

REVISTA

MPC • PR

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO PARANÁ

**CENTRO
DE ESTUDOS**
MPC • PR



JANEIRO | JUNHO 2021

NÚMERO 14 | VOLUME VIII

ISSN 2359-0955

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

Revista do Ministério Público de Contas do Estado do Paraná/ Ministério Público de Contas do Estado do Paraná. - n. 14, (2021) - _ Curitiba: Ministério Público de Contas do Paraná, 2021.

Semestral

Resumo em português e inglês

Disponível em <https://revista.mpc.pr.gov.br>

1. Administração pública – Paraná – Periódicos. 2. Finanças públicas – Paraná – Periódicos. 3. Controle externo - Paraná – Periódicos. 4. Paraná – Ministério Público de Contas do Estado do – Periódicos. I. Ministério Público de Contas.

CDU 336.126.55(816.5)(05)

Opiniões e conceitos emitidos nos artigos, bem como a exatidão, adequação e procedência das citações bibliográficas, são de exclusiva responsabilidade dos autores, não refletindo, necessariamente, o posicionamento do Ministério Público de Contas do Estado do Paraná.

Conselho Editorial

VALÉRIA BORBA	Presidente
FLÁVIO DE AZAMBUJA BERTI	Membro
MICHAEL RICHARD REINER	Membro
KÁTIA REGINA PUCHASKI	Membro
ANGELA CASSIA COSTALDELLO	Membro
ÉLIDA GRAZIAN PINTO	Membro
FABRÍCIO MACEDO MOTTA	Membro
HELENO TAVEIRA TORRES	Membro
INGO WOLFGANG SARLET	Membro
JUAREZ FREITAS	Membro
MARCO ANTONIO CARVALHO TEIXEIRA	Membro
MARCOS ANTÔNIO RIOS DA NÓBREGA	Membro
MARIA PAULA DALLARI BUCCI	Membro
RODRIGO LUÍS KANAYAMA	Membro
VANICE LIRIO DO VALLE	Membro

Editor-Chefe: SAULO LINDORFER PIVETTA

Projeto Gráfico: NÚCLEO DE IMAGEM DO TCE/PR

Diagramação: NÚCLEO DE IMAGEM DO TCE/PR

Capa: NÚCLEO DE IMAGEM DO TCE/PR

Ministério Público de Contas do Estado do Paraná – Secretaria do Conselho Editorial

Praça Nossa Senhora da Salette, s/n – Centro Cívico – Curitiba – PR

Contato – revista@mpc.pr.gov.br – Tel (41) 3350-1909

sumário

Apresentação	8
Artigos Científicos.....	12
ESTADO DE EXCEÇÃO - DA DITADURA MILITAR À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: A ANOMIA QUE AINDA EXISTE NO BRASIL.....	12
Afrânio Henrique Pimenta Bittencourt	
O PROCESSO DE ESCOLHA DOS MINISTROS DE CORTES CONSTITUCIONAIS: O DEBATE BRASILEIRO À LUZ DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA E DO DIREITO COMPARADO	37
Felipe Pereira Maroubo	
O FENÔMENO DAS FAKE NEWS EM BYUNG-CHUL HAN: UMA RELEITURA DE CARL SCHMITT	70
Enrico de Carpena Ferreira Correa de Barros; Rodrigo Valin de Oliveira	
A INSERÇÃO DA ARBITRAGEM EM CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA E A ATRAÇÃO DE INVESTIMENTOS PÓS-PANDEMIA.....	88
Claudemir Fonseca Junior; Eveline Denardi	
DE VOLTA AOS PARADIGMAS PARA SOLUÇÃO DE CONFLITOS.....	107
Daniel de Araújo Corrêa; Maiara Sanches Machado Rocha	
PARÂMETROS PARA O DIREITO À EDUCAÇÃO CIDADÃ.....	140
Lucas Porto Foppa	
REFORMA ADMINISTRATIVA E ESTABILIDADE NO SERVIÇO PÚBLICO: A RENDIÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO GERENCIAL AO CLIENTELISMO PÓS-DEMOCRÁTICO	156
Bruno Roberto de Lima	
LIBERDADE E DESENVOLVIMENTO: O PAPEL DOS ÓRGÃOS DE CONTROLE EXTERNO.....	177
Larissa Mesquita França	
O GOVERNO REPRESENTATIVO E O DIREITO DAS MINORIAS: A PERSPECTIVA CONTRAMAJORITÁRIA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....	198
Tiago Neu Jardim	
A DINÂMICA DO CONTROLE DE CONTAS DE GOVERNO: O DEVER DE ANÁLISE PELO TRIBUNAL DE CONTAS	214
Marcus Vinícius Passos Rosa	
Orientações Para Envio de Artigos	236

apresentação

A Revista do Ministério Público de Contas do Estado do Paraná recebeu atualizações importantes em sua política editorial. A partir deste número 14, todos os artigos publicados serão submetidos à dupla revisão cega por pares (*double blind peer review*).

Após a divulgação de Edital de Chamamento Público, foram selecionados mais de 50 pesquisadores, de diversos Estados, que passaram a integrar o Conselho de Pareceristas do periódico. A lista completa do Conselho está disponível em nosso site. Agora, para que o artigo seja publicado, deverá ser aprovado por dois avaliadores independentes, que não terão conhecimento sobre a autoria do texto. Da mesma forma, os autores não terão acesso à identidade de seus avaliadores.

Juntamente com a atualização da política editorial, a Revista passou a ser hospedada em novo site, que utiliza a plataforma *Open Journal Systems* (OJS), referência em periódicos científicos. Agora todo o fluxo editorial, desde o recebimento dos artigos, tratamento, avaliação e aprovação para publicação, será realizado diretamente na plataforma. Além de organizar e facilitar o trabalho de editoração, a plataforma permitirá a futura indexação da revista nos principais portais científicos, nacionais e estrangeiros.

Com essas medidas esperamos contribuir para que a Revista esteja cada vez mais próxima de seu objetivo primordial, que é funcionar como um espaço qualificado de fomento à reflexão multidisciplinar sobre o controle externo da administração pública.

Por fim, agradecemos imensamente a todos os autores que submeteram seus textos à Revista, bem como aos pareceristas que gentilmente participaram do processo editorial.

Boa leitura!

Valéria Borba

Procuradora-Geral do MPC-PR

Saulo Lindorfer Pivetta

Editor-Chefe da Revista do MPC-PR





**artigos
científicos**

artigos científicos

STATE OF EXCEPTION - FROM THE MILITARY DICTATORSHIP TO THE FEDERAL CONSTITUTION OF 1988: THE ANOMIE THAT STILL EXISTS IN BRAZIL

ESTADO DE EXCEÇÃO - DA DITADURA MILITAR À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: A ANOMIA QUE AINDA EXISTE NO BRASIL

Afrânio Henrique Pimenta Bittencourt¹
bittencourtafranio@gmail.com

Recebido/Received: 09.02.2021/ February 9th, 2021.
Aprovado/Approved: 11.03.2021/ March 11th, 2021.

RESUMO

Este trabalho consiste em uma investigação da (in)aplicabilidade da tese agambeniana do estado de exceção e da vida nua à violência institucional brasileira. Partindo da ditadura militar, analisa-se os mecanismos usados pelos militares para suspender o direito por duas décadas e a sua influência na promulgação da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, pretende-se apreender se algumas das opressões experienciadas atualmente pelo povo brasileiro remontam a este regime ditatorial, para confirmar ou não a hipótese central de que a exceção é, outra vez e ainda, a regra da prática política brasileira, apesar e por causa da normativa constitucional vigente.

Palavras-chave: Agamben; Constituição Federal de 1988; Ditadura Militar; Estado de exceção.

ABSTRACT

This research is an investigation of the (in)applicability of Agamben's thesis of state of exception and bare life to the Brazilian institutional violence. Starting from the military dictatorship, it analyses the mechanisms used by the militaries to suspend the law for the time of two decades and how they influenced the promulgation of the Federal Constitution of 1988. In this sense, it is intended to apprehend if some of the current oppressions faced by the Brazilian people reverts to this dictatorial regime, in order to confirm or not the central hypothesis that exception is once more and still the rule in Brazilian politics practice, despite and due to the Constitution of 1988.

Keywords: Agamben; Federal Constitution of 1988; Military Dictatorship; State of exception.

¹ Acadêmico do curso de direito da Universidade Estadual de Montes Claros (Unimontes).

“A tradição dos oprimidos nos ensina que o ‘estado de exceção’ em que vivemos é na verdade regra geral.”²

artigos
científicos

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO; 2. O ESTADO DE EXCEÇÃO EM GIORGIO AGAMBEN; 3. A EXCEÇÃO NA DITADURA MILITAR; 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS: UMA ANOMIA NO BRASIL DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988; 5. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

É através da exceção que o direito captura a vida por meio de sua própria suspensão. É precisamente nessa terra de ninguém que Agamben se envereda, tencionando oferecer uma teoria sobre a relação que, a um só tempo, liga e abandona, ao direito, o vivente.

Durante a ditadura militar (1964-1985), o Brasil experimentou um estado de exceção permanente. A Constituição de 1988, marco da redemocratização, em seu primeiro artigo define o Estado brasileiro democrático e de direito, sendo a dignidade da pessoa humana um dos seus fundamentos. Nada obstante, salta aos olhos a violência institucional que vitima sobretudo negros e pobres. Isto posto, cumpre questionar: a Constituição de 1988 pôs, de fato, lonjuras em relação à opressão experimentada no regime autoritário que a antecedeu? Vive-se, atualmente, em um verdadeiro Estado Democrático de Direito? Há opressões que remontam à ditadura militar?

Em face dos recentes movimentos antidemocráticos, que pediam a volta da ditadura militar e o fechamento do Congresso Nacional, e da ascensão da extrema direita no País, bem como os tantos ataques à democracia que ela vem obstinadamente mobilizando, um tal tema encontra a sua urgência e monta.

Este trabalho parte da hipótese central de que o estado de exceção é a regra da prática política ainda hoje, para examinar a violência institucional brasileira. Para tanto, em um primeiro momento, põe-se a base da análise que se coloca, qual seja, a tese agambeniana do estado de exceção e da vida nua. Em seguida, através das principais leis e decretos do período ditatorial militar em epígrafe, inquire-se a exceção à época e a tática de manipulação da memória coletiva dos militares, com especial atenção aos atos institucionais nos. 1 a 5 e à Lei de Anistia. Em arremate, vê-se os efeitos deste último dispositivo legal no inconsciente coletivo brasileiro no que respeita à naturalização da violência, e analisa-se o processo de promulgação do Texto de 1988 quanto à segurança pública, bem como as suas consequências prático-teóricas, no fito de responder às questões retro.

2 BENJAMIN, Walter. *O anjo da história*. Trad. João Barrento. Belo Horizonte: Autêntica, 2012. p. 13.

2. O ESTADO DE EXCEÇÃO EM GIORGIO AGAMBEN

O paradoxo da soberania pode ser posto, diz Giorgio Agamben, falando da tese schmittiana, nos seguintes termos: “o soberano, tendo o poder legal de suspender a validade da lei, coloca-se legalmente fora dela”³. É a exceção – a inclusão do expulso como característica estrutural do ordenamento jurídico-político.

Para Agamben, a compreensão da decadência da democracia moderna e sua tendência aproximativa com os Estados totalitários talvez possa ser achada justamente na aporia que respeita ao seu “querer colocar em jogo a liberdade e a felicidade dos homens no próprio ponto – a “vida nua” – que indicava sua submissão”⁴. A política moderna tem como único valor e desvalor a vida, o que implica em contradições, que devem ser solucionadas ou “nazismo e fascismo, que haviam feito da decisão da vida nua o critério supremo, permanecerão desgraçadamente atuais”⁵.

Embora Michel Foucault e Hannah Arendt tenham sido, para Agamben, possivelmente, os dois estudiosos que melhor pensaram o problema político moderno, não conseguiram “fazer confluir as próprias perspectivas”⁶. A pesquisa agambeniana intenta justamente fazer convergir as teses de ambos. Destarte, em primeiro lugar, antes de pôr às claras o estado de exceção tal qual concebido por Agamben, parece salutar inquirir o seu entendimento acerca da biopolítica. Para tanto, inequívoco se faz perpassar pela tese foucaultiana, vez que dela parte para erigir a sua própria, apresentando um predicado à vida, no contexto biopolítico – a vida nua. Ademais disso, deve-se atentar para a perquirição agambeniana, a partir de Arendt, do paradigma biopolítico do moderno, a saber, o campo. Por derradeiro, com espreque no debate Benjamin-Schmitt, Agamben oferece, então, a sua teoria do estado de exceção.

*

De acordo com Michel Foucault, no século XIX, um fenômeno, dentre outros, perfaz-se fundamental: a estatização do biológico, ou, ao menos, uma inclinação a isso, ou seja, a assunção da vida pelo poder⁷. “O homem, durante milênios, permaneceu o que era para Aristóteles: um animal vivo e, além disso, capaz de existência política; o homem moderno é um animal, em cuja política, sua vida de ser vivo está em questão”⁸. Acha-se, então, marcado no limiar fronteiroço da modernidade, o surgimento da biopolítica.

Preleciona Foucault que o direito de vida e de morte na teoria clássica da soberania era um atributo medular. O súdito é neutro, partindo da perspectiva da vida e da morte, vez que seu direito de viver e de morrer é determinado pela

3 AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002. p. 23.

4 *Ibid.*, p. 17.

5 *Ibid.*, p. 18.

6 *Ibid.*, p. 126.

7 FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)*. Trad. Maria Ermantina Galvão. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

8 *Id.* *História da sexualidade I*. p. 134.

vontade soberana. Aparece, então, um paradoxo. Justamente porque o soberano pode matar é que o seu efeito sobre a vida se exerce. Entretanto, isso se dá de forma desequilibrada, pendendo sempre para a morte. Tudo somado, o direito de soberania “é o direito de fazer morrer ou deixar viver”⁹.

Uma mudança no direito político ocorrida no século XIX, porém, inverte a lógica do poder soberano. O direito nascente, então, é o de fazer viver e deixar morrer. A passagem do direito de soberania para esse novo direito, por óbvio, não se deu de repente. Ao olhar para o aparecimento, nesse ínterim, de certos mecanismos de poder, é possível traçar o trajeto que leva de um a outro. Em fins do século XVII e ao longo do século XVIII, surgiram técnicas de poder centradas no corpo, referindo-se aos procedimentos através dos quais se fazia a distribuição espacial dos corpos individuais, tais como a sua separação e a sua colocação em série e em vigilância, e à organização de um campo de visibilidade, bem como às técnicas que se incumbiam desses corpos e tentavam aumentar a sua força útil. Tratava-se de uma tecnologia disciplinar do trabalho¹⁰.

Em seguida, em meados da segunda metade do século XVIII, algo novo surge. É uma tecnologia de poder diferente da disciplinar – que atua nos corpos individuais -, mas que não a exclui; antes a integra e a utiliza, dirigindo-se ao homem vivo. Verifica-se, pois, uma técnica de poder que se aplica não ao homem-corpo, e, sim, ao homem-espécie – o biopoder. Com efeito,

a disciplina tenta reger a multiplicidade dos homens na medida em que essa multiplicidade pode e deve redundar em corpos individuais que devem ser vigiados, treinados, utilizados, eventualmente punidos. E, depois, a nova tecnologia que se instala se dirige à multiplicidade dos homens, não na medida em que são corpos, mas na medida em que ela forma, ao contrário, uma massa global, afetada por processos de conjunto que são próprios da vida¹¹.

Tem-se, então, uma tomada de poder que é não individualizante, mas massificante. Eis a origem da biopolítica. Desde então, essa é a maneira através da qual se buscou racionalizar a saúde, a higiene, a natalidade, as raças etc¹². Agamben, porém, em desacordo com Foucault, afirma que a biopolítica é “pelo menos tão antiga quanto a exceção soberana”¹³. Isto é, não se trata de uma característica própria da modernidade.

Para Agamben, a bem da verdade, o que o Estado moderno fez foi lançar luz sobre o vínculo secreto da vida nua e do poder soberano ao colocar no centro de seus cálculos a vida biológica. É a vida nua o produto do biopoder. Em outras palavras, é a exposição da sobrevivência à morte – a vida matável e insacrificável¹⁴.

9 Id. *Em defesa da sociedade*. p. 202.

10 Ibid.

11 Ibid., p. 204.

12 FOUCAULT, Michel. *Nascimento da biopolítica: curso no Collège de France (1978-1979)*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

13 AGAMBEN, Giorgio. Op. cit., p. 14.

14 Ibid.

A tese foucaultiana é, então, corrigida, ou ao menos integrada. A política moderna não é caracterizada pela entrada da zoé na pólis. É antes o espaço em que vida nua e política coincidem, lado a lado com a exceção como regra, de modo que bíos e zoé, inclusão e exclusão, direito e fato se tornam indistintos¹⁵. Assim,

a dupla categorial fundamental da política ocidental não é aquela amigo-inimigo, mas a vida nua-existência política, zoé-bíos, exclusão-inclusão. A política existe porque o homem é o vivente que, na linguagem, separa e opõe a si a própria vida nua, e, ao mesmo tempo, se mantém em relação com ela numa exclusão inclusiva¹⁶.

Agamben se põe longe da tese foucaultiana ao negar as distinções empreendidas por Foucault entre os poderes disciplinar e soberano. Sustenta Agamben que, a partir do advento da democracia moderna, o homem passa a figurar não mais como objeto, mas como sujeito do poder político. O processo disciplinar e o processo de nascimento da democracia moderna confluem um para o outro justamente no que respeita à vida nua, ou vida sacra¹⁷.

Preleciona Agamben que “a vida insacrificável e, todavia, matável, é a vida do homo sacer”¹⁸. Tal é a estrutura da *sacratio*, indicativa de uma dupla exceção. Trata-se, portanto, do préstimo original do soberano, a saber, a produção da vida nua – relação de abandono, sujeição da vida ao poder de morte. Sacra é a vida capturada na esfera soberana, na qual se pode matar sem cometer homicídio e sem sacrificar. O homo sacer¹⁹ representa, então, a vida aprisionada no bando soberano. A existência diática da vida biológica no espaço do poder soberano é marcada pela exclusão inclusiva do homo sacer no ordenamento jurídico-político²⁰.

Aqui a analogia estrutural entre exceção soberana e *sacratio* mostra todo o seu sentido. Nos dois limites extremos do ordenamento, soberano e homo sacer apresentam duas figuras simétricas, que têm a mesma estrutura e são correlatas, no sentido do que o soberano é aquele em que a relação ao qual todos os homens são potencialmente homines sacri e homo sacer é aquele em relação ao qual todos os homens agem como soberanos²¹.

Revela-se, portanto, a ligação intestina entre soberania, exceção e biopolítica. Na modernidade, é a vida nua que representa o corpo biopolítico. “O fundamento primeiro do poder político é uma vida absolutamente matável, que se politiza através da sua própria matabilidade”²². Nem bíos, nem zoé. É antes um espaço de absoluta indistinção; em última instância, a exposição da vida à morte pelo banimento soberano.

★

15 Ibid.

16 Ibid., p. 16.

17 Ibid.

18 Ibid., p. 90.

19 “O Estado tem direito de vida, isto é, de morte, sobre os cidadãos, ao garantir a vida designa a morte. A desvalorização da vida coincide com a afirmação ideológica de seu valor. Todos se encontram na condição do *Homo sacer*”. MATOS, Olgária. Modernidade: república em estado de exceção. *Revista da Universidade de São Paulo*, São Paulo, n. 59, p. 46-53, set./nov. 2003. p. 49.

20 AGAMBEN, Giorgio. Op. cit.

21 Ibid., p. 92.

22 Ibid., p. 96.

Michel Foucault não deu continuidade às pesquisas acerca da biopolítica. Até a sua morte, ele passou a se voltar com afinco para a investigação dos processos de subjetivação. Talvez por isso, como pensa Agamben, não tenha chegado ao “local por excelência da biopolítica moderna: a política dos grandes Estados totalitários dos Novecentos”²³. Fazia-se preciso, então, mover-se para o campo de concentração, que, como apreendido por Hannah Arendt, era um laboratório de experimentação do domínio total sobre o homem²⁴.

Os estudos de Arendt, porém, têm um limite, a saber, “a falta de qualquer perspectiva biopolítica”²⁵. Diante disso, no fito de reunir as perspectivas de Foucault e Arendt, Agamben erige o conceito de vida sacra, em uma investigação da simbiose entre política moderna e a vida nua.

A politização da vida é a condição primeira dos Estados totalitários e a contiguidade entre estes e a democracia é contínua, como se, a partir de um ponto determinado, os eventos políticos decisivos tivessem sempre um aspecto diático: a inscrição do indivíduo no interior da ordem estatal, de um lado, e, de outro, os seus direitos e liberdades individuais²⁶.

O fato é que uma mesma reivindicação da vida nua conduz, nas democracias burguesas, a uma primazia do privado sobre o público e das liberdades individuais sobre os deveres coletivos, e torna-se, ao contrário, nos Estados totalitários, o critério político decisivo e o local por excelência das decisões soberanas. É apenas porque a vida biológica, com suas necessidades, tornara-se por toda parte o fato politicamente decisivo, é possível compreender a rapidez, de outra forma inexplicável, com a qual no nosso século [século XX] as democracias parlamentares puderam virar Estados totalitários, e os Estados totalitários converter-se quase sem solução de continuidade em democracias parlamentares²⁷.

Assiste-se, junto à afirmação da biopolítica, à decisão soberana sobre a vida nua se alargar e se deslocar para além do estado de exceção. Se em todo Estado moderno a decisão sobre a vida nua se torna decisão sobre a morte, então a biopolítica pode se converter em tanatopolítica. Nessa quadra, o campo é consagrado como espaço biopolítico por excelência, sendo, pois, um paradigma oculto da política moderna²⁸.

Preleciona Agamben que o writ de habeas corpus de 1679 é o registro primeiro da vida nua como novo sujeito político. É digno de nota que se trata não dos sujeitos das relações e liberdades do feudalismo, tampouco do *citoyen* (cidadão), que viria a seguir, mas o puro corpus²⁹. A Magna Carta de João Sem-Terra, em seu art. 29, declarava:

Nenhum homem livre deve ser detido, aprisionado ou despojado de seus bens livres, de suas liberdades ou de seus costumes livres, nem colocado fora da lei, exilado ou de alguma forma arruinado; não poderemos nem

23 Ibid., p. 125.

24 ARENDT, Hannah. *On revolution*. Londres: Penguin Books, 1990.

25 AGAMBEN, Giorgio. Op. cit., p. 125.

26 Ibid.

27 Ibid., p. 128.

28 Ibid.

29 Ibid.

faremos pôr as mãos sobre ele, salvo por juízo legal de seus pares ou pela lei da terra³⁰ (trad. livre).

Contraopondo o dispositivo retro com o writ de habeas corpus do ato de 1679, vê-se que não é mais nem mesmo simplesmente homo, mas corpus “o novo sujeito da política, e a democracia moderna nasce propriamente como reivindicação e exposição deste ‘corpo’”³¹.

A democracia, explica Agamben, exige da lei que tome sob seus cuidados os corpos, na medida mesma em que a lei necessita de um corpo para viger. Daí o por que de o habeas corpus explicitar o caráter polar da democracia. Outrora, servia para garantir a presença do imputado no processo; agora, exige a exibição do corpo do imputado e a motivação de sua detenção. O corpus é, portanto, “um ser bifronte, portador tanto da sujeição ao poder soberano quanto das liberdades individuais”³².

No sistema do Estado-nação, os direitos do homem só existem na medida em que se é cidadão de um Estado. Por isso, observa Arendt, em uma referência aos refugiados, que

o conceito de direitos humanos, baseado na suposta existência de um ser humano em si, desmoronou no mesmo instante em que aqueles que diziam acreditar nele se confrontaram pela primeira vez com seres que haviam realmente perdido todas as outras qualidades e relações específicas – exceto que ainda eram humanos. O mundo não viu nada de sagrado na abstrata nudez de ser unicamente humano³³.

Esse paradoxo pode ser flagrado na ambiguidade da Declaração dos direitos do homem e do cidadão, em cujo nome não se deixa claro se se trata de duas distintas realidades (homem e cidadão) ou se convergem em um só sistema. Em seus três primeiros artigos, lê-se:

Art. 1º- Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum.

Art. 2º- O fim de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.

Art. 3º- O princípio de toda a soberania reside essencialmente na Nação. Nenhuma corporação, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que dela não emane expressamente³⁴ (trad. livre).

Vê-se, então, como que, de par com a dicção do art. 1º, é o nascimento – a vida nua natural – que constitui a fonte e a posse do direito. Todavia, a vida nua se dissipa na figura do cidadão e “precisamente porque inscreveu o elemento nativo no próprio coração da comunidade política, a declaração pode a este ponto atribuir a soberania à ‘nação’”³⁵.

30 INGLATERRA. *Magna Carta (1215)*. Disponível em: <https://liberalarts.utexas.edu/coretexts/_files/resources/texts/c/1215%20Magna%20Carta.pdf>. Acesso em: 18 de julho de 2020.

31 AGAMBEN, Giorgio. Op. cit., p. 130.

32 Ibid., p. 130.

33 ARENDT, Hannah. *As origens do totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 408.

34 FRANÇA. *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789*. Disponível em: <http://classes.bnf.fr/laicite/references/Declaration_droits_de_l_homme_citoyen_1789.pdf>. Acesso em: 18 de julho de 2020.

35 AGAMBEN, Giorgio. Op. cit., p. 134.

À vista disso, a passagem da soberania régia à soberania nação acontece justamente nas declarações de direitos, donde se assegura a exceptio da vida na nova ordem estatal. O homem é sujeito de direito na medida exata em que é tido como cidadão. Quando da convulsão do sistema geopolítico europeu do pós-guerra, da derrocada do Estado-nação, e da remoção do resíduo entre nascimento e nação, aparecem o nazismo e o fascismo, que fazem a vida natural o espaço por excelência da decisão soberana³⁶.

Acha-se, nesse movimento, como indica Agamben, na vida, a necessidade de redefinir o modo como se articula e se separa o que está dentro e o que está fora. Na zoé, politizada pelas declarações, é que se deve determinar o isolamento da vida nua. A separação entre político e humanitário reproduz o abandono do homo sacer. O campo é, então, o paradigma biopolítico do moderno, resultante da vida nua – o espaço puro da exceção³⁷.

*

O estado de exceção não se confunde com a guerra civil, a insurreição e a resistência. Daí, segundo Agamben, a dificuldade de se definir o que é estado de exceção³⁸. Toma-se como exemplo o nazismo. Conforme anotação de Hannah Arendt,

nos primeiros anos de poder, os nazistas desencadearam uma avalanche de leis e decretos³⁹, mas nunca se deram ao trabalho de abolir oficialmente a Constituição de Weimar; chegaram até a deixar mais ou menos intactos os serviços públicos – fato que levou muitos observadores locais e estrangeiros a esperar que o partido mostrasse comedimento e que o novo regime caminhasse rapidamente para a normalização. Mas, após a promulgação das Leis de Nurembergue⁴⁰, verificou-se que os nazistas não tinham o menor respeito sequer pelas suas próprias leis⁴¹.

Por isso, para Agamben, as experiências totalitárias modernas poderiam ser definidas como uma guerra civil legal, instaurada por meio do estado de exceção, em que se permitia, a um só tempo, a eliminação de adversários políticos e dos próprios cidadãos⁴². Não por menos, era perturbador “o modo pelo qual regimes totalitários tratavam a questão constitucional”⁴³.

Desde então, observa Agamben, uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, mesmo os ditos democráticos, é justamente a criação de um estado de emergência permanente - mesmo quando não declarado no sentido técnico – que se dá de forma voluntária, tendendo a se apresentar, mais a cada

36 Ibid.

37 Ibid.

38 Id. *Estado de exceção*.

39 “Logo que tomou o poder [...] Hitler promulgou, no dia 28 de fevereiro, o *Decreto para a proteção do povo e do Estado*, que suspendia os artigos da Constituição de Weimar relativos às liberdades individuais. O decreto nunca foi revogado, de modo que todo o Terceiro Reich pode ser considerado, do ponto de vista jurídico, um estado de exceção que durou 12 anos”. Ibid., p. 12-13.

40 As Leis de Nurembergue baniram os judeus da vida nacional.

41 ARENDT, Hannah. *As origens do totalitarismo*. p. 532-533.

42 AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Op. cit.

43 ARENDT, Hannah. *As origens do totalitarismo*. p. 532.

vez, como principal paradigma de governo da contemporaneidade⁴⁴. Com efeito, “a modernidade é a exceção em permanência”⁴⁵.

Nas tradições romana e medieval, o sintagma “força de lei” se confundia com a vis obligandi. Todavia, a doutrina moderna, a partir da Revolução Francesa, passa a distinguir eficácia da lei (decorrente de ato legislativo válido e concernente à produção de efeitos jurídicos) e força de lei (posição da lei ou dos atos que ela assimila em relação a outros do ordenamento jurídico). Certo é que, quer na doutrina antiga, quer na moderna, “força de lei” respeita àqueles decretos que o Executivo pode promulgar, especialmente no estado de exceção. Disso se segue que “força de lei” separa aplicabilidade da norma e sua natureza formal, na medida em que dispositivos que não são propriamente leis, adquirem a sua força⁴⁶.

No estado de exceção, a norma em vigor não se aplica, porque perde sua força, ao passo que atos que não são leis, possuem sua força. O que se tem, então, é um “espaço anômico onde o que está em jogo é uma força de lei sem lei”⁴⁷. Trata-se, nos dizeres de Agamben, de uma pura força de lei, onde há uma separação radical entre potência e ato. É, em última instância, quanto à aplicação da norma, aplicar desapplicando, produzindo uma exceção.

O paradoxo da soberania é enfrentado por Agamben partindo de Carl Schmitt e de Walter Benjamin, naquilo que ele chamou de “luta de gigantes acerca de um vazio” (gigantomachia intorno a un vuoto)⁴⁸. De acordo com Benjamin,

um novo conceito de soberania se formou no século XVII, numa confrontação final com a doutrina jurídica da Idade Média [...] Ao passo que o conceito moderno de soberania resulta no exercício pelo Príncipe de um poder executivo supremo, o do Barroco nasce de uma discussão sobre o estado de exceção, e considera que impedi-lo é a mais importante função do Príncipe⁴⁹.

Para Benjamin, o estado de exceção é a regra e é preciso que se elabore uma concepção de história que esteja de par com isso, para, então, ser criado um verdadeiro estado de exceção, o que auxiliaria na luta contra o fascismo⁵⁰. Fala-se de uma violência pura (reine Gewalt). A tese de Benjamin a distingue da violência mítico-jurídica, que sempre serve a um fim, pois que uma violência pura “não se encontra numa relação de meio quanto a um fim, mas se mantém em relação à sua própria medialidade”⁵¹. Trata-se, em última análise, de uma violência que fratura a relação direito-violência, inclinando-se para a inatividade do direito, onde impera a justiça.

Schmitt, porém, desacredita a tese benjaminiana de que existe uma violência fora do direito, vez que, no estado de exceção (Ausnahmezustand), ela se inclui através

44 AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Op. cit.

45 MATOS, Olgária. Op. cit., p. 48.

46 AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Op. cit.

47 Ibid., p. 61.

48 Ibid.

49 BENJAMIN, Walter. *Origem do drama barroco alemão*. Trad. Sérgio Paulo Rouanet. São Paulo: Brasiliense, 1984. p. 88-89.

50 Id. *O anjo da história*.

51 AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Op. cit., p. 96.

de sua própria exclusão no direito⁵². Daí dizer que o telos da teoria schmittiana “é a inscrição do estado de exceção num contexto jurídico”⁵³. A inclusão do estado de exceção na ordem jurídica é operada, em Schmitt, pela diferenciação entre norma e decisão (*Entscheidung*, *Dezision*). Explica, então, Agamben, que

na decisão sobre o estado de exceção, a norma é suspensa ou completamente anulada; mas o que está em questão nessa suspensão é, mais uma vez, a criação de uma situação que torne possível a aplicação da norma [...] O estado de exceção separa, pois, a norma de sua aplicação para tornar possível a aplicação. Introduce no direito uma zona de anomia para tornar possível a normatização efetiva do real⁵⁴.

A estrutura topológica do estado de exceção é, então, estar-fora/pertencer. O soberano, em meio ao caos, instaura a ordem, ainda que não jurídica, decidindo sobre o estado de necessidade e sua solução⁵⁵.

Agamben, todavia, diz que

o estado de exceção não é uma ditadura (constitucional ou inconstitucional, comissionaria ou soberana), mas um espaço vazio de direito, uma zona de anomia em que todas as determinações jurídicas – e, antes de tudo, a própria distinção entre público e privado – estão desativadas. Portanto, são falsas todas aquelas doutrinas que tentam vincular diretamente o estado de exceção ao direito, o que se dá com a teoria da necessidade como fonte jurídica originária, e com a que vê no estado de exceção o exercício de um direito do Estado à própria defesa ou a restauração de um originário estado pleromático do direito [...] Mas igualmente falaciosas são as doutrinas que, como a de Schmitt, tentam inscrever indiretamente o estado de exceção num contexto jurídico, baseando-se na divisão entre normas de direito e normas de realização do direito, entre poder constituinte e poder constituído, entre norma e decisão. O estado de necessidade não é um “estado de direito”, mas um espaço sem direito⁵⁶.

Na medida em que não se podem definir pelo direito os atos cometidos no estado de exceção, este é, então, um não lugar, uma terra de ninguém (*la terra di nessuno*). A isso corresponde a força de lei, o *imperium* flutuante. É um vazio de direito. Não é o soberano que decide sobre o estado de exceção, mas o inverso. De par com Benjamin, Agamben se filia a uma ideia de política que não se vincula a nenhuma noção político-jurídica.

Não é um dentro/fora, como pensava Schmitt, mas uma exclusão/inclusão (*esclusione inclusiva*), a condição do estado de exceção. Conforme anotação de Agamben,

não é a exceção que se subtrai à regra, mas a regra que, suspendendo-se, dá lugar à exceção, e somente deste modo se constitui como regra, mantendo-se em relação com aquela. O particular “vigor” da lei consiste nessa capacidade de manter-se em relação com a exterioridade.

52 SCHMITT, Carl. *Teologia política*. Trad. Elisete Autoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

53 AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Op. cit., p. 54.

54 Ibid., p. 58.

55 SCHMITT, Carl. Op. cit.

56 AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Op. cit., p. 78-79.

Chamemos relação de exceção a esta forma extrema da relação que inclui alguma coisa unicamente através de sua exclusão⁵⁷.

Há, para Agamben, uma lacuna no que respeita à relação entre realidade e lei, de sorte que a criação de um estado de exceção se perfaz a única solução para tal. A violência exercida no estado de exceção conserva o direito porquanto o suspende, e o põe se excetuando. A decisão soberana é quanto à inclusão/exclusão do ser vivente na esfera do direito. Assim, a exceção confunde legal e não-legal. Ao fim e ao cabo, a exceção é produzida através da suspensão da lei⁵⁸.

Ao dissimular uma necessidade de escudar a ordem, os valores, o Estado e as pessoas, cria-se justificativas para suspender a lei. Daí a tese agambeniana da solidariedade entre democracia e totalitarismo. Todas as vezes em que a lei é suspensa, a instauração de um governo totalitário se põe em um horizonte próximo. Tal é a maneira corrente de se governar – a exceção.

3. A EXCEÇÃO NA DITADURA MILITAR

O entendimento da exceção na ditadura militar se faz um préstimo ao estudo do que veio a seguir, a redemocratização e a democracia, na medida mesma em que pode revelar as aproximações e permanências que permeiam ambos os períodos. A anotação de George Orwell não poderia ser mais acertada: “quem controla o passado [...] controla o futuro; quem controla o presente controla o passado”⁵⁹ (trad. livre). Com efeito,

os psicanalistas e os psicólogos insistiram, quer a propósito da recordação, quer a propósito do esquecimento (nomeadamente no seguimento de Ebbinghaus), nas manipulações conscientes ou inconscientes que o interesse, a afetividade, o desejo, a inibição, a censura exercem sobre a memória individual. Do mesmo modo, a memória coletiva foi posta em jogo de forma importante na luta das forças sociais pelo poder. Tornarem-se senhores da memória e do esquecimento é uma das grandes preocupações das classes, dos grupos, dos indivíduos que dominaram e dominam as sociedades históricas⁶⁰.

Os militares sabiam disso. Não por menos, figurava no bojo de sua tática a manipulação da memória coletiva, sempre buscando, sobretudo, arrogar ao regime um viés democrático. Cumpre, então, compreender o que de fato ocorreu. Para tanto, este capítulo se põe a investigar os principais mecanismos empregados para organizar o estado de exceção no que respeita a esse período.

Em 1º de abril de 1964, o regime militar foi instaurado no Brasil, através de um golpe de Estado, que durou até o ano de 1985, sob a alegação de que se objetivava defender o país da ameaça comunista, bem como restabelecer a ordem e restaurar a democracia⁶¹. Vê-se aí a chamada Doutrina da Segurança Nacional (DSN). Não

57 AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer*. Op. cit., p. 26.

58 Ibid.

59 ORWELL, George. 1984. Disponível em: <<https://www.planetebook.com/free-ebooks/1984.pdf>>. Acesso em: 21 de julho de 2020.

60 LE GOFF, Jacques. *História e memória*. Trad. Bernardo Leitão et al. Campinas: Editora da UNICAMP, 1990. p. 426.

61 Lia-se no preâmbulo do AI n.1: “O presente Ato institucional só poderia ser editado pela revolução vitoriosa, representada pelos Comandos em Chefe das três Armas que respondem, no momento, pela realização dos objetivos revolucionários, cuja frustração estão

tardou, porém, e, por meio de decretos, o movimento começou a revelar a sua face autoritária. Desse período, constam, também, leis, emendas e a Constituição de 1967.

Especialmente a vertente brasileira da doutrina latino americana da segurança nacional, ligava-se, sobretudo, ao desenvolvimento econômico e à segurança interna e externa. As origens da DSN no Brasil remontam ao século XIX e, com o advento da Guerra Fria, ela se ajuntou, na América Latina, à teoria da guerra total, sendo “a forma específica assumida por ela na região a ‘segurança interna’, face à ameaça de ‘ação indireta’ do comunismo”⁶².

Veja que os militares ascenderam ao poder, a primeira coisa a ser feita era assumir o Executivo. Entretanto, tal não se fazia possível pelas vias constitucionais, quais sejam, a renúncia, o impeachment e o afastamento do presidente do país sem aprovação do Legislativo⁶³. O impedimento de Goulart sequer foi tentado por seus adversários. Ademais disso, Goulart certamente não iria renunciar, nem tampouco havia deixado o país⁶⁴.

Como chegar à vacância da presidência, então? Ante à pressão feita pelos militares para que um caminho lhes fosse aberto para indicar um novo chefe do executivo, o presidente do Senado, Auro Moura Andrade, sem qualquer amparo legal, no dia 2 de abril, simplesmente declarou vacante a presidência. A partir daí, observou-se as balizas constitucionais, assumindo, então, o presidente da Câmara dos Deputados Ranieri Mazilli⁶⁵, até que um novo chefe de governo fosse eleito pelo Congresso⁶⁶.

Havia pela frente, então, a eleição, para a qual, no entanto, não havia precedente. Não se tinha vice, pois que Goulart já havia assumido o governo em 1961. A bem da verdade, era aos militares que pertencia a decisão, que nos bastidores já a orquestravam. Os membros mais “linha dura” não queriam mais eleições diretas até que as regras do jogo político fossem mudadas por eles. Nessa quadra, surgiu, então, o Ato Institucional⁶⁷.

decididas a impedir. Os processos constitucionais não funcionaram para destituir o governo, que deliberadamente se dispunha a bolchevizar o País. 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. Para demonstrar que não pretendemos radicalizar o processo revolucionário, decidimos manter a Constituição de 1946, limitando-nos a modificá-la, apenas, na parte relativa aos poderes do Presidente da República, a fim de que este possa cumprir a missão de restaurar no Brasil a ordem econômica e financeira e tomar as urgentes medidas destinadas a drenar o bolsão comunista, cuja purulência já se havia infiltrado não só na cúpula do governo como nas suas dependências administrativas. Para reduzir ainda mais os plenos poderes de que se acha investida a revolução vitoriosa, resolvemos, igualmente, manter o Congresso Nacional, com as reservas relativas aos seus poderes, constantes do presente Ato Institucional”. BRASIL. *Ato Institucional n. 1, de 9 de abril de 1964*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-01-64.htm>. Acesso em: 20 de julho de 2020.

62 ALVES, Maria Helena Moreira. *Estado e oposição no Brasil (1964-1984)*. Bauru: Edusc, 2005. p. 39.

63 Os dispositivos legais em questão eram: 1) o art.66, inc. VII: “É da competência exclusiva do congresso nacional autorizar o Presidente e o Vice-Presidente da República a se ausentarem do País” (BRASIL, 2020u); 2) o art. 88, caput e parágrafo único: “O Presidente da República, depois que a Câmara dos Deputados, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, declarar procedente a acusação, será submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal nos crimes comuns, ou perante o Senado Federal nos de responsabilidade. Declarada a procedência da acusação, ficará o Presidente da República suspenso das suas funções” (BRASIL, 2020u); e 3) todo o art. 89: “São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentarem contra a Constituição federal e, especialmente, contra: a existência da União; o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário e dos Poderes constitucionais dos Estados; o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais; a segurança interna do País; a probidade na administração; a lei orçamentária; a guarda e o legal emprego dos dinheiros públicos; o cumprimento das decisões judiciárias. Esses crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento”. BRASIL. *Constituição (1946). Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 23 de junho de 2020u.

64 SKIDMORE, Thomas. *Brasil: de Castelo a Tancredo, 1964-1985*. Trad. Mário Salviano Silva. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

65 Era a dicção do § 1º do art. 19: “Em caso de impedimento ou vaga do Presidente e do Vice-Presidente da República, serão sucessivamente chamados ao exercício da presidência o Presidente da Câmara dos Deputados, O Presidente do Senado Federal e o Presidente do Supremo Tribunal Federal”. BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Op. cit.

66 SKIDMORE, Thomas. Op. cit.

67 Ibid.

O primeiro dos decretos editados foi o do dia 9 de abril de 1964, pela Junta Militar, composta pelo general Arthur da Costa e Silva, pelo tenente-brigadeiro Francisco de Assis Correia Melo e pelo vice-almirante Augusto Rademaker Grünewald. O Ato Institucional (AI) n. 1, de autoria do jurista Francisco Campos e do advogado Carlos Medeiros da Silva, conquanto transgressor de diversos valores democráticos, mantinha formalmente a Constituição vigente à época. De fato, lia-se no seu art. 1º: “são mantidas a Constituição de 1946 e as Constituições estaduais e respectivas Emendas, com as modificações constantes deste Ato”⁶⁸.

No preâmbulo do AI n. 1, os militares reivindicavam para o seu movimento um caráter revolucionário, revestido de força de lei, o que colocava o Congresso aquém dos seus poderes usuais. Produziu-se, então, uma situação que não era de direito, nem tampouco de fato.

Ainda nos dizeres do preâmbulo, essa autodenominada revolução “se distingue de outros movimentos armados pelo fato de que nela se traduz, não o interesse e a vontade de um grupo, mas o interesse e a vontade da Nação”⁶⁹. Os militares insistiam desde o início em uma narrativa que os aproximava do orbe civil e da proteção dos interesses comuns, como forma de legitimar o seu movimento⁷⁰.

O art. 10 do AI n. 1 dizia:

No interesse da paz e da honra nacional, e sem as limitações previstas na Constituição, os Comandantes-em-Chefe, que editam o presente Ato, poderão suspender os direitos políticos pelo prazo de dez (10) anos e cassar mandatos legislativos federais, estaduais e municipais, excluída a apreciação judicial desses atos⁷¹.

Com efeito, tal qual observa a professora Olgária Matos, “o ‘estado de exceção’ define o moderno pela suspensão das leis positivas em nome do bem comum, da guerra justa e da paz”⁷². O AI n. 1, além de limitar drasticamente os poderes do Congresso e transferi-los para o Presidente, continha, por exemplo, medidas de controle do Judiciário e suspensão de direitos individuais. Outrossim, achava-se no Ato uma tentativa de institucionalizar os modos de transferência do poder presidencial. Finalmente, no dia 15 de abril, Castello Branco foi eleito Presidente do Brasil, pela via indireta de um Congresso cuidadosamente depurado⁷³.

Ao longo do ano de 1964, o regime militar cuidou de pôr longe potenciais núcleos de oposição política, social e econômica. A chamada “Operação Limpeza” promoveu expurgos nas burocracias civil e militar, bem como, através dos inquéritos policial-militares (IPM), neutralizou os cidadãos que pretendiam se organizar em desfavor das políticas impostas, com alvos específicos, esteada na DSN, a qual dividia

68 BRASIL. *Ato Institucional n. 1, de 9 de abril de 1964*. Op. cit.

69 Ibid.

70 Entretanto, como explica Maria Helena Moreira Alves, o AI n. 1 surpreendeu os apoiadores da intervenção militar, crenças de que a democracia seria restaurada, rompendo o apoio tácito civil-militar e fundando a dialética Estado/oposição. Op. cit.

71 BRASIL. *Ato Institucional n. 1, de 9 de abril de 1964*. Op. cit.

72 Op. cit., p. 48.

73 ALVES, Maria Helena Moreira. Op. cit.

setorialmente a sociedade, de modo a exercer um controle pontual. Ademais disso, a oposição foi desarmada pela força e rapidez da repressão dos militares, dando-os ampla margem para a adoção de outras medidas de manutenção e ampliação de sua estrutura organizacional⁷⁴.

O segundo AI adveio de uma crise política. De início, os militares tentaram fazer passar uma emenda constitucional (EC) que enfraquecia ainda mais o Judiciário e o Legislativo, todavia o Congresso, em geral obediente, mostrava resistência quanto a afirmar seu próprio apequenamento. Foi então que, no dia 27 de outubro de 1965, às vésperas da votação em plenário da EC proposta pelo governo, Castello Branco baixou o AI n. 2⁷⁵.

Conforme explica Skidmore, o intuito primeiro do AI n. 2 era dificultar a vitória da oposição na eleição vindoura - sua duração prevista era 15 de março de 1967, coincidente com o fim do mandato de Castello Branco⁷⁶. Mais uma vez, contudo, era mantida a Constituição de 1946. A exemplo do Ato que o precedeu, o AI n. 2, em seu art. 1º dizia: “a Constituição de 1946 e as Constituições estaduais e respectivas emendas são mantidas com as modificações constantes deste Ato”⁷⁷. Dessa forma, os militares tencionavam reafirmar o viés democrático de seu governo.

A partir do segundo Ato, as eleições para presidente, vice presidente e governadores se daria de forma indireta. O Presidente também poderia cassar o mandato de todas as autoridades eleitas, além de poder suspender por dez anos os direitos políticos de qualquer cidadão⁷⁸. O número de ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) foi aumentado em cinco, passando a se tratar de 16 juízes⁷⁹, e os partidos políticos existentes foram extintos. Com os poderes inflamados pelo AI n. 2, o Presidente poderia, ainda, baixar atos complementares e decretos-lei, decretar e prorrogar o estado de sítio, decretar o recesso do Legislativo nos âmbitos nacional, estadual e municipal, bem como legislar sobre quaisquer matérias enquanto durasse o fechamento do Congresso.

Em 5 de fevereiro de 1966, o AI n. 3 foi editado, para, entre outras coisas, fixar o calendário eleitoral, dispor sobre as eleições indiretas e a nomeação de prefeitos das Capitâneas de Estado. A intenção dos militares era garantir força da continuidade do regime em pontos estratégicos. Finalmente, entrevendo ações que pudessem ir contra o Ato, estabelecia-se no art. 6º: “ficam excluídos de apreciação

74 Ibid.

75 Ibid.

76 Op. cit.

77 BRASIL. *Ato Institucional n. 2, de 27 de outubro de 1965*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-02-65.htm>. Acesso em: 20 de julho de 2020.

78 “Art. 16 - A suspensão de direitos políticos, com base neste Ato e no [art. 10 e seu parágrafo único do Ato Institucional, de 9 de abril de 1964](#), além do disposto no [art. 337 do Código Eleitoral](#) e no art. 6º da Lei Orgânica dos Partidos Políticos, acarreta simultaneamente:

I - a cessação de privilégio de foro por prerrogativa de função;
II - a suspensão do direito de votar e de ser votado nas eleições sindicais;
III - a proibição de atividade ou manifestação sobre assunto de natureza política;
IV - a aplicação, quando necessária à preservação da ordem política e social, das seguintes medidas de segurança:
a) liberdade vigiada;
b) proibição de freqüentar determinados lugares;
c) domicílio determinado”. Ibid.

79 Essa mudança permitia aos militares exercer maior controle sobre a Corte.

judicial os atos praticados com fundamento no presente Ato institucional e nos atos complementares dele”⁸⁰.

A eleição presidencial, conforme previsão do art. 5º do AI n. 3, ocorreu no dia 3 de outubro daquele ano, tendo sido Arthur da Costa e Silva e Pedro Aleixo, eleitos por um Congresso que não dispunha de parte dos deputados de oposição, que tiveram seus mandatos cassados, respectivamente, para os cargos de Presidente e de Vice⁸¹.

O Ato seguinte foi editado por Castello Branco no dia 7 de dezembro de 1966. O AI n. 4 “convoca o Congresso para se reunir extraordinariamente, de 12 de dezembro de 1966 a 24 de janeiro de 1967, para discussão, promulgação e votação do projeto de Constituição apresentado pelo Presidente da República”⁸². Revelava-se, com isso, a necessidade dos militares de estabelecer certa estabilidade à sua ação. O tempo, no entanto, era curto. A novo texto constitucional deveria entrar em vigor antes da posse de Costa e Silva, de sorte que em 24 de janeiro de 1967 a nova Constituição foi promulgada sem que se tenha sido considerada parte das emendas propostas pelo Congresso⁸³. Ao fim e ao cabo, ela cumpriria a função de suporte do estado de exceção imposto pelo regime militar.

A Constituição de 1967 acolheu o que de mais relevante havia nos dois primeiros Atos, bem como outras leis complementares, tais como a Lei das Inelegibilidades. Os controles outrora exercidos pelos AI n. 1 e n. 2 perderam, então, seu caráter excepcional e passaram a ter status constitucional. Havia sido institucionalizada a Doutrina da Segurança Nacional e Desenvolvimento. É interessante observar que o texto constitucional apresentava contradições básicas de sistema: de um lado, visava-se promover a DSN, no fito de destruir o “inimigo interno”; de outro, sob a forma de Carta de Direitos lograda pela oposição, mostrava uma inclinação à democracia⁸⁴.

Naquele mesmo ano, evidenciando a teatralidade democrática da Constituição de 1967, surgem a Lei n. 5.250, de 9 de fevereiro de 1967 (Lei de Imprensa - LI) e o Decreto-Lei n. 314, de 13 de março de 1967 (Lei de Segurança Nacional de 1967 – LSN/67). A LI, contradizendo o disposto em seu art. 1º⁸⁵, impunha diversas restrições à liberdade de manifestação e de imprensa. A título de exemplo, constava do §2º de seu art. 1º o seguinte:

80 BRASIL. *Ato Institucional n. 3, de 5 de fevereiro de 1966*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-03-66.htm>. Acesso em: 20 de julho de 2020.

81 “Os resultados das eleições de 1966 foram os seguintes: no Senado Federal os candidatos da ARENA receberam 56,6% dos votos válidos, contra 43,3% dados ao MDB. Nas eleições para a Câmara dos Deputados e as assembleias legislativas a diferença foi maior por terem repercutido mais as impugnações de candidatos, a recusa de participar e as cassações; a ARENA obteve 63,9% dos votos válidos para a Câmara contra 36% do MDB, e 64,1% dos votos válidos para as assembleias estaduais, contra 35, 8% do MDB. A campanha do voto nulo teve importante papel na derrota do partido ‘oficial’ da oposição, pois 11,6% dos votos para o Senado foram brancos, e 9,3% anulados. Na votação para a Câmara dos Deputados, as porcentagens elevaram-se para 14, 2% de brancos e 6,8% de nulos, enquanto nas assembleias foram de 12,1% de brancos e 6,5% de nulos”. ALVES, Maria Helena Moreira. Op. cit., p. 127.

82 BRASIL. *Ato Institucional n. 4, de 7 de dezembro de 1966*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-04-66.htm>. Acesso em: 20 de julho de 2020.

83 “Art. 8º - No dia 24 de janeiro de 1967 as Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal promulgarão a Constituição, segundo a redação final da Comissão, seja a do projeto com as emendas aprovadas, ou seja o que tenha sido aprovado de acordo com o art. 4º, se nenhuma emenda tiver merecido aprovação, ou se a votação não tiver sido encerrada até o dia 21 de janeiro”. Ibid.

84 ALVES, Maria Helena Moreira. Op. cit.

85 “Art. 1º É livre a manifestação do pensamento e a procura, o recebimento e a difusão de informações ou idéias, por qualquer meio, e sem dependência de censura, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer”. BRASIL. *Lei no 5.250, de 9 de fevereiro de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5250.htm>. Acesso em: 23 de julho de 2020w.

O disposto neste artigo não se aplica a espetáculos e diversões públicas, que ficarão sujeitos à censura, na forma da lei, nem na vigência do estado de sítio, quando o Governo poderá exercer a censura sobre os jornais ou periódicos e empresas de radiodifusão e agências noticiosas nas matérias atinentes aos motivos que o determinaram, como também em relação aos executores daquela medida⁸⁶.

Tratava-se de uma lei que comportava uma subjetividade interpretativa um tanto perigosa. Assim também era a decretação do estado de sítio, mencionado no dispositivo supratranscrito, que segundo o inc. I do art. 152 da Constituição de 1967, poderia se dar em caso de “grave perturbação da ordem ou ameaça de sua irrupção”⁸⁷.

A LSN/67, por sua vez, a bem da verdade, transformava a DSN em lei. Com efeito, lia-se em suas disposições preliminares:

Art. 1º Toda pessoa natural ou jurídica é responsável pela segurança nacional, nos limites definidos em lei.

Art. 2º A segurança nacional é a garantia da consecução dos objetivos nacionais contra antagonismos, tanto internos como externos.

Art. 3º A segurança nacional compreende, essencialmente, medidas destinadas à preservação da segurança externa e interna, inclusive a prevenção e repressão da guerra psicológica adversa e da guerra revolucionária ou subversiva.

§ 1º A segurança interna, integrada na segurança nacional, diz respeito às ameaças ou pressões antagonônicas, de qualquer origem, forma ou natureza, que se manifestem ou produzam efeito no âmbito interno do país.

§ 2º A guerra psicológica adversa é o emprêgo da propaganda, da contrapropaganda e de ações nos campos político, econômico, psicossocial e militar, com a finalidade de influenciar ou provocar opiniões, emoções, atitudes e comportamentos de grupos estrangeiros, inimigos, neutros ou amigos, contra a consecução dos objetivos nacionais.

§ 3º A guerra revolucionária é o conflito interno, geralmente inspirado em uma ideologia ou auxiliado do exterior, que visa à conquista subversiva do poder pelo controle progressivo da Nação.

Art. 4º Na aplicação dêste decreto-lei o juiz, ou Tribunal, deverá inspirar-se nos conceitos básicos da segurança nacional definidos nos artigos anteriores⁸⁸.

Segundo conta Maria Helena Alves, Costa e Silva assumiu a presidência em 15 de março de 1967, com a promessa de restabelecer os processos políticos ordinários e a democracia. Todavia, o período mais repressivo do regime consta justamente de seu governo. Foi ele quem editou, no dia 5 de dezembro de 1968, o AI n. 5, o mais duro dos Atos até então e, também, dos que viriam. Os direitos e garantias constitucionais e individuais foram suspensos, o Congresso foi fechado por tempo indeterminado e milhares de opositores foram presos⁸⁹. Havia sido dado, nos dizeres

86 Ibid.

87 BRASIL. Constituição (1967). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 18 de julho de 2020.

88 BRASIL. *Decreto-Lei nº 314, de 13 de Março de 1967*. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-314-13-marco-1967-366980-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 23 de julho de 2020.

89 Op. cit.

de Ronaldo Costa Couto, um golpe dentro do golpe⁹⁰. A fachada democrática para a qual servia o texto constitucional de 1967, muito embora em seu art. 1º o AI n. 5 dizia manter a Constituição, ruiu – o estado de exceção continuava; agora, porém, muito mais opressor.

O Presidente poderia, ainda, entre outras coisas, cassar mandatos municipais, estaduais e federais, bem como decretar o estado de sítio e prorrogá-lo. O writ de habeas corpus foi suspenso em caso de crime político contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular. Os atos praticados em função do AI n. 5 eram excluídos de apreciação do Judiciário e nas escolas foram instaladas as “Patrulhas Ideológicas”.

O que se seguiu à instituição do AI n. 5 foi um período caracterizado pela dinâmica da violência. Alguns opositores, descrentes de outros meios de combate, empunharam armas. O Estado de Segurança Nacional, impulsionado pela luta armada, fortaleceu o aparato de opressão e a estratégia de controle pelo terror. Foi um período de medo, confusão e desânimo⁹¹.

Até o fim do regime militar, outros 12 Atos Institucionais foram editados. O AI n. 6, de 1º de fevereiro de 1969, reduziu o número de ministros do STF para onze, além de diminuir-lhe as atribuições, pois que os crimes contra a segurança nacional passariam a ser julgados também pela Justiça Militar⁹². O AI n. 7, editado em 26 de fevereiro de 1969, dispunha sobre a remuneração dos membros das Assembléias Legislativas e das Câmaras Municipais, alterava o calendário eleitoral e possibilitou o adiamento das eleições parciais do Executivo e do Legislativo da União, dos Estados, dos Territórios e dos Municípios⁹³. O AI n. 8, de 2 de abril de 1969, por sua vez, delegava aos Executivos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com população superior a 200 mil habitantes, o poder de, por meio de decretos, implementar as suas próprias reformas administrativas, bem como estabelecia regras atinentes às reformas administrativas⁹⁴.

O AI n. 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”⁹⁵. O AI n. 10, editado em 16 de maio de 1969, acrescia às punições à suspensão dos direitos políticos, à cassação dos mandatos eletivos federais, estaduais ou municipais, esteadas nos AI n. 1, n. 2, n. 5 e n. 6, a possibilidade de ainda acarretarem: a perda de qualquer cargo ou função exercidos na Administração Direta ou Indireta, quer da União, quer dos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios; a aposentadoria

90 COUTO, Ronaldo Costa. *História indiscreta da ditadura e da abertura – Brasil: 1964-1984*. Rio de Janeiro: Record, 1998.

91 ALVES, Maria Helena Moreira. Op. cit.

92 “Art. 1º - Os dispositivos da Constituição de 24 de janeiro de 1967 adiante indicados, passam a vigorar com a seguinte redação: [...]”

Art. 122 - À Justiça Militar compete processar e julgar, nos crimes militares definidos em lei, os militares e as pessoas que lhes são assemelhados.

§ 1º - Esse foro especial poderá estender-se aos civis, nos casos expressos em lei para repressão de crimes contra a segurança nacional, ou às instituições militares”. BRASIL. *Ato Institucional n. 6, de 1º de fevereiro de 1969*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/At/ait-06-69.htm>. Acesso em: 22 de julho de 2020.

93 Id. *Ato Institucional n. 7, de 26 de fevereiro de 1969*.

94 Id. *Ato Institucional n. 8, de 2 de abril de 1969*.

95 Id. *Ato Institucional n. 9, de 25 de abril de 1969*.

compulsória, com proventos proporcionais ao tempo efetivo de serviço, das pessoas que exerciam cargo ou função nas entidades mencionadas retro; e a cessação imediata do exercício de qualquer mandato eletivo federal, estadual ou municipal, caso não tenham sido eles expressamente cassados. Essas sanções poderiam ser impostas a qualquer tempo pelo Presidente⁹⁶.

O AI n. 11, editado em 14 de agosto de 1969, fixava datas para as eleições para prefeitos, vice-prefeitos e vereadores, bem como estabelecia normas de coincidência de mandatos no que se refere aos municípios e extinguiu a Justiça de Paz eletiva⁹⁷. O AI n. 12, de 1º de setembro de 1969, anunciava a ocupação temporária das funções presidenciais pela Junta Militar, à época composta por Aurélio Lira Tavares, Augusto Rademaker Grünewald e Márcio de Sousa Melo, em decorrência do afastamento de Costa e Silva, que havia tido uma trombose cerebral, evidenciando o desrespeito dos militares para com a Constituição que eles mesmos erigiram⁹⁸.

O décimo terceiro e o décimo quarto Atos foram editados no mesmo dia, a saber, 5 de setembro de 1969. O AI n. 13 instituía a pena de banimento do território nacional para o brasileiro que se tornasse inconveniente, nocivo ou perigoso à segurança nacional, podendo o Executivo promovê-lo mediante proposta dos Ministros de Estado da Justiça, da Marinha de Guerra, do Exército ou da Aeronáutica Militar⁹⁹. O AI n. 14, por sua vez, modificava o §11 do art. 150 da Constituição de 1967¹⁰⁰, que passaria a ter a seguinte redação:

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 Indireta¹⁰¹.

O AI n. 15, de 11 de setembro de 1969, alterava as datas das eleições para prefeitos, vice prefeitos e vereadores, fixando novas datas¹⁰². Os dois últimos Atos foram editados no dia 14 de outubro de 1969. O AI n. 16, considerando o quadro de saúde de Costa e Silva e sua vontade manifesta de ser substituído, declarou vagos os cargos de Presidente e de Vice Presidente, destituindo Pedro Aleixo. O Ato também suspendia o art. 80 da Constituição de 1967 enquanto a vacância durasse¹⁰³, e fixava a data das novas eleições para o dia 25 de outubro de 1969, pelos membros do Congresso, em sessão pública e votação nominal¹⁰⁴. Finalmente, o AI n. 17 autorizava

96 Id. *Ato Institucional n. 10, de 16 de maio de 1969.*

97 Id. *Ato Institucional n. 11, de 14 de agosto de 1969.*

98 Cf. Id. *Ato Institucional n. 12, de 1º de setembro de 1969.*

99 Id. *Ato Institucional n.13, de 5 de setembro de 1969.*

100 Antes da modificação imposta pelo AI n. 14, o dispositivo era o seguinte: "§ 11 - Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, de banimento, nem de confisco. Quanto à pena de morte, fica ressalvada a legislação militar aplicável em caso de guerra externa. A lei disporá sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de função pública". Id. *Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil.*

101 Id. *Ato Institucional n.14, de 5 de setembro de 1969.*

102 Id. *Ato Institucional n. 15, de 11 de setembro de 1969.*

103 "Art 80 - Em caso de impedimento do Presidente e do Vice-Presidente, ou vacância dos respectivos cargos, serão sucessivamente chamados ao exercício da Presidência o Presidente da Câmara dos Deputados, o Presidente do Senado Federal e o Presidente do Supremo Tribunal Federal". Id. *Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil.*

104 Id. *Ato Institucional n.16, de 14 de outubro de 1969.*

o Presidente da República a transferir para reserva, por período determinado, os militares que tivessem ou viessem a atentar contra a coesão das Forças Armadas¹⁰⁵.

Ainda em 1969, um novo dispositivo surgiu para reforçar o aparato repressivo do regime militar. Tratava-se da EC n. 1, editada no dia 17 de outubro por Augusto Rademaker Grunewald, Aurélio de Lyra Tavares e Márcio de Souza e Mello, vez que “decretado o recesso parlamentar, o Poder Executivo Federal fica autorizado a legislar sobre tôdas as matérias, conforme o disposto no § 1º do artigo 2º do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968”¹⁰⁶. A EC n. 1 mudava vasta e substancialmente o texto constitucional de 1967, alargando os poderes do Executivo e acolhendo os Atos Institucionais. Assim, mantendo o obscurantismo corrente dos textos que editavam, os militares criaram margem ainda mais ampla para suas ações, sem, contanto, incorrerem em inconstitucionalidade.

O derradeiro e mais poderoso ato do regime militar de manipulação da memória coletiva foi a Lei no 6.683 (Lei de Anistia¹⁰⁷⁻¹⁰⁸), editada em 28 de agosto de 1979, por João Figueiredo. Em 1966, a partir das conversações de Frente Ampla, a anistia passou a ser considerada como proposta, constando da agenda política de fato, porém, somente em 1970. Formaram-se, então, os primeiros Comitês de Anistia, que começaram a pautar e tencionar os limites da transição¹⁰⁹. Mesmo os torturadores do regime foram acolhidos pelo generoso perdão que os militares concederam a si mesmos¹¹⁰.

A barbárie perpetrada pelos militares perseguiu, torturou e matou milhares de pessoas ao longo das duas décadas de regime. Conforme conta Elio Gaspari, citando algumas vítimas, Murilo Pinto da Silva, de 22 anos, foi colocado descalço sobre as bordas de duas latas abertas; a Zezinho foi destinado o pau de arara; Maurício Vieira de Paiva, de 24 anos, foi ligado a um magneto pelos dedos mínimos das mãos; e João Lucas, de 34 anos, que foi morto na Delegacia de Roubos e Furtos de Belo Horizonte, teve seu assassinato convertido em suicídio pela narrativa dos militares¹¹¹.

105 Id. *Ato Institucional n.17, de 14 de outubro de 1969*.

106 Id. *Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969*.

107 A história do Brasil República soma 48 anistias, sendo a de 1979, a última delas, norteadas, senão todas, em sua maioria, pela categoria conciliação. CUNHA, Paulo Ribeiro de. Militares e anistia no Brasil: um dueto desarmônico. In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (Org.). *O que resta da ditadura: a exceção brasileira*. São Paulo: Boitempo, 2010.

108 Cunha pautado na dissertação “Os herdeiros da memória: a luta dos familiares de mortos e desaparecidos políticos no Brasil” de Janaína de Almeida Teles, explica que: “A palavra anistia contem em si dois sentidos: um deles e o de *anamnesis* (reminiscência), o outro, de amnésia (olvido, perda total ou parcial de memória). Há, no entanto, um dado interessante a somar a esta reflexão, e sugestivo de vivas polêmicas: a etimologia nos remete ao conceito e, ainda, segundo Teles, ao segundo termo do binômio (esquecimento, olvido) – do grego *amnesia*, de *amnetos* “olvidado” – mas que essa acepção, pode ser confirmada ou superada em função de seu caráter político e histórico, podendo prevalecer o primeiro termo da bipolaridade, o de *anamnesis* – ação de trazer a memória ou a lembrança; lembrança, recordação. A rigor, *Mnemosyne* sugere reminiscência. A autora ainda sustenta que, contemporaneamente, essa equação está em permanente embate, já que possibilita concepções opostas e excludentes de anistia: uma delas, entendida como resgate da memória e direito a verdade, como reparação histórica, luta contra o esquecimento e recuperação das lembranças; a outra, vista como esquecimento e pacificação, como conciliação nacional.” *Ibid.*, p. 17.

109 *Ibid.*

110 “Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.

§ 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política”. BRASIL. *Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6683.htm>. Acesso em: 24 de julho de 2020x.

111 GASPARI, Elio. *A ditadura envergonhada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

Normalmente localizada entre as celas do sistema prisional e como parte integrante dos modos de penalização, a sala de tortura, entretanto, não se encontra nem dentro nem fora da ordem jurídica. A tortura não se inscreve na norma, mas projeta-se como um dentro e fora do ordenamento e atinge a sociedade por meio de seu simbolismo do terror. Diferente de um espaço de detenção – normatizado pela lei –, a sala de tortura, lugar absoluto da exceção, dilacera a ligação entre localização e ordenamento. As decisões do soberano ditatorial estavam, via mecanismo de inversão da representação, legitimadas por uma alteração de valores políticos tacitamente aceita por grande parte da sociedade. A institucionalização da tortura foi uma das principais características da força de lei dos atos institucionais e indicou a relação de distância e proximidade entre a exceção e a ordem¹¹².

Os militares, ao tomarem o poder, se fizeram representantes do povo, tencionando coincidir o seu governo com a vontade geral, expressa pelo signo da DSN e do estado de exceção¹¹³. O campo brasileiro era a sala de tortura. O regime de exceção militar foi a expressão por excelência da tanatopolítica na história brasileira recente.

4. **CONSIDERAÇÕES FINAIS: UMA ANOMIA NO BRASIL DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Como insiste em lembrar a psicanalista Maria Rita Kehl, na América Latina, o Brasil foi o único país a perdoar os militares, sem a exigência de reconhecimento dos crimes por eles praticados e sem pedido de perdão, e esquecer a tortura acaba por produzir um sintoma no interior da sociedade brasileira, a saber, a naturalização da violência¹¹⁴.

O silêncio sobre os mortos e torturados do passado, da ditadura, acostuma a silenciar sobre os mortos e os torturados de hoje. Todos encarnam, mesmo que sob formas diversas, a figura sinistra “daquele que é reduzido à vida nua, isto é, de um homem que não é mais homem – ou melhor, que pode ser morto sem que seu assassinato seja castigado”, assim a definição do Homo Sacer por Giorgio Agamben¹¹⁵.

O recalque “é a precondição para a formação do sintoma”¹¹⁶. É à ordem desse processo patogênico, conforme explica Kehl, que pertence o esquecimento, e não à perda circunstancial da memória pré-consciente. O sintoma social, de maneira independente quanto às estruturas psíquicas individuais, se manifesta por meio de práticas e discursos automatizados e tende a se agravar à medida que o tempo passa¹¹⁷.

112 TELES, Edson. Entre justiça e violência: estado de exceção nas democracias do Brasil e da África do Sul. In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (Org.). *O que resta da ditadura: a exceção brasileira*. São Paulo: Boitempo, 2010. p. 303-304.

113 Ibid.

114 KEHL, Maria Rita. Tortura e sintoma social. In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (Org.). *O que resta da ditadura: a exceção brasileira*. São Paulo: Boitempo, 2010.

115 GAGNEBIN, Jeanne Marie. O preço de uma reconciliação extorquida. In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (Org.). *O que resta da ditadura: a exceção brasileira*. São Paulo: Boitempo, 2010. p. 185.

116 FREUD, Sigmund. *Obras completas, volume 13: conferências introdutórias à psicanálise (1916-1917)*. Trad. Sergio Telleroli. São Paulo: Companhia das Letras, 2014. p. 391.

117 KEHL, Maria Rita. Op. cit.

Toda sociedade padece dos efeitos de sua própria inconsciência e, em uma sociedade, são inconscientes tanto as passagens históricas relegadas ao esquecimento quanto as demandas silenciadas das minorias, manifestando-se em atos a serem investigados de modo análogo aos sintomas dos indivíduos que procuram a clínica psicanalítica. A bem da verdade, os sintomas destes são menos individuais do que se pode supor¹¹⁸.

O inconsciente, diz Lacan, “é a parte do discurso concreto, como transindividual, que falta à disposição do sujeito para restabelecer a continuidade de seu discurso consciente”¹¹⁹. As formações do inconsciente ultrapassam a experiência individual, preleciona Kehl, na medida mesma em que o sujeito não é um indivíduo no sentido forte do termo; é antes dividido a partir de seu pertencimento a um campo simbólico sustentado coletivamente, sendo as formações do inconsciente fenômenos de linguagem¹²⁰.

Toda “realidade” (social) produz, automaticamente, uma espécie de “universo paralelo”: o acervo de experiências não incluídas nas práticas falantes [...] Esse “universo paralelo” das experiências não compartilhadas pela coletividade, experiências excluídas das práticas falantes e (consequentemente) da memória, vivem também, pelo menos parcialmente, os que tiveram seus corpos torturados nos subterrâneos da ordem simbólica ou sofreram a perda de amigos e parentes desaparecidos, vítimas de assassinatos nunca reconhecidos como tais por agentes de regimes autoritários¹²¹.

*

O processo de transição do regime militar à democracia no Brasil, diferentemente do que ocorreu em outros países que saíram de ditaduras, se deu de forma um tanto lenta. Partindo de 1974 até o ano de 1985, quando Tancredo Neves, pela via indireta, foi eleito, fala-se em 11 anos de transição. No entanto, se se leva em conta o primeiro presidente eleito pelo voto popular após a ditadura, Fernando Collor de Mello, então o que se tem é uma transição que durou 16 anos.

No dia 5 de outubro de 1988, uma nova Constituição foi promulgada, tendo sido escrita por um Congresso Nacional Constituinte, vez que os militares vetaram uma Assembleia Nacional Constituinte, como parte da transição negociada do autoritarismo para a democracia. O texto constitucional de 1988, conquanto seja progressista em alguns pontos, no que respeita às relações civil-militares, o que se vê são prerrogativas não democráticas, inclusive achadas também na Constituição que a precedeu, editada durante a ditadura¹²².

As Forças Armadas brasileiras entenderam tão competentemente a importância das restrições legais que nomearam 13 oficiais superiores

118 Ibid.

119 LACAN, Jacques. *Escritos*. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998. p. 260.

120 KEHL, Maria Rita. Op. cit.

121 Ibid., p. 126-127.

122 ZAVERUCHA, Jorge. *Relações civilmilitares: o legado autoritário da Constituição brasileira de 1988*. In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (Org.). *O que resta da ditadura: a exceção brasileira*. São Paulo: Boitempo, 2010.

para fazerem lobby pelos interesses militares ante os constituintes. Este lobby era muito bem organizado, chegando a levar os congressistas para visitas às instalações militares em todo o país¹²³.

A redação da Constituição foi dividida em oito comissões e diversas subcomissões, dentre as quais a Comissão de Sistematização, presidida por Bernardo Cabral, conhecido por transitar nas hostes militares. Os capítulos referentes às Forças Armadas e à segurança pública ficaram a cargo da Comissão de Organização Eleitoral Partidária e Garantia das Instituições, cujo presidente era Jarbas Passarinho¹²⁴, coronel da reserva que havia sido ministro nos governos de Costa e Silva, Médici e Figueiredo. A Subcomissão de Defesa do Estado, da Sociedade e de sua Segurança teve como porta voz Ricardo Fiúza, que embora admitisse não entender nada sobre assuntos militares, apoio fortemente as demandas dos militares nos debates constitucionais, trabalhando contra o fim do controle do Exército sobre as Polícias Militares estaduais. Assim, diferentemente de outros países democráticos, o Brasil possui polícias com estética militar¹²⁵.

Consta do caput do art. 142 de Constituição de 1988 que “as Forças Armadas [...] destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem”¹²⁶. Se é assim, explica Zaverucha, são os militares que têm o poder constitucional sobre o funcionamento do Judiciário, do Legislativo e do Executivo, bem como da lei e da ordem, quando, a bem da verdade, deveria ser o contrário. A constituição não define hipóteses de violação da ordem e da lei, de sorte que, na prática, a decisão respeita às Forças Armadas. Ao fim e ao cabo, é às Forças Armadas que pertence o poder de suspender a validade do ordenamento jurídico-político, pondo-se legalmente fora dele^{127 128}.

A polícia militar (PM) é subordinada aos governadores e é tida como sendo força auxiliar e reserva do Exército¹²⁹, o que é comum em países autoritários, mas em democracias só ocorre em períodos de guerra, sendo, em tempos de paz, o Exército a reserva da polícia. O modelo de batalhão de infantaria do exército é copiado pela PM, além de ser regida, a exemplo das Forças Armadas, pelo Código Penal Militar e pelo Código de Processo Penal Militar, e de possuir um regulamento disciplinar bastante semelhante ao do Exército¹³⁰.

A lógica que sustenta uma ação militar continuada no interior do território nacional revela a forma como se dá a gestão da vida, ou seja, da morte, pelo Estado brasileiro. Se a função das forças militares, em países democráticos, é a de defesa

123 Ibid., p. 45.

124 Foi um dos signatários do Ato Institucional n. 5.

125 Ibid.

126 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 de junho de 2020.

127 ZAVERUCHA, Jorge. Op. cit.

128 “Quando os constituintes decidiram retirar a faculdade das Forças Armadas de serem garantes da lei e da ordem, o general Leônidas ameaçou interromper o processo constituinte.” Ibid., p. 67.

129 Art.144, inc. IV, §6º, da Constituição de 1988: “As polícias militares e corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército, subordinam-se, juntamente com as polícias civis, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios”. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Op. cit.

130 ZAVERUCHA, Jorge. Op. cit.

contra o inimigo alienígena, atuando nas bordas, no caso do Brasil, o inimigo também vem de dentro. A Constituição de 1988 mobiliza, a bem da verdade, uma permanente guerra contra a própria população. Ora, se é assim, a tese agambeniana de aproximação entre democracia e totalitarismo se mostra acertada e pertinente à análise da violência institucional no País.

A polícia tem a força de lei; inventa o direito, perfaz-se legislativa, dá-se o direito. Inda que não promulgue a lei, ela age, nos tempos modernos, a exemplo dos legisladores; entrega-se a uma inquisição inominável¹³¹.

A centralidade dos discursos políticos acerca da criminalidade é responsável pelo retorno de militares, outrora torturadores e assassinos de presos políticos – no Brasil da Constituição de 1988, comandantes do extermínio de negros e pobres nas favelas. Prova disso, a título de exemplificação, foi o aumento, segundo a America's Watch, de 3,2% para 20,55% no número de civis mortos pela PM, na gestão do General Cerqueira a partir de maio de 1995 no Rio de Janeiro¹³². Outra vez, nas eleições de 2018, tais discursos, inclusive em declarado apoio às torturas perpetradas por agentes do Estado na ditadura militar, foram responsáveis pela colocação, nos Poderes Legislativo e Executivo, de diversos militares.

Foi num ambiente de forte política militar que se deu a redação da normativa constitucional vigente, que, conquanto modificou substancialmente a Constituição autoritária precedente, manteve incólume vários artigos desta, referentes às relações civil-militares e policiais, tendo sido, ulteriormente, somente periféricamente alterados¹³³. Ao fim e ao cabo, o que se vê no Brasil, apesar e por causa da Constituição de 1988, é um país distante do prometido Estado Democrático de Direito. O tanatopoder se exerce sobretudo sobre os pobres e negros nesta interminável exceção. Hoje, o campo é a periferia.

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Trad. Iraci S. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004.
- AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I**. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.
- ALVES, Maria Helena Moreira. **Estado e oposição no Brasil (1964-1984)**. Bauru: Edusc, 2005.
- ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- ARENDT, Hannah. **On revolution**. Londres: Penguin Books, 1990.
- BATISTA, Vera Malaguti. **O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história**. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.
- BENJAMIN, Walter. **O anjo da história**. Trad. João Barrento. Belo Horizonte: Autêntica, 2012.
- BENJAMIN, Walter. **Origem do drama barroco alemão**. Trad. Sérgio Paulo Rouanet. São Paulo: Brasiliense, 1984.

131 DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*. Trad. Leyla Perrone-Moisés. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2018.

132 BATISTA, Vera Malaguti. *O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história*. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

133 ZAVERUCHA, Jorge. Op. cit.

BRASIL. **Ato Institucional n. 1, de 9 de abril de 1964**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-01-64.htm>. Acesso em: 20 de julho de 2020.

BRASIL. **Ato Institucional n. 2, de 27 de outubro de 1965**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-02-65.htm>. Acesso em: 20 de julho de 2020.

BRASIL. **Ato Institucional n. 3, de 5 de fevereiro de 1966**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-03-66.htm>. Acesso em: 20 de julho de 2020.

BRASIL. **Ato Institucional n. 4, de 7 de dezembro de 1966**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-04-66.htm>. Acesso em: 20 de julho de 2020.

BRASIL. **Ato Institucional n. 5, de 13 de dezembro de 1968**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm>. Acesso em: 20 de julho de 2020.

BRASIL. **Ato Institucional n. 6, de 1º de fevereiro de 1969**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-06-69.htm>. Acesso em: 22 de julho de 2020.

BRASIL. **Ato Institucional n. 7, de 26 de fevereiro de 1969**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-07-69.htm>. Acesso em: 22 de julho de 2020.

BRASIL. **Ato Institucional n. 8, de 2 de abril de 1969**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-08-69.htm>. Acesso em: 22 de julho de 2020.

BRASIL. **Ato Institucional n. 9, de 25 de abril de 1969**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-09-69.htm>. Acesso em: 22 de julho de 2020.

BRASIL. **Ato Institucional n. 10, de 16 de maio de 1969**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-10-69.htm>. Acesso em: 22 de julho de 2020.

BRASIL. **Ato Institucional n. 11, de 14 de agosto de 1969**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-11-69.htm>. Acesso em: 22 de julho de 2020.

BRASIL. **Ato Institucional n. 12, de 1º de setembro de 1969**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-12-69.htm>. Acesso em: 22 de julho de 2020.

BRASIL. **Ato Institucional n.13, de 5 de setembro de 1969**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-13-69.htm>. Acesso em: 22 de julho de 2020.

BRASIL. **Ato Institucional n.14, de 5 de setembro de 1969**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-14-69.htm>. Acesso em: 22 de julho de 2020.

BRASIL. **Ato Institucional n. 15, de 11 de setembro de 1969**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-15-69.htm> Acesso em: 22 de julho de 2020.

BRASIL. **Ato Institucional n.16, de 14 de outubro de 1969**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-16-69.htm>. Acesso em: 22 de julho de 2020.

BRASIL. **Ato Institucional n.17, de 14 de outubro de 1969**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-17-69.htm>. Acesso em: 22 de julho de 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 314, de 13 de Março de 1967**. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-314-13-marco-1967-366980-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 23 de julho de 2020.

BRASIL. **Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 18 de julho de 2020.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 de junho de 2020.

BRASIL. **Constituição (1946). Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 23 de junho de 2020.

BRASIL. **Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 24 de julho de 2020.

BRASIL. **Lei no 5.250, de 9 de fevereiro de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5250.htm>. Acesso em: 23 de julho de 2020w.

BRASIL. **Lei no 6.683, de 28 de agosto de 1979**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6683.htm>. Acesso em: 24 de julho de 2020x.

COUTO, Ronaldo Costa. **História indiscreta da ditadura e da abertura – Brasil: 1964-1984**. Rio de Janeiro: Record, 1998.

CUNHA, Paulo Ribeiro de. **Militares e anistia no Brasil: um dueto desarmônico**. In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (Org.). O que resta da ditadura: a exceção brasileira. São Paulo: Boitempo, 2010.

DERRIDA, Jacques. **Força de lei: o fundamento místico da autoridade**. Trad. Leyla Perrone-Moisés. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2018.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)**. Trad. Maria Ermantina Galvão. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I: a vontade de saber**. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 13. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988.

FOUCAULT, Michel. **Nascimento da biopolítica: curso no Collège de France (1978-1979)**. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FRANÇA. **Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789**. Disponível em: <http://classes.bnf.fr/laicite/references/Declaration_droits_de_l_homme_citoyen_1789.pdf>. Acesso em: 18 de julho de 2020.

FREUD, Sigmund. **Obras completas, volume 13: conferências introdutórias à psicanálise (1916-1917)**. Trad. Sergio Tellaroli. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

GAGNEBIN, Jeanne Marie. **O preço de uma reconciliação extorquida**. In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (Org.). O que resta da ditadura: a exceção brasileira. São Paulo: Boitempo, 2010.

GASPARI, Elio. **A ditadura envergonhada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

INGLATERRA. **Magna Carta (1215)**. Disponível em: <<https://liberalarts.utexas.edu/coretexts/files/resources/texts/c/1215%20Magna%20Carta.pdf>>. Acesso em: 18 de julho de 2020.

KEHL, Maria Rita. **Tortura e sintoma social**. In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (Org.). O que resta da ditadura: a exceção brasileira. São Paulo: Boitempo, 2010.

LACAN, Jacques. **Escritos**. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998.

LE GOFF, Jacques. **História e memória**. Trad. Bernardo Leitão et al. Campinas: Editora da UNICAMP, 1990.

MATOS, Olgária. **Modernidade: república em estado de exceção**. Revista da Universidade de São Paulo, São Paulo, n. 59, p. 46-53, set./nov. 2003.

ORWELL, George. **1984**. Disponível em: <<https://www.planetebook.com/free-ebooks/1984.pdf>>. Acesso em: 21 de julho de 2020.

SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Trad. Elisete Autoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SKIDMORE, Thomas. **Brasil: de Castelo a Tancredo, 1964-1985**. Trad. Mário Salviano Silva. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

TELES, Edson. **Entre justiça e violência: estado de exceção nas democracias do Brasil e da África do Sul**. In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (Org.). O que resta da ditadura: a exceção brasileira. São Paulo: Boitempo, 2010.

ZAVERUCHA, Jorge. **Relações civilmilitares: o legado autoritário da Constituição brasileira de 1988**. In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (Org.). O que resta da ditadura: a exceção brasileira. São Paulo: Boitempo, 2010.

**THE NOMINATIONS PROCESS OF MEMBERS OF CONSTITUTIONAL COURTS:
THE BRAZILIAN DEBATE IN THE LIGHT OF DEMOCRATIC LEGITIMACY AND
COMPARATIVE LAW**

**O PROCESSO DE ESCOLHA DOS MINISTROS DE CORTES CONSTITUCIONAIS: O
DEBATE BRASILEIRO À LUZ DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA E DO DIREITO
COMPARADO¹**

artigos
científicos

Felipe Pereira Maroubo²
fmaroubo@hotmail.com

Recebido/Received: 12.02.2021/ February 12th, 2021.
Aprovado/Approved: 19.03.2021/ March 19th, 2021.

RESUMO

Nos últimos anos, o processo de escolha dos ministros de Cortes Constitucionais tem sido alvo de críticas crescentes devido à falta de legitimidade democrática e às disfuncionalidades procedimentais na transposição da normatividade à facticidade. Este estudo pretende discutir o processo de escolha dos ministros de Cortes Constitucionais, sobretudo, do Supremo Tribunal Federal, e a eventual necessidade de reformá-lo para atender às novas exigências políticas, jurídicas e sociais. Com este escopo, parte-se da discussão sobre a relevância, o caráter político da indicação e a interface de legitimidade democrática e suas contribuições para a compreensão do instituto jurídico estudado. Em seguida, destacam-se os modelos de investidura de ministros em Cortes Constitucionais, acentuando-se as semelhanças e diferenças entre o sistema brasileiro, o norte-americano e os europeus (francês, alemão e português). Por fim, lança-se o debate sobre as contribuições que a doutrina jurídica e o direito comparado podem oferecer para corrigir as inconsistências contemporâneas e adequar o modelo de escolha de membros aos novos papéis e relevância do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal; Legitimidade democrática; Direito comparado; Cortes Constitucionais; Ministros; Processo de escolha.

ABSTRACT

In recent years, the process of nominations of the members of Constitutional Courts has been the target of growing criticism due to the lack of democratic legitimacy and procedural dysfunctions in the transposition of normativity to facticity. This study intends to discuss the process of choosing the ministers of Constitutional Courts, above all, of the Supreme Federal Court of Brazil, and the eventual need to reform it to meet the new political, legal and social requirements. With this scope, it starts from the discussion about the relevance, the political character of the indication and the interface of democratic legitimacy and its contributions to the understanding of the

¹ O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

² Advogado do Município de Leme/SP. Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pós-Graduando em Direito com Ênfase em Atividade de Magistratura Estadual. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU) com mobilidade internacional pela Universidade do Porto, Portugal (UP).

studied legal institute. Then, the models of investiture of members in Constitutional Courts stand out, emphasizing the similarities and differences between the Brazilian, North American and European systems (French, German and Portuguese). Finally, the debate is launched on the contributions that legal doctrine and comparative law can offer to correct contemporary inconsistencies and adapt the model for choosing members to the new roles and relevance of the Supreme Federal Court of Brazil.

Keywords: Supreme Federal Court of Brazil; Democratic legitimacy; Comparative law; Constitutional Courts; Justices; Nominations process.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO. 1. RELEVÂNCIA, CARÁTER POLÍTICO E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO PROCESSO DE INDICAÇÃO DE MINISTRO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1.1. RELEVÂNCIA DA DISCUSSÃO PROCEDIMENTAL. 1.2. CARÁTER POLÍTICO DAS INDICAÇÕES: INTERSECÇÃO ENTRE DIREITO E POLÍTICA. 1.3. LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA E O PROCESSO DE INVESTIDURA DE MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2. MODELOS DE INVESTIDURA DE MINISTROS EM CORTES CONSTITUCIONAIS. 2.1. MODELO BRASILEIRO. 2.2. MODELO AMERICANO. 2.3. MODELOS EUROPEUS. 3. COMO A DOUTRINA JURÍDICA E O DIREITO COMPARADO PODEM CONTRIBUIR?: INCONSISTÊNCIAS CONTEMPORÂNEAS E NOVOS HORIZONTES DO PROCESSO DE ESCOLHA DE MINISTROS DO STF. 3.1. INDETERMINAÇÃO TEMPORAL. 3.2. AUSÊNCIA DE PODER DE VETO AOS OCUPANTES DE CARGOS EM COMISSÃO DO GOVERNO EM EXERCÍCIO. 3.3. ELEVADA CONCENTRAÇÃO DO PODER PRESIDENCIAL. 3.4. SABATINAS CAMBIANTES: ENTRE A ATITUDE PROTOCOLAR E A AUSTERIDADE DO SENADO FEDERAL. 3.5. TRANSPARÊNCIA, OPACIDADE E DÉFICIT DEMOCRÁTICO. 3.6. INSUFICIÊNCIA DE CRITÉRIOS OBJETIVOS E INDETERMINAÇÃO SEMÂNTICA DE NOTÓRIO SABER JURÍDICO E REPUTAÇÃO ILIBADA. 3.7. GARANTIA DA VITALICIEDADE E A VIABILIDADE DE MANDATOS. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, o processo de escolha dos ministros de Cortes Constitucionais tem sido alvo de críticas crescentes devido à falta de legitimidade democrática e às disfuncionalidades procedimentais na transposição da normatividade à facticidade.

Para tanto, no primeiro momento, será pontuado o objetivo de se discutir o processo de indicação de ministro do Supremo Tribunal Federal, relativamente à relevância da discussão procedimental, ao caráter político das indicações (e intersecção entre direito e política) e à legitimidade democrática.

Em seguida, a temática será tratada sob o prisma dos modelos de investitura de ministros em Cortes Constitucionais. O enfoque central recairá sobre o caso brasileiro, em perspectiva comparada, por semelhanças, ao modelo norte-americano, e, por predominância de diferenças, aos modelos europeus, quais sejam, o francês, o alemão e o português.

Não obstante a tradição do processo de escolha de ministro do Supremo Tribunal Federal, a doutrina jurídica e o direito comparado demonstrarem o envelhecimento da fórmula constitucional brasileira, serão analisadas, ao final, as inconsistências contemporâneas e os novos horizontes do processo de investidura, sobretudo, no tocante aos seguintes fatores: (i) indeterminação temporal, (ii) ausência de poder de veto aos ocupantes de cargos em comissão, (iii) poder presidencial, (iv) sabatinas, (v) transparência e déficit democrático, (vi) indeterminação semântica de requisitos para aceder ao cargo, (vii) garantia de vitaliciedade e a viabilidade de mandatos.

A partir disso, será possível expor criticamente o mecanismo de composição do Supremo Tribunal Federal, empregando o direito comparado para subsidiar diversas medidas que confirmam renovação ao panorama brasileiro de investidura ao cargo de ministro do STF e que, sobretudo, revivifiquem a legitimidade democrática, em especial, por meio do aumento do grau de participação democrática no processo. Não há, no entanto, pretensão a assumir acriticamente propostas, mas sim iniciar o debate sobre os ônus e bônus de se manter ou se de alterar aspectos importantes do atual desenho constitucional.

1. RELEVÂNCIA, CARÁTER POLÍTICO E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO PROCESSO DE ESCOLHA DE MINISTRO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Poder Judiciário não mais coincide apenas com o silêncio e a inércia exigidos pelo modelo institucional tradicional, caracterizado por Montesquieu ou Rousseau, e que o diferenciava dos Poderes Executivo e Legislativo. Não se trata de um processo político geneticamente desejado pelo espírito vital do Judiciário, mas antes é consequência da redemocratização brasileira e da reestruturação das relações entre o Estado e a sociedade pelo fortalecimento da garantia de direitos fundamentais individuais e transindividuais³.

O constitucionalismo democrático e a doutrina da efetividade contribuíram para resignificar o Judiciário no relativamente recente Estado Democrático de Direito, de modo que o alargamento da intervenção do Judiciário ainda apresenta dissonâncias com o arranjo institucional, que não tem acompanhado, com a mesma velocidade, a evolução da expansão do Judiciário e, sobretudo, do Supremo Tribunal Federal.

No novo contexto, os juízes possuem novos papéis e *"ganham um corpo – marcado pela idade, gênero, estado civil, origem social – e uma alma – cada vez mais exposta a afetos, sentimentos e paixões"*⁴. O roteiro que enreda a vida contemporânea mostra a virada comportamental das instituições, dos poderes clássicos da República e dos atores políticos, que disputam novos espaços e conquistam novos papéis. O palco dessa narrativa não se mantém imaculado a esse movimento (e nem deve).

3 SADEK, Maria Tereza. **Magistrados**: uma imagem em movimento. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

4 *Ibid.*, p. 1-2, 2006.

O ato de pensar essa imbricação entre os poderes, as tensões e os novos desdobramentos da legitimidade democrática não deixam a salvo institutos jurídicos como o processo de escolha de ministro do Supremo Tribunal Federal. Para pensar os novos papéis assumidos pelas Cortes Constitucionais e os fenômenos deles decorrentes é preciso dar um passo atrás e indagar: no Poder Judiciário, quem redige o *script* contemporâneo? Quão atual é o conjunto procedimental de investidura desses atores à dinâmica de poder que decide as relevantes questões constitucionais? E mais: com novas experiências, podem-se gerar melhores escolhas, do que as atuais, para amplificar a legitimidade democrática ou pretender um grau maior de comprometimento com os direitos fundamentais e com a missão institucional do Judiciário?

1.1. RELEVÂNCIA DA DISCUSSÃO PROCEDIMENTAL

A análise segregada, de um lado, do princípio da independência dos poderes e, de outro, do controle recíproco coordenativo entre eles, pode levar a incongruências. O primeiro deriva da garantia de insubordinação ou insubmissão dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, independentes e harmônicos entre si, um sobre os outros. A segunda ideia, oriunda do Estado liberal democrático, pressupõe a limitação dos poderes do Estado a fim de evitar abusos. Em uma análise preliminar, as duas concepções parecem se chocar, no entanto trata-se mais de um conjunto diferente de ideias que são tencionadas para permitir a coexistência do equilíbrio do Estado do que para proporcionar um fator orgânico e institucional desestabilizante.

A princípio, a independência dos poderes da República depende, ao menos, de três elementos fundamentais. O primeiro é que o modo de investidura e permanência do pessoal não depende de ato de vontade ou confiança dos demais poderes. O segundo elemento é que, para exercer suas atribuições, nenhum dos poderes dependerá de autorização dos demais, uma vez que cabe ao titular executar as atividades decorrentes de seu próprio feixe de poderes-deveres. Por último, o terceiro componente da independência dos poderes é que há discricionariedade para que cada um dos ramos do Estado tenha autonomia organizatória, financeira, patrimonial e participação na formação da vontade estatal naquilo que lhe for competência legal e constitucional própria⁵.

Não obstante a concepção da independência e separação de poderes, expressas no art. 2º da Constituição da República, sugerir uma separação rígida das funções desenvolvidas por cada um dos Poderes deverá ser ferramenta de coordenação ou colaboração entre as funções do Estado. Em lugar de uma compreensão de emancipação e independência estrita, assumir a interdependência é relevante para compreender que a imposição de limites mútuos entre os poderes atua para que cada um subsista sem acarretar a anulação do outro⁶.

5 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 106-112.

6 ARAÚJO, Aline Laura Toscano de; SILVA, Carlos Sérgio Gurgel da Silva. A indicação de ministro do STF pelo Presidente da República e a subjetividade de seus critérios à luz do princípio da independência dos poderes. **Revista Jurídica Luso Brasileira**. Lisboa, v. 4, n. 2, p. 645-683, 2018.

Essa reciprocidade de controles se revela na fiscalização contábil, orçamentária, operacional e patrimonial dos órgãos do Judiciário pelo Legislativo, por meio do Congresso Nacional com o auxílio do Tribunal de Contas da União, no âmbito nacional; e pelo controle rigoroso de escolha e investidura de membros da cúpula do Poder Judiciário, como os ministros do Supremo Tribunal Federal e que, mesmo após a assunção ao cargo, podem ser julgados, nos crimes de responsabilidade, pelo Senado Federal⁷.

Nesse contexto, a influência dos Poderes Executivo e Legislativo sobre o Judiciário revela-se, dentre outros tantos modos, pelo processo de escolha de ministros do Supremo Tribunal Federal. Não se viola o princípio da independência dos poderes ao permitir que os outros Poderes do Estado exerçam poder na formação da composição da mais alta Corte do país, na medida em que esta previsão constitucional de coordenação configura-se extensão do mister de impedir o abuso de poder. Portanto, o controle recíproco, revelado pelo peculiar processo de investidura dos ministros do STF, embaraça a oportunidade de sobreposição institucional e seus resultados nocivos à ordem republicana.

Ao Supremo Tribunal Federal compete a guarda da Constituição, cabendo-lhe, para tanto, o exercício de diversas competências de processo e julgamento e de impulsionamento da interpretação constitucional. É o órgão do Poder Judiciário com o mais elevado poder jurídico decisório, pois concentra pautas que estão na base da vida política nacional, não apenas relacionadas a conflitos constitucionais, mas a uma agenda de compromissos expressivos e sensíveis e que podem implicar soluções difíceis e de grande repercussão.

Não obstante o foco atribuído à instituição Supremo Tribunal Federal e sua legitimidade democrática, não se deve descuidar da importância de uma análise mais atenta dos seus integrantes, tendo em vista que, enquanto órgão colegiado, a conjunção de vontades de seus membros é que dará azo aos resultados exteriorizados por sua atuação.

1.2. CARÁTER POLÍTICO DAS INDICAÇÕES: PONTO DE CONTATO ENTRE DIREITO E POLÍTICA

A indicação de um candidato ao cargo de ministro do Supremo Tribunal Federal possui um caráter fortemente político, na medida em que, no Brasil, confere-se ao Presidente da República a possibilidade de apontar sua escolha sem exigências objetivamente aferíveis. Apesar dos requisitos objetivos inscritos na Constituição, como a idade mínima e máxima e ser brasileiro nato, não há maiores requisitos que concedam parâmetros explícitos a serem trilhados na escolha pelo Presidente.

Até mesmo os requisitos de notável saber jurídico e reputação ilibada, apesar do controle possível no âmbito do Senado Federal, podem adquirir um maior ou menor alargamento, ao alvedrio do Presidente da República. Deste modo, não há necessidade

⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13 ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2003, p. 365.

de que o ministro seja um magistrado de carreira, por exemplo, como é comum para a investidura em tribunais regionais ou superiores brasileiros. A premissa medular, portanto, fundamenta-se na discricionariedade do chefe do Poder Executivo federal, o qual deterá a palavra inicial sobre a escolha mais adequada para o preenchimento da vaga.

A explicação desta disparidade, entre os modelos de investidura, levada a efeito pela Constituição a Tribunais Superiores e ao STF reside em explicações históricas e na influência do sistema constitucional dos Estados Unidos. O modelo de investidura brasileiro, assentado pela Constituição de 1988, é inspirado no sistema norte-americano, em que o candidato ao cargo de *Associate Justice* da Suprema Corte se submete ao sistema de freios e contrapesos. Deste modo, há uma sabatina prévia pelo Senado Federal do nome indicado pelo Presidente para que, uma vez aprovado, possa ser nomeado por este, como ocorre, guardadas as proporções, no Brasil.

O funcionamento e operação dos atores demandam a percepção das particularidades brasileiras. Num contexto de presidencialismo de coalizão, o Presidente da República é instado a lidar com um grande e heterogêneo número de atores para tomar sua decisão. O alto número de partidos políticos, as divergências internas das siglas, as exigências e concessões de aliados, a ideologia política e as pressões da sociedade civil e de organizações de classe são alguns exemplos de fatores externos que levam à construção de uma escolha negociada sobre um nome que não assuma posturas rígidas a um lado ou a outro do espectro político e social⁸.

A intersecção entre direito e política é ainda mais complexa quando o assunto é a escolha de ministro do Supremo, considerado o sistema político brasileiro. A troca de apoio não se resume ao patrocínio da pretensão do próprio indicado, mas é resultado da atuação política e do *lobby* de grupos da coalizão presidencial, sem descuidar da aspiração do chefe do Executivo de pretender sinalizar, por meio da escolha, um feixe de valores e causas com as quais pretende se comprometer. Diferentemente da escolha de nomes para ocupar as vagas da Suprema Corte norte-americana, no Brasil, não há tendência a grandes viradas jurisprudenciais ou a uma demarcação mais significativa entre uma posição mais à direita ou mais à esquerda.

A homogeneidade é o fator que impera e, com isso, dilui-se o plano axiomático compromissório e predominam os efeitos pragmáticos da coalizão⁹ na escolha do indicado. Nem toda indicação do Presidente denota um esforço em guiar a direção das decisões judiciais tomadas pelos ministros do STF, nem as decisões judiciais

8 ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Indicações presidenciais para o Supremo Tribunal Federal e seus fins políticos: uma resposta a Mariana Prado e Cláudia Turner. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 255, p. 115-143, set. 2010.

9 Em pesquisa sobre os processos de nomeação para o STF, na presidência de José Sarney e Luiz Inácio Lula da Silva, Mariana Llanos e Leany Lemos retiram atenção ao mero desenho constitucional e desconstruem o caráter absoluto da teoria do domínio presidencial no procedimento de investidura, pois lecionam que os presidentes brasileiros investem muito esforço no momento de seleção, devido à influência das comunidades políticas e jurídicas no teste de um nome. As escolhas são cambiantes: por vezes, o chefe do Executivo pode escolher um nome próximo ao governo; e outras vezes, o candidato é descartado por falta de consenso político prévio pelo nome. Assim, o número de vagas disponíveis e o tipo de coalizão empreendida pelo presidente serão capazes de influenciar significativamente as chances que ele possui para impor ou não um candidato (o cargo de ministro do STF pode ser uma das ferramentas de que dispõe o presidente para manter a durabilidade e operacionalidade de uma coalizão). Soma-se a isso o filtro de partidos de centro-direita, dominantes no Senado Federal, e que induzem a seleção de nomes de preferências políticas de centro em seu espectro. Ou seja, mesmo que a coalizão não indique diretamente um nome, pode influenciar a escolha mais adequada. Cf. LLANOS, Mariana; LEMOS, Leany. Presidential Preferences? The Supreme Federal Tribunal Nominations in Democratic Brazil. *Latin American Politics and Society*, v. 55, n. 2, p. 77-105, 2013.

sempre refletem as preferências e ideologias do juiz e do Presidente que o nomeou. As interações estratégicas, as orientações e presença de outros atores e a necessidade de governabilidade estão tão conectadas quanto o cenário ideal que geralmente se propõe a considerar. O Presidente da República não detém o controle absoluto sobre as decisões políticas tomadas pelo Estado. Pelo contrário, trata-se de autoridade dependente de diversos outros atores políticos que exigirão concessões políticas, dentre as quais, o poder de participar ativamente da escolha de um nome ao STF.

Tão importante quanto o esforço de delimitar fatores que expliquem os parâmetros de escolha e o procedimento de investidura de ministro do STF, é reconhecer que o direito não elucida sozinho todas as questões envolvidas. Não é possível afirmar que o mero fato de um Presidente posicionar-se favoravelmente a um nome determinará que este indicado venha a decidir questões segundo o ponto de vista daquele. As convicções pessoais, as crenças morais e políticas, a experiência profissional precedente e a biografia prévia do indicado desfazem a objetividade aritmética pretendida no condicionamento do processo decisório do magistrado às pretensões do chefe de governo, que exerceu seu dever constitucional de indicar por ato de liberdade e responsabilidade¹⁰.

No entanto, reconhecer essa dificuldade de avaliar o caráter político das indicações¹¹ ao cargo de ministro do STF não pressupõe renegar que há um grande desafio sobre duas questões: Quem terá a responsabilidade de escolher o nome? E como será o processo de escolha? E tais dificuldades pressupõem a importância do papel e a influência da pessoa do intérprete na seara da interpretação constitucional e, por corolário, na formação do direito brasileiro.

1.3. LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA E A INVESTIDURA DE MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O debate da legitimidade já perpassou diversos domínios, desde o conceito mítico, assente nos ditames religiosos, até o nível reflexivo-crítico, com fundamento na técnica e na racionalidade. A legitimidade está assente na necessidade de aceitabilidade e de aquietação dos ânimos de uma ordem político-jurídica dotada de autoridade.

Os detentores de poder devem possuir uma autoridade reconhecida como legítima para que os sujeitos que se submetam a esta estejam sobre seu domínio, aceitem e validem suas ações¹². Assim, considerando a legitimidade com a qualidade juridicamente fundamentada do poder, lança-se a seguinte indagação: o processo de escolha atual dos ministros do Supremo Tribunal Federal é legítimo?

10 ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Indicações presidenciais para o Supremo Tribunal Federal e seus fins políticos: uma resposta a Mariana Prado e Cláudia Türner. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 255, p. 115-143, set. 2010.

11 Para um aprofundamento sobre o tema da politização da justiça e o Supremo Tribunal Federal como corte política, ver: PEGORARO, Joana Cristina. **A política na Corte**: uma análise da forma de escolha dos ministros do Supremo Tribunal Federal. 2006. 106p. Dissertação (Mestrado), Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006.

12 VIEIRA, José Ribas; COSTA, Pedro D'Angelo; DUARTE, Pedro Henrique Favilla; JORGE, Thiago Filippo Silva. O processo de escolha de ministros para o Supremo Tribunal Federal e possibilidades de democratização do Poder Judiciário. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, p. 1-23, 2002.

Se a legitimidade é uma prestação do sistema e faz referência à aplicação de determinados procedimentos legalmente definidos, e não a valores, o processo de escolha atual parece ser legítimo. Isso porque não depende do consenso entre as partes ou da inevitabilidade de decepções ou descontentamentos, mas sim da possibilidade de reconhecer e absorver os protestos e insatisfações para gerar o caminho possível, nem sempre o mais harmônico¹³.

Muito se discute, no campo substancial, porém, sobre a legitimidade democrática da atuação contramajoritária das cortes supremas no papel de revisão judicial de normas e leis aprovadas pelo Legislativo, cujos membros foram eleitos pelo povo. Em momentos de crises de representatividade, por vezes o uso legítimo da jurisdição constitucional dá-se de forma mais expansiva, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais e as regras do jogo democrático, ainda que contra a vontade das maiorias¹⁴. Evidentemente, que este papel exige algum grau de autocontenção para não invadir esferas de escolhas legítimas realizadas pelos representantes do povo, sem descurar da pretensão de máxima efetividade dos direitos fundamentais.

Waldron, de outro lado, afirma que considerar as visões de um juiz como mais importantes do que as do legislador e dos eleitores que o elegeram é violar a igualdade política. Deste modo, em regra, o Judiciário não seria o melhor intérprete do sentimento majoritário. Crer na supremacia constitucional não seria crer na primazia dos tribunais para a análise da constitucionalidade ou invalidação das leis. Mas o autor revela uma visão idealizada e que subestima a crise das democracias deliberativas, sem dispor sobre o papel dos tribunais decorrentes num caso de degradação grave dos órgãos de representação democrática¹⁵.

De todo modo, apesar do grau de interferência da jurisdição constitucional nas deliberações parlamentares majoritárias, o exercício jurisdicional demanda algum grau de separação entre a agenda política profissional e o dever funcional do juiz, para preservar os papéis de cada um dos atores. Enquanto aos parlamentares caberá responder às reivindicações dos seus eleitores, aos juízes cumpre o dever de correção e racionalidade mais distante das disputas políticas ordinárias. Isso não significa que aos juízes a busca da legitimidade não seja um caminho possível e desejável. Pelo contrário, deverá ocorrer, mas com o objetivo de realizar três valores fundamentais, quais sejam: (i) o pluralismo (a coexistência de correntes diversas de pensamento demanda a renovação regular da Corte e um processo de escolha participativo), (ii) a representatividade (a composição da Corte deve refletir tendências existentes do ponto de vista político, étnico, linguístico e cultural da população, para evitar a elitização e o descolamento com a sociedade) e (iii) a complementariedade (equilíbrio entre competências técnico-jurídicas e a experiência de vida dos magistrados)¹⁶.

13 BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

14 BARROSO, Luís Roberto. **Contramajoritário, representativo e iluminista**: os papéis das Supremas Cortes e Tribunais na democracia (mimeografado).

15 WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **Yale Law Journal**, n. 115, New Haven, abr. 2006.

16 TAVARES FILHO, Newton. Democratização do processo de nomeação dos Ministros do STF. **Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados**, p. 3-20, 2006.

Em síntese, o processo de escolha de ministros de Cortes Constitucionais não pode ser indiferente, pois ao reverberar as tensões entre a democracia representativa e o papel contramajoritário da jurisdição constitucional, o *déficit* democrático do exercício das atribuições pela Corte reclama um fundamento de justificação democrática¹⁷ e que presta a máxima credibilidade à justiça constitucional.

Por isso a necessidade de incrementar a participação popular e a legitimidade democrática do processo de escolha de ministros do Supremo Tribunal Federal, não apenas para obter o preenchimento de um ideal de validação das decisões, mas também para viabilizar o exercício do controle social, do *accountability* e da responsividade na escolha e nos possíveis reflexos políticos, jurídicos e sociais que ela poderá implicar.

2. MODELOS DE INVESTIDURA DE MINISTROS EM CORTES CONSTITUCIONAIS

Na sequência, serão abordados, descritivamente, os modelos de escolha dos ministros em Cortes Constitucionais.

No primeiro momento, será estudado o modelo brasileiro, com suas particularidades normativas e fáticas, de modo a delinear um caminho hábil para uma análise posterior das dificuldades ou inconsistências do sistema atual.

Na segunda etapa, o enfoque será conferido para o modelo de escolha de ministros da Suprema Corte norte-americana. O intuito é perceber de que modo há similaridade ou não entre o cenário brasileiro e o norte-americano, não apenas sob o ponto de vista descritivo, mas de aproveitamento qualitativo dos mecanismos. A viabilidade da comparação, em alguma medida, entre os dois casos concretos, é suscitada pelo pressuposto da influência da vetusta escolha norte-americana quando da teorização jurídica dos procedimentos brasileiros.

Em um terceiro momento, o objetivo recai em compreender modelos de escolha dos ministros nos sistemas europeus, e suas questões práticas correlatas a partir de perspectivas distintas em seus aspectos procedimentais e que repercutem nos graus de legitimidade democrática e seriedade institucional das Cortes Constitucionais.

2.1. MODELO BRASILEIRO

O modelo atual de escolha de ministro do Supremo Tribunal Federal é um caminho processual que possui filtros e ritos constitucionalmente definidos. Vigê desde 1890, quando o Supremo Tribunal Federal foi instituído pelo Decreto nº 1 de 1891¹⁸.

¹⁷ VIEIRA, José Ribas; COSTA, Pedro D'Angelo; DUARTE, Pedro Henrique Favilla; JORGE, Thiago Filippo Silva. O processo de escolha de ministros para o Supremo Tribunal Federal e possibilidades de democratização do Poder Judiciário. *Revista Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, p. 1-23, 2002.

¹⁸ Antes do Supremo Tribunal Federal, a posição de mais alta Corte de Justiça, no Brasil, foi desempenhada pela Casa da Supplicação do Brasil, no período de 10 de maio de 1808 a 8 de janeiro de 1829, e, com a previsão da Carta de 1824, pelo Supremo Tribunal de Justiça, de 20 de janeiro de 1829 a 27 de fevereiro de 1891. A jurisdição do antigo STJ durou até 1890, quando foi previsto o Supremo Tribunal Federal pelos Decretos nº 510, 848 e 914-A, mas a instauração ocorreu apenas no ano seguinte por lavra do Decreto nº 1, de 26 de fevereiro de 1891. Cf. BASTOS, Elísio Augusto Velloso; CICHOVSKI, Patrícia Kristiana Blagitz. **A forma de nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal: análise histórica e proposta de aprimoramento**. 28p. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e35026a2b91f352d>>. Acesso em: 06 set. 2018.

A Constituição de 1891 manifesta uma mudança do eixo do pensamento francês pós-revolucionário à concepção norte-americana, de modo que coube ao Poder Judiciário ser o centro de estabilidade dos freios e contrapesos da divisão de poderes. A explicação histórica da adesão brasileira à estrutura orgânica e funcional da Suprema Corte dos EUA está na admiração de Dom Pedro II pelo bom funcionamento da última. Elísio Bastos e Patrícia Cichovski lecionam que, em julho de 1889, o imperador recomendou a Salvador de Mendonça e a Lafayette Pereira que fossem aos Estados Unidos, em missão oficial, para estudar com cuidado a organização da Suprema Corte de Washington. A razão é que o rei acreditava que o segredo da estabilidade da Constituição dos EUA repousava sobre as funções e organização da Suprema Corte¹⁹. Disso resultou a importação do processo de escolha de ministros do STF, no Brasil, em uma reprodução da compreensão do Congresso e da Presidência quanto à parte inicial da enxuta seção 1 do art. III da Constituição norte-americana, para a qual: “O Poder Judiciário dos Estados Unidos será investido em uma Suprema Corte e nos tribunais inferiores, conforme o Congresso possa, de tempos em tempos, ordenar e estabelecer”²⁰.

Mesmo com a Constituição de 1937, em pleno Estado Novo, o sistema de indicação presidencial do nome de candidato a cargo vago ao STF foi mantido, à exceção de alteração pontual na competência do Senado, o qual foi substituído, para estes fins, pelo Conselho Federal.

As Constituições de 1934, 1946, 1967 e a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, mantiveram incólumes o modelo de escolha para o cargo de ministro do STF, com apenas duas significativas alterações em relação à Constituição de 1891. A primeira está relacionada ao limite máximo de idade, qual seja, de sessenta e cinco anos, e o número de ministros da Corte Suprema, que foi reduzido de quinze para onze membros. Essas alterações foram mantidas pela Constituição de 1988.

Relativamente à pessoa, o art. 101, *caput* e parágrafo único, da Constituição, dispõe que os ministros do STF serão escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco anos e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico²¹ e reputação ilibada²². Não há necessidade de que o indicado seja

19 BASTOS, Elísio Augusto Velloso; CICHOVSKI, Patrícia Kristiana Blagitz. **A forma de nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal: análise histórica e proposta de aprimoramento.** 28p. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e35026a2b91f352d>>. Acesso em: 06 set. 2018.

20 Tradução nossa para a parte inicial da seção 1 do art. III da Constituição dos Estados Unidos da América: “*The judicial Power of the United States, shall be vested in one supreme Court, and in such inferior Courts as the Congress may from time to time ordain and establish.*”

21 Marcelo Figueiredo e Adilson Abreu Dallari propugnam que o notável saber jurídico é um conceito amplo, aferível no caso concreto, que compreende a necessidade de um histórico de vida profissional, reconhecido pela comunidade jurídica e pela sociedade, como revelador de uma capacidade técnica suficiente para exercer um cargo tão relevante. Por exemplo, aferem-se títulos acadêmicos, obras jurídicas publicadas, cargos e funções exercidos. Cf. FIGUEIREDO, Marcelo; DALLARI, Adilson. Supremo Tribunal Federal: o processo de nomeação dos ministros. **Migalhas.** São Paulo, 20 fev. 2013. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI172816,71043-Supremo+Tribunal+Federal+o+processo+de+nomeacao+dos+ministros>>. Acesso em: 14 ago. 2018.

22 A reputação ilibada tem um conteúdo de verificação objetiva mais fácil do que o notório saber jurídico e está relacionado ao comportamento na vida pública, desvios morais que comprometam o exercício do cargo de Ministro do STF e o histórico de comportamento ético. Sob pena de ofensa aos direitos fundamentais, não podem ser utilizados como pretexto de recusa a orientação sexual do candidato, a convicção religiosa, ideológica e partidária e o estado civil, que são irrelevantes para o exercício do cargo público, à exceção de casos extremos e patológicos e que prejudiquem visivelmente a isenção, a imparcialidade e a sensibilidade pessoal e jurídica do indicado. Cf. FIGUEIREDO, Marcelo; DALLARI, Adilson. Supremo Tribunal Federal: o processo de nomeação dos ministros. **Migalhas.** São Paulo, 20 fev. 2013. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI172816,71043-Supremo+Tribunal+Federal+o+proceso+de+nomeacao+dos+ministros>>. Acesso em: 14 ago. 2018.

proveniente da magistratura, advocacia ou possua formação em Direito, a despeito do requisito inafastável do notório saber jurídico²³. Atualmente, no entanto, quanto ao bacharelado em Ciências Jurídicas, parece ser uma práxis inconteste em face da dimensão técnica alargada do direito contemporâneo.

Soma-se a isso a disposição do art. 12, § 3º, inciso IV, da Constituição, que exige que o cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal seja ocupado obrigatoriamente por brasileiro nato. Esta exigência decorre da eventual possibilidade de qualquer dos Ministros, uma vez investidos, sujeitarem-se à habilitação ao cargo de Presidente do STF, o que, por sua vez, atrairá a possibilidade de exercer interinamente a Presidência da República. Deste modo, o art. 80, da Constituição, prevê que, em caso de impedimento do Presidente e do Vice-Presidente, ou vacância dos respectivos cargos, serão sucessivamente chamados ao exercício da Presidência o Presidente da Câmara dos Deputados, o do Senado Federal e o do Supremo Tribunal Federal.

Quanto ao procedimento, a investidura de ministro do STF pode ser designada como ato complexo, pois requer a conjugação de vontades de mais de um órgão ou agente. O ato complexo de investidura apenas estará formado no momento em que todas as vontades exigidas forem declaradas²⁴. No caso específico, o Presidente da República indicará o candidato e o Senado Federal, no exercício de competência privativa, delineada no art. 52, inciso III, alínea “a”, da Constituição, aprovará, previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha do magistrado.

A arguição pública, que antecede a aprovação por votação secreta do Senado Federal, consiste na sabatina e emissão de parecer sobre a indicação pela Comissão de Constituição e Justiça da Casa, composta por vinte e sete senadores. Na CCJ do Senado Federal, o relator deve ler a peça informativa da indicação presidencial e, em seguida, confere-se a palavra ao candidato para que sustente os motivos pelos quais deve ser escolhido. Logo após, a palavra é concedida aos senadores para que se manifestem. Neste momento, são abertos os debates e inaugurado o segmento mais importante da sabatina, em que podem ser feitas indagações sobre pontos de vista, avaliação sobre o saber jurídico, bem como outros julgamentos sobre a biografia do indicado. Grande parte da baixa qualidade da sabatina deve-se ao uso eventual deste espaço para promover felicitações e elogios, que em nada contribuem para a aferição das opiniões ou questões jurídicas de fundo partilhadas pelo candidato. Encerrados os debates, o relatório sobre a admissibilidade da indicação é posto em votação, em escrutínio secreto, inadmitidas declarações ou justificações de votos, à exceção da referência a aspectos legais²⁵.

23 MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13 ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2003, p. 371.

24 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 29. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

25 O comportamento formal previsto sobre o trâmite para aprovar a indicação no Senado Federal não revela a campanha de bastidores que, segundo Elísio Bastos e Patrícia Cichovski, sugere “andanças do candidato aos gabinetes dos Congressistas ou Ministros de Governo” para conquistar o apoio à candidatura ao cargo de ministro do STF. Além disso, os autores apontam que tem se tornado uma praxe que a lista de candidatos possíveis seja submetida ao crivo do Ministro da Justiça, que será encarregado de entrevistar cada um dos candidatos pessoalmente, enviando um relatório ao Presidente da República que, a partir dessa seleção prévia, definirá aquele (ou aqueles) com os quais fará uma entrevista pessoal. Cf. BASTOS, Elísio Augusto Velloso; CICHOVSKI, Patrícia Kristiana Blagitz. **A forma de nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal: análise histórica e proposta de aprimoramento**. 28p. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e35026a2b91f352d>>. Acesso em: 06 set. 2018.

O documento será considerado aprovado por deliberação favorável de maioria simples. Em seguida, o parecer de mérito da Comissão de Constituição e Justiça é encaminhado à apreciação pelo plenário do Senado Federal, que poderá cancelar o nome por voto favorável de maioria absoluta, isto é, de pelo menos quarenta e um senadores²⁶.

Por fim, caberá privativamente ao Presidente da República, por decreto publicado no Diário Oficial da União, nomear o candidato ao cargo de ministro do STF, após a mencionada aprovação pelo Senado Federal, nos termos do art. 84, inciso XIV, da Constituição. O aperfeiçoamento final da nomeação do indicado ocorre com a assinatura do termo de compromisso no livro de posse e o exercício dos trabalhos do magistrado.

Empiricamente, entre a indicação e a nomeação do candidato à vaga no STF, o tempo médio do procedimento constitucional foi de pouco mais de quinze dias. Já entre a nomeação e a posse, o lapso foi de quatorze dias. Desse modo, entre a indicação e a posse de ministro do STF decorreram aproximadamente trinta dias no período entre 1945 e 2013. Entretanto, este tempo médio varia largamente no decurso histórico, de modo que, com a redemocratização brasileira, entre 1984 e 2013, os prazos totais para o cumprimento de todas as exigências procedimentais constitucionais foram maiores do que os aferidos entre 1945 e 1983, alcançando quase quarenta e cinco dias²⁷.

Não se pretende considerar que o mote deve ser a rapidez. Antes de mais, o propósito é demonstrar que empiricamente os prazos para a escolha têm se ampliado ao largo da história. Apesar disso, os resultados sobre o tempo total para cumprimento do procedimento para escolha de ministro do STF não são uniformes. Pelo contrário, costumam variar significativamente entre os indicados. Nominalmente, no Brasil, os Ministros Celso de Mello e Teori Zavascki foram os candidatos com o maior decurso temporal entre a indicação e a posse, respectivamente, de cento e cinco e oitenta dias; no sentido oposto, encontram-se os Ministros Menezes Direito e Carlos Madeira com os menores períodos de escolha, nesta ordem, oito e dezesseis dias²⁸.

Ainda sobre o processo de escolha no Brasil, sem antecipar o mérito de inconsistências fáticas contemporâneas do modelo, destaca-se que, a despeito da média entre os lapsos temporais entre a indicação e a posse serem crescentes no país, não há como concluir se o tempo destinado ao Senado Federal para promover a apreciação do nome do indicado, pela aceitação ou pela recusa, foi qualitativamente

26 Referência aos arts. 101, inciso II, alínea "i" e 288, inciso III, alínea "d", do Regimento Interno do Senado Federal.

27 Frederico de Almeida desenvolveu um estudo para identificar o lapso temporal entre a indicação e a posse dos ministros do Supremo Tribunal Federal, entre 1945 (fim da ditadura do Estado Novo) e 2013 (primeiro governo Dilma Rousseff), e comparou os resultados brasileiros com aqueles relativos ao mesmo fenômeno na Suprema Corte dos Estados Unidos. Cf. ALMEIDA, Frederico. **Análise dos tempos de nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal (1945-2013)**. Newsletter. Observatório de elites políticas e sociais do Brasil. The Observatory of Social and Political Elites of Brazil. Núcleo de Pesquisa em Sociologia Política Brasileira da UFPR, v. 2, n. 7, 2015, 13 p.

28 ALMEIDA, Frederico. **Análise dos tempos de nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal (1945-2013)**. Newsletter. Observatório de elites políticas e sociais do Brasil. The Observatory of Social and Political Elites of Brazil. Núcleo de Pesquisa em Sociologia Política Brasileira da UFPR, v. 2, n. 7, 2015, 13 p.

aproveitado para o satisfatório desdobramento de procedimentos formais (e não para, *v.g.*, negociações paralelas de bastidores) e nem evidências que apontem para uma associação direta de um tempo mais dilatado entre a indicação e a posse a momentos políticos específicos²⁹.

Não há, portanto, indícios suficientes para aduzir que os tempos variem em função do partido no poder ou daquele responsável pela indicação presidencial, na medida em que diversos outros fatores políticos, procedimentais, *lobbies*, acordos e negociações podem estar envolvidos. Contudo, ao cotejar estes dados empíricos brasileiros com os equivalentes norte-americanos, os quais serão abordados no tópico seguinte, tende a se confirmar a impressão de juristas sobre a utilização meramente formal, pela Presidência da República, da arguição oral realizada pelo Senado. Estas consequências poderão gerar anomalias, as quais serão destacadas mais adiante neste trabalho.

2.2. MODELO NORTE-AMERICANO

O Presidente indica os *Justices* da Suprema Corte, os quais passam por uma arguição pública, denominada *confirmation hearings*, em que os senadores fazem inquirições, com o auxílio de juristas capacitados de universidades americanas. Depois, o nome é submetido à aprovação do Senado. De modo geral, as sabinas são rigorosas³⁰ e podem durar dias ou semanas e, cronologicamente, possuem duração média de vinte e duas horas³¹. Ao Senado americano, o candidato deverá responder a um extenso rol de esclarecimentos:

o qual envolve quesitos sobre seu histórico de trabalho; honrarias e méritos recebidos; associações em que figura ou tenha figurado como membro; produção acadêmica; finanças pessoais (dados detalhados que incluem, além de outros, todos os ativos e passivos pertencentes ao candidato e seus familiares próximos, inclusive contas bancárias, seguros, investimentos, hipotecas e empréstimos); potenciais conflitos de interesse (inclusive deverá deixar claro o modo pelo qual pretende solucionar eventual conflito que possa acontecer no futuro); todas as declarações públicas já feitas (inclusive entrevistas, palestras, cartas editoriais, e outras, devendo fornecer cópia de tais declarações); descrição, em caso de já ter exercido a advocacia, das dez ações mais importantes que patrocinou e das causas mais importantes que foram administradas extrajudicialmente pelo candidato (com descrição do

29 *Ibid.*, 2015, 13 p.

30 No caso de Brett Kavanaugh, indicado pelo presidente Donald Trump para a vaga de juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos deixada por Anthony Kennedy, as disputas políticas partidárias entre republicanos e democratas impuseram maior rigor à análise documental e da vida pregressa do candidato. Uma dentre tantas exigências, os democratas requereram o acesso a centenas de milhares de documentos e e-mails do serviço de Kavanaugh, durante a administração de George W. Bush, quando foi Secretário da Casa Branca, o que enfrentou resistência voraz dos republicanos. Trata-se de um exemplo da profundidade da avaliação levada a cabo pelo Senado norte-americano para confirmar uma nomeação presidencial. Cf. HULSE, Carl. Lesson From a Failed Nomination, for Both Brett Kavanaugh and the Senate. *The New York Times*. New York, 21 jul. 2018. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2018/07/21/us/politics/ryan-bounds-nomination-senate.html>>. Acesso em: 14 ago. 2018.

31 A título de exemplo, o Justice Samuel Alito foi submetido a uma sabinata que durou cinco dias, de 9 a 13 de janeiro de 2006, a despeito de expressivo currículo. Há casos mais emblemáticos, como o de Louis Brandeis, cuja sabinata durou mais de 122 dias. Mas, dentre os casos mais recentes, Elena Kagan foi sabinada em três dias e Sonia Sotomayor em duas semanas. Cf. ALMEIDA, Frederico. **Análise dos tempos de nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal (1945-2013)**. Newsletter. Observatório de elites políticas e sociais do Brasil. The Observatory of Social and Political Elites of Brazil. Núcleo de Pesquisa em Sociologia Política Brasileira da UFPR, v. 2, n. 7, 2015, 13 p.

assunto, partes envolvidas, resultado final do processo...), além de outras informações³². (p. 10)

Ao final das audiências no Senado, a comissão delibera se aceita a recomendação ou rejeita a indicação proposta pelo Presidente para nomeação. Esta decisão, como no Brasil, é encaminhada ao plenário da Casa, a quem cabe debater e votar o relatório, por voto da maioria simples dos membros da casa, presente a maioria absoluta.

Faculta-se ao Presidente a retirada da candidatura do indicado na hipótese de recusa pelo Senado do nome submetido ao escrutínio legislativo. A título exemplificativo, Douglas Ginsburg foi indicado, em 1987, pelo Presidente Ronald Reagan, no enquanto teve sua candidatura retirada pelo chefe do Executivo por perceber que o nome não seria aprovado. Mais adiante, em 2005, George Bush indicou Harriet Miers, que teve seu nome retirado por sua relação de proximidade com o Presidente, o que provocou a desconfiança prévia do Senado. A maioria republicana também forçou a retirada da indicação de Merrick Garland, feita por Barack Obama, a despeito de inequívoca habilitação técnica. O juízo político, moral e pessoal sobre o currículo, a história e os posicionamentos sobre decisões polêmicas movimentam o processo de sabatina norte-americano, de tal modo que têm sido preferidas indicações de juizes de carreira de tribunais federais, de um dos circuitos da justiça federal de segunda instância, para evitar maiores constrangimentos ou reviravoltas e por já terem passado por controle legislativo prévio de parlamentares em suas nomeações³³.

O resultado de uma sabatina mais rígida é que, desde a criação da Suprema Corte norte-americana, foram 122 aprovações e 36 reprovações de indicações do chefe do Poder Executivo federal³⁴.

Num cenário mais amplo, que aborda não apenas o elemento sabatina, mas todo o percurso procedimental, estudos empíricos sobre o panorama norte-americano asseveram que a média do percurso entre a indicação e a nomeação de ministros da Suprema Corte, contabilizada em número de dias, é mais do que o triplo daquele utilizado para a conclusão, guardadas as especificidades locais, do mesmo rito formal constitucional de escolha praticado pelo Brasil. No período entre 1945 e 1983, a média norte-americana foi de pouco menos de cinquenta e seis dias entre a indicação e a nomeação ao cargo, ante trinta dias no caso brasileiro. Efetuado o recorte para o íterim entre 1984 e 2013, esta média aumenta para setenta e três dias nos Estados Unidos, ante quarenta e cinco dias no Brasil³⁵.

32 BASTOS, Elísio Augusto Velloso; CICHOVSKI, Patrícia Kristiana Blagitz. **A forma de nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal: análise histórica e proposta de aprimoramento**. 28p. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e35026a2b91f352d>>. Acesso em: 06 set. 2018.

33 CASAGRANDE, Cássio. Sem Anthony Kennedy, Suprema Corte dos EUA deve seguir ainda mais à direita. **Jota**. Rio de Janeiro, 2 jul. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/o-mundo-fora-dos-autos/sem-anthony-kennedy-suprema-corte-dos-eua-deve-seguir-ainda-mais-a-direita-02072018>>. Acesso em: 10 set. 2018.

34 Estes números representam os dados de 1789 a 2007 relativos a 158 indicações para o cargo de ministro da Suprema Corte dos Estados Unidos. Cf. BASTOS, Elísio Augusto Velloso; CICHOVSKI, Patrícia Kristiana Blagitz. **A forma de nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal: análise histórica e proposta de aprimoramento**. 28p. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e35026a2b91f352d>>. Acesso em: 06 set. 2018.

35 ALMEIDA, Frederico. **Análise dos tempos de nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal (1945-2013)**. Newsletter. Observatório de elites políticas e sociais do Brasil. The Observatory of Social and Political Elites of Brazil. Núcleo de Pesquisa em Sociologia Política Brasileira da UFPR, v. 2, n. 7, 2015, 13 p.

Uma última diferença de relevo entre a Suprema Corte dos Estados Unidos e o Supremo Tribunal Federal está relacionado ao exercício da presidência do tribunal. Enquanto naquele o nomeado permanece na posição até a sua aposentadoria, neste adota-se um sistema de rodízio a cada dois anos. No Brasil, portanto, o resultado é a rotatividade do chefe do Judiciário e, conseqüentemente, do poder sobre a pauta do STF³⁶.

Tendo em vista estas comparações empreendidas entre os modelos brasileiro e norte-americano, derivadas da similaridade procedimental, mas que auxiliam a compreensão de diferenças de grau, que importam melhores ou piores singularidades a um ou a outro, deve-se, adiante, ressaltar a necessidade de destacar as particularidades de alguns modelos europeus³⁷. À frente, o escopo é o inverso do obtido até agora, pois se pretende evidenciar os contrastes das Cortes Europeias perante o Brasil e, deste modo, inspirar novos caminhos para aprimorar as funcionalidades do sistema de escolha de ministros do Supremo Tribunal Federal.

2.3. MODELOS EUROPEUS

O continente europeu possui uma grande diversidade de sistemas de escolha de membros das Cortes Constitucionais e que diferem do modelo brasileiro e norte-americano, sobretudo quanto às autoridades que escolhem e confirmam, bem como quanto ao mandato temporário e a convivência com o elemento político da alternância de poder. Para fins didáticos, foram escolhidos três, o francês, o alemão e o português, os quais apresentam especificidades que propiciarão a discussão das disfuncionalidades do processo de escolha brasileiro, a serem tratadas no tópico posterior.

De acordo com o art. 56 da Constituição Francesa, o Conselho Constitucional francês – *Conseil Constitutionnel* – é composto por nove membros não natos, que são escolhidos pelos Poderes Executivo e Legislativo, juntando-se a estes todos os Presidentes da República como membros natos e vitalícios.

Quanto à escolha, apenas os membros não natos são selecionados, sendo que: três são escolhidos política e discricionariamente³⁸ pelo Presidente da República, três pelo Presidente da Assembleia Nacional e três pelo Presidente do Senado.

Os membros natos, isto é, os ex-Presidentes da República, possuem a garantia da vitaliciedade e, portanto, ficam em seus cargos até a renúncia, a morte ou a

36 JALORETTO, Maria Fernanda; MUELLER, Bernardo Pinheiro Machado. O Procedimento de Escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal – uma análise empírica. *Economics Analysis of Law Review*, v.2, n. 1, p. 172, 2011.

37 Neste trabalho, no panorama europeu, são elencados apenas os modelos francês, alemão e português. Entretanto, sobre outros modelos de indicação em perspectiva comparada, cf. PAES, Taíse Sossai. **A influência do processo de escolha dos ministros da Suprema Corte na judicialização da política**: uma análise empírica do procedimento da sabatina dos indicados para o Supremo Tribunal Federal. 2011. 78 p. Dissertação (Mestrado Profissional em Poder Judiciário) – Fundação Getúlio Vargas – Escola de Direito do Rio de Janeiro, 2011.

38 A vinculação político-ideológica dos nomeados para membro do Conselho Constitucional francês e seus nomeadores é mais patente, na medida em que a liberdade de escolha é amplíssima e não há exigências ou pré-requisitos de capacidade profissional para o exercício do cargo. Cf. TAVARES FILHO, Newton. Procedimento e Escolha e Nomeação dos Titulares de Cortes Constitucionais no Direito Comparado. *Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados*, p. 3-10, 2002.

aposentadoria. De outro lado, os nove membros não natos são investidos para um mandato de nove anos, vedada a recondução. O grau de renovação é de um terço a cada três anos correntes, de modo que não seja renovado percentual inferior à metade, preservando-se membros com experiência nos trabalhos da Corte.

Nos termos do art. 93 da Lei Fundamental da Alemanha, o Tribunal Constitucional Federal alemão – *Bundesverfassungsgericht* – compõe-se de dezesseis membros, os quais são subdivididos em dois Senados com oito membros cada. Em cada um dos Senados, três juízes são selecionados dentre magistrados de tribunais superiores.

Os demais juízes são escolhidos livremente, em metades, pelo Parlamento Federal e pelo Conselho Federal. Em ambos, o quórum necessário para a formação do consenso político sobre a indicação é o de maioria qualificada de dois terços dos parlamentares. A nomeação, ato final de escolha e de caráter vinculado e declaratório, é exercida pelo Presidente da República.

Os requisitos objetivos é que somente podem ser investidos aqueles que tenham mais de três anos de experiência profissional, não sejam membros da Câmara de Representantes, do Senado, do Governo ou de outros órgãos de Estados alemães (à exceção da magistratura), possuam direitos políticos plenos e cumpram os requisitos para o exercício da magistratura. O mandato é de doze anos, vedada recondução. A idade mínima é de quarenta anos de idade e a aposentadoria compulsória ocorre aos sessenta e oito anos. Neste último caso, dar-se-á independentemente do termo final do mandato.

Sob o ponto de vista fático, a despeito do componente político acentuado na escolha dos juízes do Tribunal Constitucional Federal alemão, a corte tem demonstrado independência em relação aos partidos que patrocinaram as indicações e não há reputações desabonadoras de sua seriedade e isenção³⁹.

Por fim, o art. 202 da Constituição portuguesa dispõe que o Tribunal Constitucional português é composto por treze juízes. Deste total: (i) dez são eleitos pelo Poder Legislativo, mais especificamente pela Assembleia da República, por maioria de dois terços dos votos; (ii) e os outros três são cooptados pelo Tribunal Constitucional, pelo voto de, no mínimo, sete de seus membros. A magistratura possui uma reserva de vagas, de modo que seis dos treze membros deverão ser necessariamente escolhidos dentre juízes dos tribunais portugueses. Entretanto, os outros sete membros deverão ser escolhidos dentre juristas.

Relativamente aos dez membros eleitos pela Assembleia da República, o processo de escolha dar-se-á por eleição, dentre candidaturas apresentadas, perante o Presidente da Assembleia, por no mínimo vinte e cinco e no máximo cinquenta deputados. Logo após, exige-se que o candidato à vaga aceite a potencial função e, em seguida, são eleitos os candidatos que obtiverem o voto de dois terços dos

39 TAVARES FILHO, Newton. Procedimento e Escolha e Nomeação dos Titulares de Cortes Constitucionais no Direito Comparado. *Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados*, p. 3-10, 2002.

deputados presentes, desde que atingido o quórum de maioria absoluta necessário à instalação da sessão.

Acerca dos outros três membros, o procedimento é distinto. Os magistrados nomeados pela Assembleia da República se reunirão, no prazo de dez dias, para escolher os nomes restantes dentre juízes dos demais tribunais ou de juristas. A votação será secreta e considerar-se-á eleito o nome que obtiver, no mínimo, sete votos na mesma votação, bem como aceitar os encargos e atribuições da função pública.

O mandato será de nove anos, vedada recondução. Outro dado interessante é a inexistência de limites objetivos de idade para aceder ao cargo, bem como de idade máxima que eventualmente impusesse a aposentadoria compulsória. No caso português, não há qualquer participação do Presidente da República no processo de escolha. Não é possível afirmar que isso tenha sido melhor ou pior do que aquilo que se espera, na medida em que essa peculiaridade não impediu a politização elevada das nomeações e nem o decaimento da isenção dos magistrados do Tribunal Constitucional⁴⁰.

3. **COMO A DOUTRINA JURÍDICA E O DIREITO COMPARADO PODEM CONTRIBUIR?: INCONSISTÊNCIAS CONTEMPORÂNEAS E NOVOS HORIZONTES DO PROCESSO DE ESCOLHA DE MINISTROS DO STF**

Após a descrição procedimental e de questões preliminares sobre o modelo de escolha de ministros de Cortes Constitucionais, tanto no Brasil como nos EUA e em países europeus, a discussão de eventuais defeitos pode ser habilitada. Não se pretende encobrir falhas com sugestão de mecanismos que sejam panaceias para os problemas apresentados, mas antes refletir sobre o que a prática tem revelado e como utilizar o mecanismo de aprendizagem com outros sistemas para incrementar o envelhecido sistema de investidura dos membros das Cortes Supremas, em especial, no panorama brasileiro. Deste modo, as experiências históricas demonstram possíveis inconsistências no processo de investidura de ministro do STF, no Brasil, e que merecem atenção neste debate inicial.

3.1. **INDETERMINAÇÃO TEMPORAL**

Mais árduo do que o processo de escolha propriamente dito é a indefinição constitucional ou legal de um prazo para que seja principiado o processo de investidura de ministro do Supremo Tribunal Federal em face de cargo vago.

Um exemplo notório foi a tardia indicação do Ministro Edson Fachin para ocupar a vaga deixada pela aposentadoria antecipada do Ministro Joaquim Barbosa. No ínterim entre 31 de julho de 2014 e 16 de junho de 2015, quase um ano, diversas ações não puderam ter votação concluída por necessidade de desempate. Além

40 TAVARES FILHO, Newton. Procedimento e Escolha e Nomeação dos Titulares de Cortes Constitucionais no Direito Comparado. *Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados*, p. 3-10, 2002.

disso, houve prejuízos à celeridade processual, pois a ausência de um ministro impacta o andamento nos trabalhos da Corte, sobretudo, em relação aos processos pertencentes ao acervo do Ministro predecessor.

A título exemplificativo, por ocasião de vacância em decorrência do falecimento do Ministro Teori Zavaski em 19 de janeiro de 2017, os cerca de sete mil e quinhentos processos do acervo de gabinete, precisaram aguardar a nomeação do novo ministro, Alexandre de Moraes, que ocorreu em 22 de março de 2017. Evidentemente que, neste caso, a nomeação do sucessor foi mais célere, porém revela o inegável prejuízo que a pendência propicia para a satisfatória marcha processual de um elevado número de processos⁴¹.

Devido às dificuldades promovidas pela indeterminação temporal para a escolha de ministro do STF, mais prudente que se determinasse, por Emenda Constitucional, a fixação de um prazo para indicação do Presidente da República. Apesar disso, há autores que propõem que se descole a mera práxis, de raiz norte-americana, e se assuma que não há prerrogativa constitucional expressa de que é o Presidente da República quem deve proceder à correspondente indicação do nome. Deste modo, poderia o Senado Federal, em nome próprio, indicá-lo para o cargo vago⁴².

Sob outro prisma, a Proposta de Emenda à Constituição nº 117, de 2015, de autoria do senador Flexa Ribeiro (PSDB-PA) apresenta uma solução alternativa que propõe que, quando houver cargos vagos, o ministro mais antigo do Superior Tribunal de Justiça é quem assume a cadeira até que ocorra a nomeação do titular da vaga no Supremo Tribunal Federal⁴³.

Portanto, neste caso, busca-se uma política de redução de danos, mas sem responder à questão de fundo, qual seja, a demora eventual do chefe do Executivo federal em iniciar o processo de escolha e investidura do ministro titular do STF, a quem caberá, de fato, a tomada de decisões político-jurídicas decisivas em casos de grande repercussão nacional.

Nesse sentido, aniquilar a questão aparentemente acessória da indeterminação temporal para a escolha de ministro do Supremo Tribunal Federal pode não fazer

41 Esse fato não é novo: no lapso entre a aposentadoria do Ministro Eros Grau (30 jul. 2010) e a posse do Ministro Luiz Fux (03 mar. 2011), a ausência de um único membro no Supremo provocou o impasse no RE 63014717, sobre a fixação de entendimento acerca da aplicabilidade da Lei da Ficha Limpa – Lei Complementar nº 135/2010 – às eleições gerais de 2010. Mais tarde, em 27 de fevereiro de 2015, o Ministro Celso de Mello, em face de demora presidencial para indicar um ministro e devido às consequências nefastas do atraso para o STF, afirmou em sessão plenária, quando da análise da ADI 2905, que: “É verdade, e Vossa Excelência toca em um ponto muito importante. Essa omissão, que está se tornando irrazoável e até mesmo abusiva, por parte da senhora presidente da República, na indicação de um novo juiz para o Supremo Tribunal Federal, parece reproduzir, guardadas das devidas proporções, à situação de abuso perpetrada por um antecessor de Sua Excelência na Presidência da República, o Marechal Floriano Peixoto, em 1893, quando, insatisfeito com determinados julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, simplesmente recusou-se, de modo arbitrário, a fazer as indicações. Isso inviabilizou o funcionamento do STF durante dois ou três meses, por falta de quórum. No caso, obviamente não há esse problema, a não ser quando ele ocorre pontualmente. Mas essa omissão já está interferindo no resultado dos julgamentos. Terça-feira, na Segunda Turma, isso se verificou, quando, em razão da falta de indicação – já se vão sete meses – a Segunda Turma foi obrigada a proferir determinada decisão precisamente em face de um empate, de um empate insuperável. E, de novo, adia-se um julgamento porque nós estamos realmente experimentando essas dificuldades, que vão se avolumando. É lamentável que isso esteja ocorrendo”. A manifestação pode ser assistida na página institucional do STF no *youtube*, a partir de 1h46m. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=li0Ludtof1k>>. Acesso em: 10 set. 2018.

42 MELO, André Luis. Presidente apenas nomeia ministros do Supremo. *Conjur – Consultor Jurídico*. São Paulo, 7 fev. 2011. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2011-fev-07/presidente-republica-apanas-nomeia-ministros-supremo>>. Acesso em: 14 ago. 2018.

43 BRASIL. Congresso. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição nº 117/2015**. Brasília-DF, 2015.

diferença. Porém, no trato comezinho da marcha processual, revela-se o prejuízo significativo aos jurisdicionados; e sob o ponto de vista da qualidade da escolha, reduz-se a pressão para a escolha imediata ou voluntarista de nomes à assunção ao cargo de ministro do STF.

3.2. AUSÊNCIA DE PODER DE VETO AOS OCUPANTES DE CARGOS EM COMISSÃO NO GOVERNO EM EXERCÍCIO

Um dos pontos de maior crítica trata-se da atual possibilidade de indicação de candidato à vaga de ministro do STF a pessoa que exerça cargos de confiança durante o mandato do Presidente da República em exercício, a quem cabe a designação. Não é raro que a proximidade e a afinidade política com o Presidente da República têm sido os fatores decisivos para a indicação de Ministros⁴⁴. Diversas vagas são providas por anteriores ocupantes de cargos de Ministros da Justiça, de Advogado-Geral da União ou de subchefe jurídico da Casa Civil do governo em exercício⁴⁵.

A inexistência de veto a indicados que detenham cargo de confiança, sobretudo, no governo central, admite que se utilize, indevidamente, o cargo de ministro do STF, como moeda de troca – ou “ação entre amigos”⁴⁶ – para que o Presidente da República manifeste sua gratidão política pelo apontado.

Isso não significa necessariamente que esta conjuntura preliminar se constatará⁴⁷. Antes de mais, assevera-se que, para fins prospectivos, ao direito cabe antecipar conjunturas preambularmente passíveis de empreendimentos antirrepublicanos, ainda que, no mérito, estejam eventualmente ausentes no caso concreto.

Esta cautela não descarta da constatação de que, ao longo da história do Supremo Tribunal Federal, houve uma diminuição progressiva da atuação partidária

44 Exemplo recente é o do Ministro Alexandre de Moraes, que foi membro do Ministério Público de São Paulo (1991 a 2002). Depois ocupou o cargo de Secretário de Justiça e Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo (2002 a 2005), no governo Geraldo Alckmin (PSDB-SP). Adiante, integrou a primeira composição do Conselho Nacional de Justiça, na vaga destinada à escolha da Câmara dos Deputados (2005 a 2007). Em seguida, foi Secretário Municipal de Transportes da capital paulista, no governo Gilberto Kassab (2007 a 2010) e Secretário Municipal de Serviços (2009 e 2010). Novamente assume o cargo de Secretário de Estado da Segurança Pública (2015), até a nomeação para o Ministério da Justiça pelo Presidente Michel Temer (2016). Desde 2015, era filiado ao PSDB, partido do qual se desvinculou por ocasião de indicação ao cargo de Ministro do STF. Portanto, antes de investido no cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal, ocupava o cargo de Ministro de Estado da Justiça do governo do Presidente Michel Temer. O exemplo não é incomum, nem no período autoritário brasileiro e nem após a redemocratização. Com ênfase neste último período, destacam-se outros casos. O Ministro Gilmar Mendes foi indicado pelo ex-presidente Fernando Henrique Cardoso em 20 de junho de 2002, quando aquele era Advogado-Geral da União também nomeado por este. O Ministro José Antônio Dias Toffoli, indicado pelo ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, antes de ser nomeado Ministro do STF foi consultor jurídico da Central Única dos Trabalhadores – Nacional (1993 e 1994), assessor jurídico da liderança do Partido dos Trabalhadores na Câmara dos Deputados (1995 a 2000), chefe de gabinete da Secretaria de Implementação das Subprefeituras da capital paulista (2001), subchefe de Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República (2003 a 2005) e Advogado-Geral da União (2007) no governo de Lula. Cf. STF. Supremo Tribunal Federal. **Composição atual**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfComposicaoComposicaoPlenariaApresentacao>>. Acesso em: 06 set. 2018.

45 GALVÃO, Jorge Octavio Lavocat. Os critérios de escolha dos ministros do STF e a indicação de Luis Roberto Barroso. **Migalhas**. São Paulo, 13 jul. 2013. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI180400,101048-Os+critérios+de+escolha+dos+ministro+s+do+STF+e+a+indicacao+de+Luis>>. Acesso em: 14 ago. 2018.

46 DALLARI, Dalmo de Abreu. Degradação do Judiciário. **Folha de S. Paulo**. São Paulo, 08 mai. 2002. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0805200209.htm>>. Acesso em: 01 set. 2018.

47 Maria Fernanda Jaloretto e Bernardo Mueller desenvolveram uma análise empírica sobre o procedimento de escolha dos ministros do STF e concluíram que o método procedimental de escolha utilizado no país, a despeito da possibilidade de ingerência dos Poderes Executivo e Legislativo sobre as decisões da Corte, não compromete, per se, significativamente as decisões tomadas pelo tribunal, embora tenha contribuído para elevar a discussão e a divergência. Foram analisadas estatisticamente, com base na divergência ou consenso entre ministros (quanto aos resultados de procedência, parcial procedência e improcedência), as decisões da Corte e os votos individuais em Ações Diretas de Inconstitucionalidade, durante o governo do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, no qual ocorreu o maior número de nomeações. Cf. JALORETTO, Maria Fernanda; MUELLER, Bernardo Pinheiro Machado. O Procedimento de Escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal – uma análise empírica. **Economics Analysis of Law Review**, v.2, n. 1, p. 170-187, 2011.

dos nomes escolhidos para compor a Corte Suprema. Em estudo sobre o tema, entre 1946 e 1964, cerca de 43% dos magistrados do STF eram filiados a algum partido político antes de assumirem os cargos vitalícios. Entre 1985 e 2008, este número caiu para 33%. Mas estes números não podem ser interpretados de modo estanque e o direito precisa se antecipar aos acontecimentos⁴⁸.

Deste modo, corroborar com a mencionada prática oportuniza o deletério efeito de transmudar o legítimo intento de ocupar meritoriamente o cargo de ministro do STF em mero agradecimento por atribuições exercidas no cargo em comissão.

3.3. ELEVADA CONCENTRAÇÃO DO PODER PRESIDENCIAL

Não é indene de censura o amplo poder outorgado ao Presidente da República pela Constituição. A aprovação ou não da indicação pelo Senado não representa um poder tão significativo, quando considerado como referencial a extensão do poder de escolha sobre um nome. Em síntese, todas as indicações são realizadas pelo Poder Executivo, o que reduziria o espectro de atuação efetiva do Legislativo, por meio do Senado Federal, a quem é dado um papel de referendo, de modo a tornar o ato administrativo perfeito e idôneo para abrir caminho à nomeação do indicado⁴⁹.

Diversas Propostas de Emenda à Constituição⁵⁰ foram elaboradas e tramitam no Congresso Nacional com o intuito de diluir o poder do Presidente da República, seja prevendo a distribuição das indicações para outros órgãos do Judiciário, como o Superior Tribunal de Justiça, do Legislativo, como a Câmara dos Deputados, e instituições de cariz independente, como a Procuradoria Geral da República e a Ordem dos Advogados do Brasil⁵¹.

Conquanto, *a priori*, seja uma proposta que abre espaço para a pluralização dos atores políticos aptos a participar do processo de escolha dos ministros do Supremo, há de se considerar, pelo menos, duas dificuldades.

48 SANTOS, André Marenco dos; DA ROS, Luciano. Caminhos que levam à Corte: carreiras e padrões de recrutamento dos ministros dos órgãos de cúpula do Poder Judiciário brasileiro (1829-2006). **Revista de Sociologia e Política**. [online]. 2008, vol 16, n. 30, p. 131-149.

49 André Luis Melo leciona que a Constituição Federal estabelece que cabe ao presidente da República a nomeação, após a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal. Deste modo, cabe ao presidente o último ato, mas não o primeiro. O primeiro é lacuna constitucional, porque não há indicação expressa sobre quem indica para a escolha pelo Senado e nomeação posterior pelo Presidente. Deste modo, o que existe é uma deferência à tradição norte-americana de que é o Presidente quem indica o nome para arguição pelo Senado Federal. Nada impediria, no contexto brasileiro, que o Senado, em nome próprio, indicasse candidatos para serem sabatinados na casa ou que o próprio STF indicasse os candidatos que seriam sabatinados. Cf. MELO, André Luis. Presidente apenas nomeia ministros do Supremo. **Conjur – Consultor Jurídico**. São Paulo, 7 fev. 2011. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2011-fev-07/presidente-republica-apanas-nomeia-ministros-supremo>>. Acesso em: 14 ago. 2018.

50 Em 2017, havia tramitação de, no mínimo, cinco Propostas de Emenda à Constituição, que tratavam sobre modificações no processo de escolha dos ministros do Supremo Tribunal Federal (PEC nº 44/2012; PEC nº 3/2013; PEC nº 3/2014; PEC nº 55/2014; PEC nº 46/2015), três PECs a respeito do prazo para a nomeação de novos ministros (PEC nº 68/2013; PEC nº 17/2015; PEC nº 52/2015) e uma sobre a idade mínima dos indicados (PEC nº 54/2015). Cf. HERNANDES, Raphael. Forma de nomeação ao STF é tema de propostas; veja exemplos pelo mundo. **Folha de S. Paulo**. São Paulo, 23 fev. 2017. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/02/1861319-forma-de-nomeacao-ao-stf-e-tema-de-propostas-veja-exemplos-pelo-mundo.shtml>>. Acesso em: 14 ago. 2018.

51 A Proposta de Emenda à Constituição nº 44, de 2012, de autoria do senador Cristovam Buarque (PPS-DF), em seu texto original, mantinha o processo de nomeação dos ministros do STF pelo Presidente da República, entretanto submetia a escolha à lista tríplice com indicações oferecidas previamente pela Procuradoria Geral da República. Na Comissão de Constituição e Justiça do Senado, o texto foi substituído por novo texto que determinava a elaboração da lista, em até um mês após vago o cargo, por um colegiado formado pelos presidentes do STF, STJ, TST, STM, do Conselho Federal da OAB e do Procurador-Geral da República e Defensor Público-Geral Federal. Cf. GÓIS, Fábio. CCJ do Senado aprova alteração no processo de escolha dos ministros do Supremo. **Congresso em Foco**. Brasília, 05 jul. 2017. Disponível em: <<https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/ccj-do-senado-aprova-alteracao-no-processo-de-escolha-dos-ministros-do-supremo/>>. Acesso em: 14 ago. 2018.

A primeira dificuldade é o mito da tecnicidade das instituições jurídicas, seja quanto aos órgãos que integram o Judiciário, ou em relação àqueles que possuem relação externa, mas necessária, com eles. Não há como garantir que os órgãos do Poder Judiciário, o Ministério Público e a Ordem dos Advogados do Brasil não utilizem suas prerrogativas para construir uma solução tipicamente corporativista para a escolha própria de ministros do STF.

O segundo obstáculo é o mito da promoção de embargo político às decisões da Corte. O Supremo Tribunal Federal, por natureza, é uma instituição política, que decide matérias política e juridicamente controvertidas, sobretudo, como trincheira e garante de minorias políticas. Em tese, o Presidente procura sinalizar, por meio de suas indicações, os valores sociais expressos pelo eleitor e o apoio da sociedade civil a uma ou outra escolha. Como ator político sujeito à volatilidade das aspirações do eleitorado, o Presidente da República teria o poder de indicar o nome mais adequado de acordo com as pretensões do direito, da justiça e da Constituição alinhados à sociedade. Este obstáculo percebe o Presidente como o promotor de um espaço de contato possível entre a democracia majoritária e o contramajoritarismo do Poder Judiciário.

Malgrado sejam obstáculos sustentáveis, o incentivo para a escolha participativa confere maior legitimidade democrática à escolha, sobretudo, em circunstâncias *sui generis* em que os próprios indicados julgarão os responsáveis por sua indicação – o Presidente da República – e por sua arguição oral – os Senadores da República. Não é incomum essa dificuldade de compatibilizar os interesses dos agentes políticos eleitos que escolherão os próximos Ministros do STF e, ao mesmo tempo, poderão julgar casos em que aqueles estão comprometidos.

3.4. **SABATINAS CAMBIANTES: ENTRE A ATITUDE PROTOCOLAR E A AUSTERIDADE DO SENADO FEDERAL**

Não há uma definição constitucional ou legal detalhada sobre os moldes da sabatina de ministro do STF. O próprio regimento interno do Senado Federal é lacônico sobre eventuais mecanismos de controle. A rigor, é praxe o uso da arguição para conhecer e explorar tanto quanto possível o indicado, sendo livres as indagações gerais sobre temas nacionais, sobretudo, jurídicos, e questionamentos específicos sobre os pontos de currículo e da biografia.

Historicamente, em regra, as sabatinas converteram-se em um processo meramente protocolar, que referenda a vontade do Presidente da República. No entanto, com o fortalecimento dos papéis desempenhados pelas Cortes Constitucionais e, no Brasil, pelo STF, é perceptível uma guinada na mentalidade sobre o grau de importância conferido à Suprema Corte e ao agir individual dos ministros, na medida em que decidem questões de grande repercussão social, econômica e política, em diversas oportunidades, com eficácia contra todos e efeitos vinculantes. O resultado é uma percepção mais aguda da presença do STF na decisão de questões nacionais, o que se reflete no avanço exploratório em sabatinas mais recentes.

O saldo duvidoso reside na modulação das questões consoante o perfil do sabatinado e suas qualificações, de modo que há sabinas mais duras e outras nem tanto. Nesse cenário, dilata-se sobremaneira a disparidade de tratamento dos indicados, conforme as conveniências históricas e pessoais⁵², vinculações biográficas políticas e ideológicas precedentes ou como mero reflexo das turbulências partidárias, maiores ou menores no parlamento, entre governo e oposição.

Um ponto criticado é o uso da sabatina como instrumento meramente protocolar pelo Senado Federal. Desde 1890, quando foi criado o Supremo Tribunal Federal, somente cinco indicações presidenciais foram derrubadas pelos parlamentares, de um total de duzentas e noventa e quatro nomeações⁵³. Todas elas ocorreram no governo do Marechal Floriano Peixoto, pela justificativa de ausência de notório saber jurídico⁵⁴.

Porém, há obstáculos a estas críticas, sobretudo, porque é complexo apurar até que ponto há uma negociação prévia entre o Palácio do Planalto e o Parlamento brasileiro para costurar um nome possível dentre aqueles cogitados. Nessa acepção, conquanto a matriz constitucional confira uma atmosfera mais protocolar ao Senado Federal, este pode ser faticamente decisivo antes mesmo da escolha do indicado, tendo em vista que não se deve desprezar o esforço político anterior a qualquer indicação, seja para evitar derrotas políticas posteriores, com efeitos ruins sobre o capital político presidencial, ou para desembaraçar uma escolha negociada politicamente menos onerosa para solucionar a vacância⁵⁵.

52 No caso da sabatina do Ministro Dias Toffoli foram muito exploradas as reprovações em dois concursos públicos para a Magistratura de São Paulo e na de Edson Fachin o seu apoio à campanha de Dilma Rousseff. No caso do Ministro Alexandre de Moraes, houve aprovação com facilidade pela base do governo, apesar da defesa em tese de doutorado de que pessoas com cargo de confiança na administração federal não deveriam ser nomeadas para a Corte. Este posicionamento acadêmico é dissonante do próprio caso do autor, que era filiado ao PSDB e foi Secretário de Segurança Pública em São Paulo, no governo de Geraldo Alckmin (PSDB), antes de chegar a Ministério da Justiça no governo do Presidente Michel Temer. Cf. SCHREIBER, Mariana. Em 5 pontos: o que poderia mudar no processo de nomeação de ministros do STF? **BBC Brasil**. Brasília, 6 fev. 2017. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-38885153>>. Acesso em: 14 ago. 2018.

53 De 1890 até setembro de 2018, foram nomeados 294 nomes ao Supremo Tribunal Federal, conforme consta de lista pública no sítio eletrônico da Corte Suprema: <http://www.stf.jus.br/portal/ministro/ministro.asp>.

54 Os casos foram o de Ewerton Quadros, general da Revolução Federalista, Demóstenes Lobo, diretor-geral dos Correios à época, Galvão de Queiroz, também general, e Antônio Sève Navarro, então subprocurador da República. Ewerton Quadros foi recusado pelo Senado Federal por ter se dedicado vida militar e ao comando de tropas e não às letras jurídicas. Demóstenes Lobo não conseguiu demonstrar a exigência de notável reputação em razão das graves acusações a ele feitas da tribuna. Galvão de Queiroz também foi recusado por ter mais afeição militar e pouco conhecimento de direito. E Antônio Sève Navarro teria sido rejeitado por não possuir notável saber jurídico, ainda que seja muito provável que este não tenha sido o cerne da discussão no Senado. A despeito destes, o caso mais emblemático de rejeição foi a de Cândido Barata Ribeiro. Foi escolhido por Floriano Peixoto para ocupar a vaga no Supremo Tribunal Federal e exerceu suas funções por 10 meses até aprovação final do Senado, que não era exigida para o início imediato das funções. Ocorre que Barata Ribeiro era médico-cirurgião e lecionava na Faculdade de Medicina do Rio de Janeiro. Embora já tivesse exercido o cargo de prefeito do Distrito Federal, foi indicado por Floriano, o qual considerava que a exigência literal da Constituição de 1891 era suficiente ao exercício do cargo, qual seja, "notável saber". É de setembro de 1894 a declaração do Senado Federal que o inadmitiu: "Mentiria a instituição [STF] a seus fins se entendesse que o sentido daquela expressão 'notável saber', referindo-se a outros ramos de conhecimentos humanos, independesse dos que dizem respeito à ciência jurídica, pois que isso daria cabimento ao absurdo de compor-se um tribunal judiciário de astrônomos, químicos, arquitetos". Para evitar novos embates, as Constituições posteriores a 1891 acrescentaram ao "notável saber" a qualificação de que ele deveria ser eminentemente "jurídico". Cf. OLIVEIRA, Maria Ângela Jardim de Santa Cruz. Sobre a recusa de nomeações para o Supremo Tribunal Federal pelo Senado. **Revista Direito Público**, IDP, Brasília, v. 1, n. 25, p. 68- 78, jan-fev, 2009.

55 Ricardo Abramovay, ex-Secretário Nacional de Justiça no Governo Lula, relata que, embora houvesse intensa pressão, durante o Mensalão, para que fossem nomeados nomes próximos ao Partido dos Trabalhadores, como Luiz Eduardo Greenhalgh, a solução negociada possível com o Senado, naquele contexto, foi a indicação de Ricardo Lewandowski. Professor Titular da Universidade de São Paulo, desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo e sem vinculação ao PT, foi o nome mais palatável para que o Governo evitasse derrotas políticas no Senado Federal. Cf. SCHREIBER, Mariana. Em 5 pontos: o que poderia mudar no processo de nomeação de ministros do STF? **BBC Brasil**. Brasília, 6 fev. 2017. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-38885153>>. Acesso em: 14 ago. 2018; PRAÇA, Sérgio. O processo de escolha dos ministros do STF tem que mudar? **Revista Exame**. São Paulo, 22 jun. 2017. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/blog/sergio-praca/o-processo-de-escolha-dos-ministros-do-stf-tem-que-mudar/>>. Acesso em: 14 ago. 2018.

O cenário de turbulências políticas, as polarizações e a mudança de mentalidade sobre a importância do Supremo Tribunal Federal na tomada de decisões políticas, já apresenta um impacto significativo. Evidentemente que, a partir disso, as sabatinas perderam uma parcela da conotação homologatória, porém representa um cenário que pode ser cíclico e dependente de instabilidades para funcionar com austeridade. Deste modo, não há possibilidade de uma sabatina efetivamente mais rigorosa sem que existam compromissos e critérios mais firmemente delineados. Caso contrário, a austeridade não será perene o suficiente e será resultado de casuísmos descolados da seriedade e responsabilidade que demandam a constância desta espécie de controle.

A despeito de seus defeitos, a sabatina é um instrumento importante de legitimação democrática da decisão, pois referenda a participação de representantes eleitos pelo povo, embora representantes das unidades federativas, para que possam atestar a capacidade, a técnica e aptidão jurídicas e a postura acerca de pontos polêmicos que invariavelmente podem ser suscitados no Supremo Tribunal Federal. Isso permite um controle prévio, apesar de evidentes casos de insinceridades procedimentais, estimuladas pelas expectativas de neutralidade dos próprios mandatários eleitos, quanto à aceitabilidade ou à preferência de visão política a ser impressa efetivamente nos trabalhos da Corte.

3.5. TRANSPARÊNCIA, OPACIDADE E DÉFICIT DEMOCRÁTICO

A transparência nos processos de investidura dos ministros do STF é um dos maiores desafios do modelo atual. No Brasil, não há um debate aberto e profundo com a sociedade sobre os nomes que serão escolhidos. Em tempos de refluxo de direitos e garantias, as escolhas irrefletidas ou meramente baseadas em negociações internas entre os poderes podem minar a credibilidade da sociedade no Poder Judiciário, levando-o a gastar o capital político acumulado em tempos pretéritos⁵⁶. Mais do que isso, impede o cumprimento efetivo da premissa básica que sustenta a acumulação do poder de indicação nas mãos do Presidente. Isto é, não há razão para deixar de alimentar um debate público de escolha se o que se pretende também é que o Presidente possa influenciar, pautado na vontade do eleitorado, a matriz político ideológica da Corte Suprema.

O caso argentino ilustra o fomento de legitimidade democrática. Em 2003, o então Presidente Néstor Kirchner, publicou o Decreto nº 222/2003, com o intuito de aumentar a participação social e, por corolário, a transparência do processo de escolha para nomeação dos Ministros da Corte Suprema. A iniciativa presidencial

⁵⁶ Na lição de Patrícia Perrone, nos 30 anos da Constituição, o grau de exercício do papel institucional do STF apresenta um movimento pendular. Entre 1988 e o final dos anos 90, prevalece a autocontenção, a cautela da jurisprudência defensiva e o reduzido escopo de atuação. Nos anos 2000, a renovação da corte e a expansão de instrumentos de controle de constitucionalidade proporcionaram a conquista de capital político para a luta contra as discriminações e o patrimonialismo. De 2014 até os dias atuais, o STF experimenta o arrefecimento de sua reputação pública diante de decisões ambivalentes em matéria de combate à corrupção. Apesar dos esforços pela efetividade, a Corte padece da fragmentação decisória, do descumprimento da colegialidade e do sentimento de provisoriedade decisória proporcionada por quóruns apertados. MELLO, Patrícia Perrone Campos. Trinta anos, uma Constituição, três Supremos: autocontenção, expansão e ambivalência. In: Luís Roberto Barroso e Patrícia Perrone Campos Mello, **A República que ainda não foi**: trinta anos da Constituição na visão da Escola de Direito Constitucional da UERJ, 2018.

ocorreu após forte perda de confiança social pelas intervenções do Executivo na formação da Corte Argentina e pelas críticas do alinhamento institucional excessivo ao governo Menem, o que ficou conhecido como “maioria automática” em favor dos interesses governamentais⁵⁷.

Nos termos do Decreto nº 222/2003, foram estabelecidos novos parâmetros para selecionar o candidato a ministro da Corte Suprema de Justiça, a fim de melhorar efetivamente o serviço de justiça, fortalecer o republicanismo e incrementar a qualidade institucional. Dentre as providências, está a publicação, com prazo máximo de trinta dias, em Boletim Oficial, e por dois jornais de circulação nacional durante três dias, do nome e dos antecedentes curriculares das pessoas que foram pré-selecionadas. Além disso, deverão ser divulgados bens seus e de familiares, locais de trabalho, associações em que os apontados participam ou participaram e clientes atendidos nos últimos oito anos. Em simultâneo, a publicação deve ser divulgada na página eletrônica do Ministério da Justiça, Segurança e Direitos Humanos.

Após o prazo de quinze dias, a contar do vencimento do lapso de publicação, qualquer cidadão ou instituição nacional poderá encaminhar ao Ministério da Justiça, Segurança Social e Direitos Humanos suas considerações acerca dos pretensos nomeados. Em mais quinze dias, o Poder Executivo Nacional analisará todos os conselhos enviados pela população e instituições da sociedade civil e anunciará o escolhido. Apenas após este primeiro escrutínio é que o nome do indicado passará pelo exame do Senado Federal.

Ao analisar o cenário brasileiro, Oscar Vilhena Vieira denuncia que o lapso temporal entre a publicação da indicação no Diário Oficial da União e a aprovação final pelo Senado Federal e, posteriormente, entre a aprovação pelo Senado e a nomeação pelo Presidente da República é exíguo para que a sociedade possa tomar ciência do candidato, de suas qualificações, biografia, posições políticas e jurídicas sobre questões controvertidas, bem como a visão pessoal de mundo. Deste modo, nos moldes atuais, a construção de uma opinião suficientemente madura sobre o candidato é inviável. Atualizar o mecanismo de escolha para conferir mais transparência e participação social na investidura de novos ministros do STF é essencial devido ao posicionamento central do STF no espectro político e jurídico, refletido pelo seguinte: (i) elevada quantidade de questões decididas (em 1988, o STF decidiu 16.313 processos; enquanto em 2010, foram 103.869 processos), (ii) alta complexidade das questões jurídicas (v.g., aborto, cláusula de barreira, fidelidade partidária, ensino religioso, união homoafetiva, pesquisa com células-tronco embrionárias, dentre outras) e (iii) crescimento significativo de decisões monocráticas de alto impacto⁵⁸.

Na medida em que nenhum poder pode ficar isento de controle social, é preciso alterar o processo de escolha, mantido incólume mesmo com a Reforma do

57 PIREZ, Thiago Magalhães. Corte Suprema de Justiça da Nação (Argentina). In: Rodrigo Brandão, **Cortes Constitucionais e Supremas Cortes**, Editora Jus Podim, 2017, p. 35.

58 VIEIRA, Oscar Vilhena. **Transparência na escolha dos novos ministros do STF**. Portal FGV. Disponível em: < <https://portal.fgv.br/noticias/transparencia-escolha-novos-ministros-stf-artigo-oscar-vilhena-vieira>>. Acesso em: 06 set. 2018.

Judiciário (Emenda Constitucional nº 45/2004), para que a sociedade possa participar ativamente, introduzindo-se novos mecanismos nos moldes do aperfeiçoamento da escolha da Corte Suprema de Justiça argentina⁵⁹.

A publicação prévia do processo de escolha nos meios oficiais de grande circulação, bem como a oportunidade de que entidades civis e cidadãos sejam qualificados como atores essenciais atentos a um Supremo Tribunal Federal que ocupa cada vez mais espaços no cenário político institucional brasileiro, são meios de edificação de uma legitimidade democrática real e transparente.

3.6. INSUFICIÊNCIA DE CRITÉRIOS OBJETIVOS E INDETERMINAÇÃO SEMÂNTICA DE NOTÓRIO SABER JURÍDICO E REPUTAÇÃO ILIBADA

Não há de se descartar a atual possibilidade de nomeação de pessoas com poucos anos de experiência. Enquanto em outros tribunais se exige, no mínimo, dez anos de experiência, não há padrão similar no Supremo Tribunal Federal. Trata-se de reflexo da ausência de mensuração do notório saber jurídico, a qual não deveria ser negligenciada no âmbito de escolha de ministros do STF.

A previsão constitucional atual, com o uso de conceitos jurídicos indeterminados de “notório saber jurídico” e “reputação ilibada” viabiliza a escolha de pessoas de confiança do Presidente da República, em detrimento do emprego sincero do notório saber jurídico aferível pela análise documental e por arguição oral comprometida.

A indeterminação, nos moldes atuais, pode até funcionar. No entanto, exige-se que a sociedade e os parlamentares compreendam a relevância dos cargos de ministros do STF e o peso da Corte na construção da agenda pública do país. A partir disso, há um estímulo a questionamentos mais substantivos, sinceros e menos romantizados sobre a posição dos candidatos e das decisões tomadas na vida pgressa⁶⁰.

Num cenário de empenho qualificado, a transparência nas informações sobre o indicado e a seriedade parlamentar no trato procedimental de escolha podem resolver, *per si*, as incongruências da indeterminação dos requisitos constitucionais; caso contrário, fatores mais objetivos e concretos necessitariam de atuar.

59 Eduardo Silva Luz e José Eduardo Sabo Paes defendem que a sociedade civil deve participar mais ativamente no processo de defesa das normas constitucionais. A figura de *amicus curiae* seria insuficiente para viabilizar tão importante participação. Além disso, a escolha discricionária, pelo chefe do Executivo, para o cargo de ministro do STF não reflete a amplitude do atual estágio democrático brasileiro, deixando a população à margem dos acordos e negociações políticas existentes na penumbra dos bastidores. A ausência de uma participação mais transparente e universal da sociedade civil prejudica a legitimidade democrática, deixando a cargo quase exclusivamente ao alvedrio do chefe do Executivo, considerando as características faticamente protocolares do Senado Federal. Cf. LUZ, Eduardo Silva; PAES, José Eduardo Sabo. A participação da sociedade civil na escolha dos ministros do Supremo Tribunal Federal. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS**, v.12, n. 2, p. 257-280, 2017.

60 Ao analisar o valor da sinceridade judicial e as suas repercussões na jurisdição constitucional, Gabriel Accioly assevera que os riscos da insinceridade à jurisdição constitucional não estão adstritos apenas à decisão judicial, mas, também, à própria etapa de sabatina a que os magistrados são submetidos. Destaca, por exemplo, a preferência dos governos republicanos, nos EUA, por juízes que apliquem a lei e não legislem do Tribunal. Em regra, estes são os candidatos que mais se recusam a responder objetivamente questões morais controversas, com o intuito de se abster sobre posições pessoais. Ocorre que compreender esta etapa dentro de uma lógica insincera quanto à criação do direito promove um incentivo maior a que, na prática, a real atuação, com traços cobertos de ideologias dissonantes ou contrárias ao mandatário responsável pela indicação, seja descoberta somente depois, quando passada a penumbra insincera lançada sobre o manto do controle democrático das sabinas. Cf. GONÇALVES, Gabriel Accioly. A Insinceridade na Jurisdição Constitucional. **Revista da Ajuris**, v. 43, n. 140, p. 207-209, 2016. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/635>>.

Citando como exemplo, ao ratificar o reposicionamento concreto do STF como um dos órgãos de direção do Estado, Alexandre de Moraes defende a conveniência de alterar a forma de investidura dos membros do STF enquanto medida de preservação de legitimidade institucional e de expansão da imparcialidade e independência da Corte. Nessa esteira, leciona o caráter positivo de substituir-se a exigência subjetiva do notório saber jurídico por requisitos capacitários do candidato ao posto de ministro, como a qualificação profissional de bacharel em Direito, cumulado com o exercício mínimo de dez anos em atividades jurídicas privadas ou a qualificação de jurista, a qual poderia ser preenchida pela comprovação de doutorado, devidamente registrado e reconhecido pelo Poder Público⁶¹.

Incontrovertido que a previsão constitucional dos requisitos de notório saber jurídico e reputação ilibada no texto constitucional, por si só, justificam-se pela relevância do cargo, o qual exige probidade e integridade da conduta. Deste modo, a questão não está posicionada na necessidade ou não de requisitos, mas em modos de driblar a abstração e o subjetivismo que podem exacerbar algum grau adicional indesejado de conotação política a ocupar o lugar da importância da aptidão e capacidade técnicas do indicado a ministro do STF.

3.7. GARANTIA DE VITALICIEDADE E A VIABILIDADE DE MANDATOS

A discussão sobre a atual garantia de vitaliciedade para o cargo de ministro do STF, conquanto não esteja diretamente afeita ao modelo de investidura dos ministros, merece atenção, por seus efeitos problemáticos no plano da escolha do mandatário.

Um primeiro problema é a imprevisibilidade sobre a distribuição equânime de escolhas dentre os Presidentes da República eleitos. Alguns chefes do Executivo federal podem indicar e nomear diversos nomes, enquanto outros indicar e nomear poucos Ministros, ou mesmo nenhum. A discrepância desnatura a intenção de legitimação política mínima da Corte, pela indicação do Presidente, na medida em que, não observa o efetivo *status quo* social, abrindo caminho para um eventual desequilíbrio de visões políticas do STF.

No passado recente brasileiro, para efeitos comparativos, ao confrontar o número de indicações levadas a efeito pelo ex-presidente Fernando Henrique Cardoso, o qual indicou três nomes, e pelo ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, que apontou oito nomes, constata-se que ambos, apesar dos mesmos oitos anos de mandato, tiveram pesos muito distintos na possibilidade de conformar suas escolhas ao Supremo Tribunal Federal.

O segundo problema decorre do primeiro. Em face da imprevisibilidade patente sobre o momento em que, eventualmente, será possível nomear novos nomes à Corte Suprema, cria-se um incentivo indireto para que os Presidentes efetuem escolhas de nomes jovens e que podem prolongar a sua influência política no Supremo Tribunal

61 Alexandre de Moraes. Direito Constitucional – p. 371.

Federal. Este pode ser um problema, sob o ponto de vista da instabilidade, que tem como corolário a necessidade de um seguro político, mas não necessariamente constituirá uma verdade comprovada faticamente. A mera nomeação de um nome supostamente alinhado à visão política do Presidente não garantirá a perpetuação da visão ideológica, conforme esperado⁶².

A frustração, pela escolha, poderá ocorrer. Por isso, surge uma consequência de sinais contrários. Se antes a concepção era sobre a criação de um seguro político contra a instabilidade majoritária e da oposição, a realidade demonstraria que a presença de um nome jovem que, constatada sua inaptidão para refletir a visão política pretendida pelo Presidente no STF, ficará ainda mais tempo no cargo. Aumenta-se, portanto, o custo sobre a escolha de um ministro do STF, na intenção de evitar os piores efeitos, dificilmente aferíveis com exatidão antes da investidura.

Não obstante a idade inicial de ministro do STF possa invocar dissimulações políticas, a idade para aposentadoria compulsória pode se revelar eficaz a propósitos semelhantes. Não há relação de causalidade necessária entre aumentar a idade de aposentadoria compulsória de ministros do STF e a vontade do legislador em evitar que ministros que estiverem prestes a se aposentar possam permanecer no cargo e, por consequência, impedir que o Presidente da República promova novas escolhas.

Entretanto, a manobra política é perfeitamente possível. Sobretudo, considerando-se que a idade de aposentadoria compulsória é veiculada por norma constitucional, alterável pelo poder constituinte derivado reformador por emenda, que independerá da vontade presidencial registrada pela sanção ou veto, bem como de promulgação por este agente político. Como é sabido, o art. 60 da Constituição confere a legitimidade de propositura da emenda a um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, do Presidente da República e de mais da metade das Assembleias Legislativas, por maioria relativa dos seus membros.

À exceção do próprio Presidente, que não se espera que ao seu desfavor, os demais legitimados poderão exercer a prerrogativa de impulsionar uma emenda constitucional, que será promulgada sem participação presidencial, para aumentar a idade de aposentadoria compulsória e, portanto, impedir o Presidente da República que indique novos nomes, os quais passarão a ser prerrogativas do próximo mandatário.

62 Ran Hirschl explica que o empoderamento judicial pela constitucionalização é melhor compreendido como subproduto da interação estratégica de três grupos-chave, quais sejam, as elites políticas, as elites econômicas e as elites judiciais e tribunais superiores. O uso da tese da preservação hegemônica pelas elites políticas é o que mais se coaduna com a mensagem proposta por este artigo. Segundo o autor, as elites políticas buscam reforçar a hegemonia política isolando processos de tomada de decisão da política democrática, de modo que, instrumentalmente, facilita-se a transição democrática plena pelo oferecimento de um "seguro" aos perdedores eleitorais. Em síntese, Hirschl propugna que a juristocracia pela constitucionalização é parte de um processo mais amplo, pelo qual as elites políticas e econômicas, interessadas em isolar seus caprichos, egoisticamente professam apoio à democracia e ao programa de desenvolvimento. Utilizando como parâmetro o argumento do "seguro político" das elites políticas, a nomeação de um magistrado jovem, supostamente alinhado à ideologia do mandatário que o indicou, tem a pretensão de gerar um posicionamento político-jurídico o mais perene quanto possível na Corte Constitucional. Se, de fato, isso ocorrerá, e tem-se demonstrado que há grandes chances de descolamento entre o ministro do STF e o nomeante ao longo da história, é algo a ser demonstrado empiricamente. Portanto, o que se demonstra é uma tendência e não uma regra autoaplicável a todos os casos desta natureza. Cf. HIRSCHL, Ran. *The Political Origins of the New Constitutionalism*. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 11, p. 71-108, 2004.

Um exemplo concreto de postergação ocorreu em 2005, embora sem características de efetivo embate de poderes, apesar desta possibilidade à época, como já acarreado acima, e que propiciou efeitos sobre o momento em que o Presidente da República escolheria os próximos Ministros do STF. O senador Pedro Simon (MDB-RS) apresentou a Proposta de Emenda à Constituição 42/2003 – PEC da Bengala, que se transformou na Emenda Constitucional 88/2015.

Esta Emenda alterou a redação do art. 40, §1º, inciso II, da Constituição para afirmar que os servidores públicos seriam aposentados compulsoriamente aos setenta anos de idade, ou aos setenta e cinco anos de idade, na forma de lei complementar. Entretanto, no caso dos Ministros do STF, dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União, esta idade passou a valer imediatamente, por inclusão do art. 100 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição de 1988.

O resultado imediato foi a postergação da aposentadoria dos Ministros Celso de Mello e de Marco Aurélio, os quais se aposentariam na legislatura de 2015-2018. Com a extensão da idade máxima, serão aposentados na legislatura de 2019-2022, de modo que caberá ao presidente subsequente a escolha de novos nomes para as duas vagas a ministro do STF.

Por estas razões, neste particular, a vitaliciedade, embora explicita uma garantia constitucional do magistrado, no caso do ministro do STF, adquirida desde a posse, pode representar um obstáculo para a legitimidade democrática da Corte Constitucional, sobretudo, pela desigual e inicial, já nem sempre refletida, vocação político ideológica pretendida.

Diego Werneck sugere o acatamento de mandatos de onze ou vinte e dois anos. Nessa linha, cada Presidente da República poderia nomear, respectivamente, um nome por ano, ou um a cada dois anos⁶³. Desta concepção, podemos aferir que se os mandatos fossem de onze anos, cada mandato do Presidente poderia nomear quatro ministros e, conseqüentemente, em três legislaturas, os nomes indicados por este Presidente não mais comporiam o STF. No segundo caso, garante-se a cada mandato do Presidente, a nomeação de dois ministros do STF, de modo que em menos de seis legislaturas, estes membros não mais estariam na composição do Tribunal.

Por esta sugestão de Diego Werneck, distribui-se a influência de mandatários de diferentes períodos eletivos sobre o arranjo da Corte. Além disso, garante-se que cada qual nomeie a mesma quantidade de membros para o tribunal e acelere-se a renovação para que seja mais fielmente expressa a visão dos cidadãos sobre as matérias relevantes do país e que, portanto, devem ser pautadas com o fito de integrarem a agenda política nacional.

Esta elaboração não é pioneira na operação da doutrina constitucional, sobretudo, consideradas as experiências de direito comparado. A despeito da

63 WERNECK, Diego. In: Mariana Schreiber, Em 5 pontos: o que poderia mudar no processo de nomeação de ministros do STF? **BBC Brasil**. Brasília, 6 fev. 2017. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-38885153>>. Acesso em: 14 ago. 2018.

matriz norte-americana adotada, nesse âmbito, pelo direito constitucional brasileiro, diversas Cortes Constitucionais européias adotam novos mecanismos de legitimação democrática, dentre os quais, os mandatos. Citem-se diversos países europeus que adotam a sistemática, como Portugal, Itália, França, Espanha, Hungria e Alemanha. Neste último, o Tribunal Constitucional Federal, os ministros são titulares de mandato conferido por eleição congressual para um prazo máximo de doze anos.

Não se deve analisar a possibilidade de adoção de mandato aos Ministros do STF como mecanismo estanque e intrinsecamente positivo. A vitaliciedade não possui cariz antirrepublicano. Antes de mais, está associada à histórica imprescindibilidade de conferir a independência necessária ao servidor público, seja diante da opinião pública ou do arbítrio estatal tendente a eventualmente alterar, para fins de dissimulação, as regras do jogo.

Portanto, louvável o papel histórico e pedagógico da vitaliciedade, durante a vigência de regimes autoritários, como o Estado Novo, de 1937 a 1945, e do regime militar, de 1964 a 1985. Soma-se a ela a garantia da independência funcional, que não importa apenas ao servidor público, mas ao próprio cidadão, que possui o direito de obter um resultado do trabalho dos servidores, independentemente de pressões políticas.

Conquanto, num primeiro momento, pareçam ceifar as condicionantes das garantias da vitaliciedade e independência, os mandatos não impedem o exercício livre e desembaraçado das funções, mas apenas submetem-no a um interstício temporal razoável. Não há ingenuidade em reconhecer que adotar novos caminhos suscita o enfrentamento de novas disfuncionalidades, as quais podem ou não se realizar nos casos concretos.

A primeira anomalia pode ser o uso do mandato no Supremo Tribunal Federal como mecanismo de arregimentar apoio político e social à consecução de outras vantagens pessoais. Não se trata apenas da probabilidade de uso do STF, pelo ministro, como palanque político, mas de construção de teses e disseminação de posicionamentos que abrem caminhos, dificilmente transitáveis fora do cenário colegiado do STF, para obter finalidades pessoais.

A construção de agenda e pautas cada vez mais associadas à discussão de temas políticos, sociais e econômicos relevantes, pela dimensão ampliada do papel do STF como Corte Constitucional, além de julgamentos de grande repercussão nacional, associados a grandes escândalos de corrupção, e o advento da TV Justiça, por si sós, tornam o Supremo Tribunal Federal um espaço de visibilidade incomum no cenário nacional.

Evidentemente que este é um sintoma da crise de representatividade e do descrédito de outros poderes, que legaram ao caminho jurídico muito do vetor participativo. Mas pode haver a exacerbação do uso político do STF, o que já é inevitável mesmo no caso de membros vitalícios. Mesmo membros vitalícios podem utilizar a influência e o capital político acumulado pela boa receptividade de suas decisões para angariar apoio para candidaturas a mandatos eletivos.

A segunda deformidade poderia ser a perda da rigidez ou perenidade da jurisprudência consolidada pelo Supremo Tribunal Federal. A alteração frequente na composição da Corte Suprema poderia tecer o desvio mais célere da jurisprudência da Corte Constitucional. Não há uma relação de consequência necessária, visto que dependeria de uma análise combinatória caso a caso. No entanto, esta problemática seria mais evidente em momentos de tensões sobre resultados, com grande divisão do STF sobre temas polêmicos, em que a mudança de um ou outro voto pode ser capaz de alinhar maioria em sentido diverso.

Perfilado na anomalia acima, há uma terceira. A eventual efemeridade de posicionamentos sobre matérias polêmicas, suscetíveis de viradas a contento de uma composição específica, e o avanço mais célere da jurisprudência criam um cenário em que o uso progressista ou conservador da Corte Constitucional poderá ser mais maleável. Assim, do mesmo modo que poderia representar um benefício para a guinada progressista das matérias em debate, também poderia acelerar a conformação do cenário político conservador dos Poderes Executivo e Legislativo.

Estas mencionadas eventualidades do fim da vitaliciedade e adoção dos mandatos aos ministros do STF são possíveis, mas enfrentar o tema abre espaço para novas teorizações e que permitem mitigá-las ou eliminá-las. Um exemplo patente é a criação da quarentena jurídica, com a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, que vedou a juiz aposentado exercer a advocacia no tribunal, do qual se afastou, pelo prazo de três anos.

É um avanço importante, no entanto, ainda não cobre mecanismos importantes, como uma quarentena política, que proibisse Ministros de disputarem eleição para cargo público após deixarem o cargo, nem a vedação de recondução ao cargo de Ministro do STF (havendo mandatos), para inviabilizar, respectivamente, o uso de influência e capital político do cargo para vantagem pessoal e a negociação política, para garantir a permanência no tribunal⁶⁴.

CONCLUSÃO

Em comum às diversas configurações de justiça constitucional estudadas, está sempre a composição da Suprema Corte dependente de um arranjo equilibrado entre legitimidade democrática, independência judicial e isenção dos membros. O modelo brasileiro é inspirado no exemplo norte-americano, baseado em uma Suprema Corte que dita a última palavra sobre a Constituição, que está situada no topo da estrutura organizacional e do poder do Judiciário e é integrada por magistrados investidos, após indicação do Presidente e sabatina pelo Senado, para o exercício vitalício de suas funções. O modo discricionário de escolha dos nomes, perpassando pela atuação dos Poderes Executivo e Legislativo garantem a legitimidade democrática procedimental.

64 A PEC nº 35/2015, de autoria do senador Lasier Martins (PSD-RS), que prevê um mandato de dez anos aos Ministros do STF e os proíbe de disputar eleições para cargo público nos cinco anos seguintes ao desligamento do cargo público. Dentre outras disposições, propõe a nomeação dos juizes do STF a partir de uma lista triplíce formulada pelos Presidentes de Tribunais Superiores e o Presidente da OAB, e a necessidade de comprovada atividade jurídica por, ao menos, quinze anos.

Entretanto, nem todos os sistemas funcionam da mesma maneira. Na Europa, há uma virada do eixo central da compreensão da legitimidade democrática da justiça constitucional. Esta é compreendida não apenas como a atuação conjunta de poderes na definição da composição das Cortes, mas também se apóia na investidura temporalmente limitada dos juízes e na seleção mais plural dos candidatos por mais órgãos de Estado. Portanto, o desenvolvimento do sistema europeu de jurisdição constitucional instaurou um modelo diferente de nomeação dos magistrados. Em regra, verifica-se a nomeação de juízes por autoridades distintas, sem monopólio exclusivo de indicação de uma delas, bem como é comum a presença de mandatos fixos. Não se descarta a importância do preenchimento de condições e requisitos objetivos e subjetivos mais detalhados para assunção ao cargo.

Por meio da análise de elementos da legitimidade democrática, constata-se que a influência dos diversos atores no processo de escolha dos membros das Cortes Constitucionais necessita ser aferida em pormenor, para constatar os desvios e dificuldades do envelhecido modelo brasileiro. O direito comparado e a doutrina jurídica oferecem elementos e medidas alternativas para conferir mais legitimidade ao processo de escolha dos ministros do STF e, sobretudo, identificar os entraves (sem prejuízo de novos ônus) com o objetivo de estimular o debate. A indeterminação temporal para escolha, a ausência de poder de veto aos ocupantes de cargos em comissão do governo em exercício, a elevada concentração do poder presidencial, as sabatinas protocolares, a opacidade e déficit de transparência, a insuficiência de critérios objetivos e indeterminação de requisitos para o cargo, a garantia da vitaliciedade e a garantia de mandatos: muitos são os desafios e possibilidades. Nenhuma destas deve ser teorizada sem identificar os efeitos prospectivos, sob pena de se modificar um sistema, sob pretexto de elevar a legitimidade democrática, mas sem efeitos concretos significativos.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALMEIDA, Frederico. **Análise dos tempos de nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal (1945-2013)**. Newsletter. Observatório de elites políticas e sociais do Brasil. The Observatory of Social and Political Elites of Brazil. Núcleo de Pesquisa em Sociologia Política Brasileira da UFPR, v. 2, n. 7, 2015, 13 p.

ARAÚJO, Aline Laura Toscano de; SILVA, Carlos Sérgio Gurgel da Silva. A indicação de ministro do STF pelo Presidente da República e a subjetividade de seus critérios à luz do princípio da independência dos poderes. **Revista Jurídica Luso Brasileira**. Lisboa, v. 4, n. 2, p. 645-683, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Contramajoritário, representativo e iluminista**: os papéis das Supremas Cortes e Tribunais na democracia (mimeografado).

BASTOS, Elísio Augusto Velloso; CICHOVSKI, Patrícia Kristiana Blagitz. **A forma de nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal: análise histórica e proposta de aprimoramento**. 28p. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e35026a2b91f352d>>. Acesso em: 06 set. 2018.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BRASIL. Congresso. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição nº 117/2015**. Brasília-DF, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 29. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

CASAGRANDE, Cássio. Sem Anthony Kennedy, Suprema Corte dos EUA deve seguir ainda mais à direita. **Jota**. Rio de Janeiro, 2 jul. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/o-mundo-fora-dos-autos/sem-anthony-kennedy-suprema-corte-dos-eua-deve-seguir-ainda-mais-a-direita-02072018>>. Acesso em: 10 set. 2018.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Degradação do Judiciário. **Folha de S. Paulo**. São Paulo, 08 mai. 2002. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0805200209.htm>>. Acesso em: 01 set. 2018.

FIGUEIREDO, Marcelo; DALLARI, Adilson. Supremo Tribunal Federal: o processo de nomeação dos ministros. **Migalhas**. São Paulo, 20 fev. 2013. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI172816,71043-Supremo+Tribunal+Federal+o+processo+de+nomeacao+dos+ministros>>. Acesso em: 14 ago. 2018.

GALVÃO, Jorge Octavio Lavocat. Os critérios de escolha dos ministros do STF e a indicação de Luis Roberto Barroso. **Migalhas**. São Paulo, 13 jul. 2013. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI180400,101048-Os+critérios+de+escolha+dos+ministros+do+STF+e+a+indicacao+de+Luis>>. Acesso em: 14 ago. 2018.

GÓIS, Fábio. CCJ do Senado aprova alteração no processo de escolha dos ministros do Supremo. **Congresso em Foco**. Brasília, 05 jul. 2017. Disponível em: <<https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/ccj-do-senado-aprova-alteracao-no-processo-de-escolha-dos-ministros-do-supremo/>>. Acesso em: 14 ago. 2018.

GONÇALVES, Gabriel Accioly. A Insinceridade na Jurisdição Constitucional. **Revista da Ajuris**, v. 43, n. 140, p. 185-214, 2016. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/635>>.

HERNANDES, Raphael. Forma de nomeação ao STF é tema de propostas; veja exemplos pelo mundo. **Folha de S. Paulo**. São Paulo, 23 fev. 2017. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/02/1861319-forma-de-nomeacao-ao-stf-e-tema-de-propostas-veja-exemplos-pelo-mundo.shtml>>. Acesso em: 14 ago. 2018.

HIRSCHL, Ran. The Political Origins of the New Constitutionalism. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, v. 11, p. 71-108, 2004.

HULSE, Carl. Lesson From a Failed Nomination, for Both Brett Kavanaugh and the Senate. **The New York Times**. New York, 21 jul. 2018. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2018/07/21/us/politics/ryan-bounds-nomination-senate.html>>. Acesso em: 14 ago. 2018.

JALORETTO, Maria Fernanda; MUELLER, Bernardo Pinheiro Machado. O Procedimento de Escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal – uma análise empírica. **Economics Analysis of Law Review**, v.2, n. 1, p. 170-187, 2011.

LLANOS, Mariana; LEMOS, Leany. Presidential Preferences? The Supreme Federal Tribunal Nominations in Democratic Brazil. **Latin American Politics and Society**, v. 55, n. 2, p. 77-105, 2013.

LUZ, Eduardo Silva; PAES, José Eduardo Sabo. A participação da sociedade civil na escolha dos ministros do Supremo Tribunal Federal. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS**, v.12, n. 2, p. 257-280, 2017.

MELLO, Patricia Perrone Campos. Trinta anos, uma Constituição, três Supremos: autocontenção, expansão e ambivalência. In: Luís Roberto Barroso e Patricia Perrone Campos Mello, **A República que ainda não foi**: trinta anos da Constituição na visão da Escola de Direito Constitucional da UERJ, 2018.

MELO, André Luis. Presidente apenas nomeia ministros do Supremo. **Conjur – Consultor Jurídico**. São Paulo, 7 fev. 2011. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2011-fev-07/presidente-republica-apenas-nomeia-ministros-supremo>>. Acesso em: 14 ago. 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13 ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2003.

OLIVEIRA, Maria Ângela Jardim de Santa Cruz. Sobre a recusa de nomeações para o Supremo Tribunal Federal pelo Senado. **Revista Direito Público**, IDP, Brasília, v. 1, n. 25, p. 68- 78, jan-fev, 2009.

PAES, Taíse Sossai. **A influência do processo de escolha dos ministros da Suprema Corte na judicialização da política**: uma análise empírica do procedimento da sabatina dos indicados para o Supremo Tribunal Federal. 2011. 78 p. Dissertação (Mestrado Profissional em Poder Judiciário) – Fundação Getúlio Vargas – Escola de Direito do Rio de Janeiro, 2011.

PEGORARO, Joana Cristina. **A política na Corte**: uma análise da forma de escolha dos ministros do Supremo Tribunal Federal. 2006. 106p. Dissertação (Mestrado), Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006.

PIRES, Thiago Magalhães. Corte Suprema de Justiça da Nação (Argentina). In: Rodrigo Brandão, **Cortes Constitucionais e Supremas Cortes**, Editora Jus Podium, 2017, p. 33-42.

PRAÇA, Sérgio. O processo de escolha dos ministros do STF tem que mudar? **Revista Exame**. São Paulo, 22 jun. 2017. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/blog/sergio-praca/o-processo-de-escolha-dos-ministros-do-stf-tem-que-mudar/>>. Acesso em: 14 ago. 2018.

SADEK, Maria Tereza. **Magistrados**: uma imagem em movimento. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

SANTOS, André Marenco dos; DA ROS, Luciano. Caminhos que levam à Corte: carreiras e padrões de recrutamento dos ministros dos órgãos de cúpula do Poder Judiciário brasileiro (1829-2006). **Revista de Sociologia e Política**. [online]. 2008, vol 16, n. 30, p. 131-149.

SCHREIBER, Mariana. Em 5 pontos: o que poderia mudar no processo de nomeação de ministros do STF? **BBC Brasil**. Brasília, 6 fev. 2017. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-38885153>>. Acesso em: 14 ago. 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Composição atual**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfComposicaoComposicaoPlenariaApresentacao>>. Acesso em: 06 set. 2018.

TAVARES FILHO, Newton. Procedimento e Escolha e Nomeação dos Titulares de Cortes Constitucionais no Direito Comparado. **Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados**, p. 3-10, 2002.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Transparência na escolha dos novos ministros do STF**. Portal FGV. Disponível em: <<https://portal.fgv.br/noticias/transparencia-escolha-novos-ministros-stf-artigo-oscar-vilhena-vieira>>. Acesso em: 06 set. 2018.

VIEIRA, José Ribas; COSTA, Pedro D'Angelo; DUARTE, Pedro Henrique Favilla; JORGE, Thiago Filippo Silva. O processo de escolha de ministros para o Supremo Tribunal Federal e possibilidades de democratização do Poder Judiciário. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, p. 1-23, 2002.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **Yale Law Journal**, n. 115, New Haven, abr. 2006.

**THE FAKE NEWS PHENOMENON IN BYUNG-CHUL HAN:
A REVIEW OF CARL SCHMITT**
**O FENÔMENO DAS FAKE NEWS EM BYUNG-CHUL HAN:
UMA RELEITURA DE CARL SCHMITT**

Enrico de Carpena Ferreira Correa de Barros¹
enricofcbarros@gmail.com

Rodrigo Valin de Oliveira²
rvalin@uol.com.br

Recebido/Received: 15.02.2021/ February 15th, 2021.
Aprovado/Approved: 09.03.2021/ March 15th, 2021.

RESUMO

A controvertida teoria política de Carl Schmitt marcou o século XX, com conceitos como unidade política, inimizade e soberania. Contudo, é inegável que o contexto de produção intelectual de Schmitt foi alterado, com o advento da sociedade neoliberal, das novas tecnologias e das mídias digitais. Passamos de uma sociedade disciplinar para a sociedade do cansaço, amplamente analisada pelo filósofo sul-coreano Byung-Chul Han. O tema insere-se no contexto político nacional e internacional de interferência das mídias sociais no processo político. Destarte, faz-se necessário questionar a atualidade das bases teóricas schmittianas, em uma conjuntura marcada pelo fenômeno dos shitstorms de fake news. Assim, verifica-se a atualização do conceito de soberania política de Schmitt, proposta por Han, bem como determinados predicados da obra schmittiana: binômio amizade-inimizade, unidade política e decisionismo. De igual forma, analisa-se as origens das fake news e porque elas são influentes no processo político, conforme a obra de Han, bem como os impactos à estabilidade da unidade política causados por essa influência, nos termos de Schmitt. A metodologia utilizada na pesquisa é a hipotético-dedutiva, por meio da pesquisa bibliográfica das obras de Schmitt e de Han, e de artigos que analisaram os conceitos forjados pelo jurista alemão. Tem-se como hipótese: a teoria schmittiana antecipa problemáticas contemporâneas, no que tange à dificuldade de formar uma unidade capaz de tomar decisões políticas efetivas. A releitura da obra schmittiana, proposta por Han, demonstra, contudo, uma insuficiência para a interpretação de determinados fenômenos relativos às mídias sociais e às novas formas de violência. Assim, tem-se como principal hipótese, a ser confirmada ou não, que o conceito de soberania schmittiano deve ser atualizado às questões do século XXI, por ser incapaz de explicar os shitstorms de fake news.

Palavras-chave: Soberania, Mídias Digitais, Fake News, Unidade Política, Carl Schmitt, Byung-Chul Han.

¹ Graduando em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Trabalha como estagiário no escritório Rafael Pandolfo Advogados Associados. Fundador e coordenador do Projeto EDUCAAR-UFRGS. Pesquisador orientado pelo Prof. Dr. Rodrigo Valin de Oliveira. Apresentou a presente pesquisa no Salão de Iniciação Científica da UFRGS no ano de 2020.

² Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFRGS e Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Atualmente, é Professor Adjunto da UFRGS. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Teoria do Estado e Direito Constitucional.

ABSTRACT

Carl Schmitt's controversial political theory marked the 20th century, with concepts such as political unity, enmity and sovereignty. However, it is undeniable that Schmitt's context of intellectual production was altered, with the advent of neoliberal society, new technologies and digital media. We have moved from a disciplinary society to a burnout society, widely analysed by the South Korean philosopher Byung-Chul Han. The theme is part of the Brazilian national and of the international political context of interference by social media in the political process. Thus, it is necessary to inquire if Schmitt's theoretical bases are able to clarify a new conjuncture, marked by the phenomenon of fake news shitstorms. Thereby, one verifies the refurbish of Schmitt's concept of political sovereignty, proposed by Han, as well as certain predicates of Schmitt's work: the binomial friendship-enmity, political unity and decisionism. In addition, one analyse the origins of fake news and why they are influential in the political process, according to Han's work, as well as the impacts on the stability of the political unity caused by this influence, according to Schmitt. The methodology used in the research is hypothetical-deductive, through bibliographic research of the works of Schmitt and Han, and of articles that analysed the concepts forged by the German jurist. It has as hypothesis: the Schmittian theory anticipates contemporary problems, regarding the difficulty of forming a unit capable of making effective political decisions. The re-reading of the Schmittian work, proposed by Han, demonstrates, however, an insufficiency for the interpretation of certain phenomena related to social media and new forms of violence. Thus, the main hypothesis, to be confirmed or not, is that the concept of Schmittian sovereignty must be updated to the issues of the 21st century, as it is unable to explain the fake news shitstorms.

Keywords: Sovereignty, Digital Media, Fake News, Political Unity, Carl Schmitt, Byung-Chul Han.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1. O PENSAMENTO DE CARL SCHMITT SOBRE SOBERANIA; 1.1. O CONTEXTO DA REPÚBLICA DE WEIMAR E OS PREDICADOS FILOSÓFICOS DE SCHMITT; 1.2. PLURALISMO PARLAMENTAR E UNIDADE POLÍTICA; 1.3. O BINÔMIO AMIZADE-INIMIZADE; 1.4. DECISIONISMO E SOBERANIA; 2. O IMPACTO DAS MÍDIAS SOCIAIS NA SOBERANIA POLÍTICA, EM BYUNG-CHUL HAN; 2.1. A SOCIEDADE NEOLIBERAL E OS PREDICADOS FILOSÓFICOS DE HAN; 2.2. A SOCIEDADE DA TRANSPARÊNCIA E O ENXAME DIGITAL; 2.3. O BINÔMIO PODER-COERÇÃO E PODER-LIBERDADE; 2.4. *SHITSTORM* DA REDE E SOBERANIA; 3. O FENÔMENO DAS FAKENEWS; CONCLUSÕES; REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Este trabalho propõe-se a examinar a atualidade da teoria de soberania política de Carl Schmitt, face às novas tecnologias, às mídias digitais e ao *shitstorm* da rede, fenômenos particulares da sociedade neoliberal do cansaço, amplamente estudada

e teorizada pelo filósofo Byung-Chul Han. Assim, questiona-se se os predicados da obra schmittiana deveriam ser mantidos para a interpretação da sociedade contemporânea ou se faz-se necessária uma renovação de determinados aspectos de sua doutrina.

Para lograr tal objetivo, analisar-se-á comparativamente os principais pontos das teorias do jurista alemão Carl Schmitt e do filósofo sul-coreano Byung-Chul Han. Trata-se de um intento demasiado amplo, de modo que a presente pesquisa se dirigirá com maior ênfase aos seguintes predicados das aludidas teorias: unidade política, binômio amizade-inimizade, decisionismo e soberania, em Schmitt; enxame das mídias digitais, binômio poder-coerção e poder-liberdade, *shitstorm* da rede e soberania, em Han.

Dessa maneira, verificar-se-á se deveríamos abandonar as bases da teoria schmittiana, ou se a obra do jurista alemão ainda fornece importantes subsídios para interpretar as problemáticas do século XXI, principalmente em relação à instabilidade político-econômica causada pelos *shitstorms* de *fake news*. Assim, o conceito de soberania schmittiano será posto a prova.

A metodologia utilizada para a pesquisa é a hipotético-dedutiva, por meio da pesquisa bibliográfica das obras de Byung-Chul Han e de Carl Schmitt, bem como de artigos que analisaram os principais conceitos forjados por Schmitt. Por meio do estudo bibliográfico, compreender-se-á o processo de transformação do paradigma negativo – representado pelo binômio amizade-inimizade e característico da sociedade disciplinar –, o qual ensejou na estruturação da sociedade da positividade e da transparência. Dessa maneira, evidenciar-se-á as consequências práticas da aludida mudança de paradigma: o desenvolvimento de novas formas de violência e um renovado conceito de soberania. Com essa análise teórica do contexto histórico-político global, almeja-se propor uma solução ao principal questionamento da pesquisa, qual seja: devemos abandonar as bases teóricas schmittianas, no que tange ao binômio amizade-inimizade e a seu conceito de soberania e de unidade política; ou a obra de Carl Schmitt ainda fornece consistentes subsídios para o estudo da sociedade contemporânea?

Ter-se-á como hipótese: a teoria de Schmitt antecipa problemáticas modernas e contemporâneas, principalmente no que tange à dificuldade/impossibilidade de formar uma unidade política com capacidade de tomar decisões políticas efetivas. Contudo, Byung-Chul Han faz uma releitura de determinados pontos de sua obra, os quais se mostram incapazes ou insuficientes para interpretar os fenômenos relativos às mídias sociais e às novas formas de violência. Assim, tem-se como principal hipótese, a ser confirmada ou não, que o conceito de soberania schmittiano deve ser atualizado às questões do século XXI.

Por fim, buscar-se-á elucidar pontos essenciais para a devida compreensão do fenômeno das *fake news*, com auxílio de conceitos-chave das obras de ambos autores, Carl Schmitt e Byung-Chul Han.

1. O PENSAMENTO DE CARL SCHMITT SOBRE SOBERANIA

1.1. O CONTEXTO DA REPÚBLICA DE WEIMAR E OS PREDICADOS FILOSÓFICOS DE SCHMITT

A obra schmittiana situa-se em um contexto de transição de um modelo estatal notadamente liberal para um Estado parlamentar e pluralista. No primeiro modelo, sua “estrutura fundamental foi reduzida a uma clara e útil fórmula básica”³: a distinção entre Estado e Sociedade. Essa estrutura dualista revela um equilíbrio entre o Estado de Governo e o Estado legislador⁴, com o caráter eletivo do Parlamento, representante da nação inteira, “frente ao Rei e a seu Governo”⁵. Nessas condições, “o Governo suscita desconfiança”, e há uma tendência a “limitar dentro do possível o Estado a um mínimo, impedir antes de tudo intervenções e ataques à Economia, e neutralizá-lo em absoluto”⁶. Em outras palavras, o Estado mantém uma autonomia em relação às esferas não-estatais.

Contudo, desenvolve-se, com o advento da Constituição de Weimar, uma atomização dos partidos políticos, “o Estado se converte em ‘auto-organização da Sociedade’” e desaparece, então, “a consabida distinção entre Estado e Sociedade, Governo e Nação”⁷. Assim, “opera-se uma transformação mais vasta e mais profunda”: a própria sociedade organiza-se em Estado e “os problemas sociais e econômicos se convertem em problemas políticos”. Em semelhante cenário, não há mais a possibilidade de distinguir claramente entre zonas concretas político-estatais e apolítico-sociais⁸.

Nesse contexto, Carl Schmitt atenta para as consequências dessa onipresença do político em todos os âmbitos apolíticos, ou melhor, dessa interferência do apolítico na esfera específica do político estatal: “a Sociedade que se organiza em Estado encontra-se em fase de abandonar o tipo de Estado neutro, próprio do século XIX, e de se transformar em um Estado potencialmente integral”, até alcançar “o Estado total, que identifica Estado e Sociedade”⁹. E acrescenta que “se não contamos já com um Estado integral, temos pelo menos algumas estruturas de partido que tendem à integralização”¹⁰. Nesse sentido, a não interferência estatal consistiria em uma utopia.

O teórico alemão aponta, ainda, três conceitos que devemos ter em mente, pois caracterizam a situação concreta constitucional do *Reich* alemão; são eles: pluralismo, policracia e federalismo¹¹. Por pluralismo, compreende-se a

“variedade de complexos sociais de poder, firmemente organizados que se estendem ao âmbito inteiro do Estado (...) [e] que como tais se apoderam dos organismos representativos do Estado, sem cessar por isso de serem estruturas meramente sociais.”

3 SCHMITT, Carl. **La Defensa de la Constitución: estudio de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la constitución**; tradução de Manuel Sánchez Sarto. Edição. Barcelona. Labor, 1931. p.92

4 Ibid, p.95

5 Ibid, p.108

6 Ibid, p.98

7 Ibid, p.99

8 Ibid, p.99

9 Ibid, p.100

10 Ibid, p.105

11 Ibid, p.90

Trata-se, então, de organizações apolíticas que ocupam o ambiente político-estatal a fim de se apoderar de entidades estatais e de influenciar ativamente no processo político. Esse tema será abordado com maior atenção no capítulo subsequente.

Por sua vez, policracia é caracterizada como o “conjunto de titulares, juridicamente autônomos, da economia pública, em cuja independência encontra uma limitação a vontade pública”, devido a liberdades reconhecidas na Constituição. Já o federalismo é compreendido como “a coexistência e concorrência de uma diversidade de estados dentro de uma organização federal; trata-se neste caso de uma pluralidade de estruturas políticas no setor político”¹². O federalismo tem, ademais, como uma de suas finalidades a de exercer um efeito neutralizador, que faz frente ao Estado de partidos em coalizão instável do *Reich*: esse efeito está baseado na mera diferença identificada entre as coalizões dos estados que compõem o *Reich* e aquela do próprio *Reich* (Governo Federal)¹³.

Cada um desses fenômenos identificados por Schmitt pode ser examinado de forma independente, mas “na realidade da vida política costumam aparecer simultaneamente com um ou com os outros dois fenômenos”¹⁴. Por isso, unidos ou separados, esses fenômenos podem representar fatores desestabilizantes à política, ou podem compor um contrapeso a possíveis excessos.

Assim sendo, nesse ponto de intersecção entre o modelo liberal de Estado neutro e o Estado caracterizado pelo pluralismo parlamentar, despontam novas problemáticas e questões de ordem político-constitucional, as quais devem ser examinadas “em sua relação *concreta* com a atual situação política e constitucional”¹⁵.

Face à fragmentação e atomização parlamentares, o Estado perde a capacidade de tomar decisões políticas, uma vez que o Parlamento passa a representar o pluralismo dos complexos sociais e a ser incapaz de formar uma unidade política. Schmitt dá destaque, por conseguinte, às “numerosas negações e ameaças que existem para a unidade política da nação que toda democracia pressupõe”¹⁶. Portanto, a unidade política é, para Schmitt, um elemento essencial e indispensável para o exercício da democracia.

1.2. PLURALISMO PARLAMENTAR E UNIDADE POLÍTICA

Gilberto Bercovici, professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, considera como uma das preocupações centrais de Carl Schmitt “a crise da unidade política, por meio do Estado, em uma democracia de massas”¹⁷.

12 Ibid, p.90

13 Ibid, p.135

14 Ibid, p.91

15 Ibid, p.16 (grifo meu)

16 Ibid, p.118

17 BERCOVICI, Gilberto. Carl Schmitt e a tentativa de uma revolução conservadora. In: ALMEIDA, Jorge de; BADER, Wolfgang (org.). *Pensamento alemão do século XX: grandes protagonistas e recepção no Brasil*, volume 1. 1ª Edição. São Paulo: Cosac Naify, 2009. p.73

A unidade política é ameaçada, sobretudo, pelo pluralismo parlamentar, no qual competem “diversas constelações sociais e complexos de poder: partidos políticos solidamente organizados, associações profissionais (de industriais, agricultores; sindicatos), associações religiosas”¹⁸. Cada um desses titulares do pluralismo parlamentar reclama “seu direito à própria Constituição, é dizer, ao poder político e a seu exercício”¹⁹, “pondo-se cada vez mais em perigo a formação de uma unidade estatal”²⁰. Segundo Schmitt, o cume de tal processo e a última consequência do pluralismo “seria a completa desintegração da unidade alemã”²¹.

Resta, pois, a incapacidade de alcançar um governo efetivo e uma autêntica resolução política. Destarte, no século XX, “sente-se a necessidade de se proteger contra o legislador, é dizer, contra o Parlamento”²². Isso ocorre devido à alteração do paradigma presente no modelo liberal monárquico, que contava com a distinção entre Estado e Sociedade, Governo e Nação e, conseqüentemente, com o caráter eletivo e democrático do Parlamento enquanto representante da nação inteira frente ao Rei e seu Governo.

O Parlamento, nesse novo modelo estatal, é caracterizado pelo pluralismo e pela ineficiência política, já que, devido à atomização dos partidos, torna-se impossível ou extremamente difícil a formação de um Governo sem a formação de coalizões. Essas, por sua vez, em muitos casos, mostram-se instáveis e incapazes de tomar decisões políticas efetivas. Segundo Schmitt, esse modelo colide com “a ideia democrática da unidade homogênea e indivisível de todo o povo alemão”²³, princípio reconhecido na Constituição vigente no *Reich*.

Por conta disso, Schmitt considera a luta contra a atomização dos partidos uma aspiração política muito respeitável. Trata-se de “um efeito do sistema que já não observa o axioma democrático fundamental da identidade de vontade de todos os cidadãos”²⁴, presente, inclusive, na própria Constituição de Weimar, que é a “decisão política do povo alemão unificado, como titular do poder constituinte”²⁵.

Assim, para Schmitt, quando o Estado deixa de prover decisões, “seja pelo domínio de um monarca ou de um grupo imperante, seja pela homogeneidade da nação, unificada em si mesma”, desenvolve-se a errônea ideia de que a Constituição não é a maneira de ser da unidade política existente, mas “um convênio ou compromisso [contrato] de várias partes”²⁶. Dessa maneira, utiliza-se uma categoria jurídico-econômica para explicar um fenômeno político. Assim, sem a unidade política, inexistem um ambiente apto a estabelecer a normalidade, a ordem, que tem como objeto de decisão os conflitos sociais existentes²⁷.

18 SCHMITT, Carl. **La Defensa de la Constitución: estudio de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la constitución**; tradução de Manuel Sánchez Sarto. Edição. Barcelona: Labor, 1931. p.81

19 Ibid, p.82

20 Ibid, p.114

21 Ibid, p.138

22 Ibid, p.13

23 Ibid, p.80

24 Ibid, p.109

25 Ibid, p.89

26 Ibid, p.78

27 BERCOVICI, Gilberto. Carl Schmitt e a tentativa de uma revolução conservadora. In: ALMEIDA, Jorge de; BADER, Wolfgang (org.). **Pensamento alemão do século XX: grandes protagonistas e recepção no Brasil**, volume 1. 1ª Edição. São Paulo: Cosac Naify, 2009. p.74

1.3. O BINÔMIO AMIZADE-INIMIZADE

Uma das ideias schmittianas centrais para a compreensão do estado de normalidade política e dos conflitos sociais é o binômio amizade-inimizade. Segundo Norberto Bobbio, “[e]ntre as mais conhecidas e discutidas definições de política devemos considerar aquela de Carl Schmitt (...), segundo a qual a esfera da política coincide com a esfera da relação amigo-inimigo”²⁸.

Resta, pois, incontroverso o fato de que o binômio amizade-inimizade configura um ponto central na teoria schmittiana, quando categoricamente determina que “a distinção política específica, à qual se pode remeter as ações e motivos políticos, é a distinção entre amigo e inimigo”²⁹ e que o “conceito do político só se pode determinar pela referência com a possibilidade real da agrupação de amigo e inimigo”³⁰.

A categorização dessa distinção não se trata, segundo Schmitt, de ficções ou de normatividades, mas da realidade ótica³¹, e “para determinar sua essência [do inimigo] basta que seja, em um sentido particularmente intenso, existencialmente distinto (um outro) e estranho, de tal modo que, em caso de conflito, representa a negação do próprio modo de existência”³². Por conseguinte, esses conceitos devem ser tomados em seu sentido concreto e existencial.

Nesse sentido, Schmitt parte do conceito hobbesiano de guerra mútua: “A guerra se deriva da inimizade, porque é a negação essencial de outro ser[;] (...) é simplesmente a realização extrema da inimizade”³³. Nesse sentido, a excepcionalidade do extremo tem um caráter determinante e um significado particularmente decisivo, por mais remota que seja a possibilidade de guerra³⁴. Sem a distinção amizade-inimizade não haveria política. “Para Schmitt, a comunidade só se torna política no momento em que é ameaçada existencialmente pelo inimigo e precisa afirmar-se contra ele, i.e., no momento da guerra”³⁵.

Assim, o “ponto extremo, o momento crítico do problema se alcança quando um Estado econômico desta natureza, com tal Parlamento determinado em forma pluralista, se encontra com grandes dificuldades econômicas, em uma situação anormal”³⁶. É justamente nessa situação excepcional (estado de guerra) que “se manifesta claramente onde se situa o centro do Estado em cada momento preciso da evolução histórica”³⁷.

28 BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos**; organizado por Michelangelo Bovero; Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. 1ª Edição. Rio de Janeiro. Campus, 2000. p.170

29 SCHMITT, Carl. **The concept of the political**; tradução de Geroge Schwab. Edição ampliada. Chicago. The University of Chigado Press, 2007. p. 33

30 Ibid, p. 37-38

31 Ibid, p. 35

32 Ibid, p. 34

33 Ibid, p. 36

34 Ibid, p. 37

35 HAN, Byung-Chul. **Topologia da Violência**; tradução de Enio Paulo Giachini. 1ª Edição. Petrópolis-RJ. Vozes, 2017. p.86

36 SCHMITT, Carl. **La Defensa de la Constitución: estudio de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la constitución**; tradução de Manuel Sánchez Sarto. Edição. Barcelona. Labor, 1931. p.119

37 Ibid, p.95-96

Nesse contexto, surge a questão acerca do guardião da Constituição e, em última análise, do soberano schmittiano, ou seja, daquele “que decide sobre o estado de exceção”³⁸. Essa própria questão, “a demanda por um protetor, de um defensor da Constituição”, é, na maioria dos casos, indício de situações críticas para a Constituição³⁹, pois é o sentido de toda Constituição racional “procurar um sistema de organização que permita formar uma vontade política e instituir um Governo capaz de governar”⁴⁰.

Se o pluralismo leva à incapacidade de governar, trata-se de uma situação excepcional e crítica, a qual não será solucionada com base em normas objetivas, mas na “efetividade com que o Estado cria um ambiente que permita por si mesmo a vigência das normas”⁴¹. Assim, “[d]e acordo com Schmitt, o que está em questão no teor do político é a decisão”⁴², e o poder sobre essa decisão revela uma questão eminentemente prática e concreta acerca da soberania.

1.4. DECISIONISMO E SOBERANIA

Judiciário, Legislativo, Governo e Presidente: “uma grande variedade de protetores da Constituição que concorrem uns com os outros”⁴³. Contudo, para Schmitt, o “protetor não deve ser abstrato, mas há de proteger contra perigos determinados e concretamente temidos”, que provém, com o pluralismo parlamentar do século XX, do legislador⁴⁴.

Não se trata de uma questão jurídica de caráter teórico, mas um problema político prático, de modo que a judicialidade tem limites que devem ser defendidos em prol da independência do Poder Judiciário⁴⁵. A independência judicial não passa de um reverso da sujeição às leis⁴⁶, sendo a expansão do Judiciário a questões políticas um fato do qual só se pode derivar prejuízos à referida independência: “a consequência não seria a judicialização da Política, mas a politização da Justiça”⁴⁷. O fundamento constitucional da independência judicial reside, justamente, na subsunção concreta e clara das normas e preceitos constitucionais.

Judicializar uma questão política sem subsunção de norma manifesta e concreta seria o mesmo que “transformar uma transgressão constitucional até então duvidosa em outra que seja claríssima para todo o mundo”⁴⁸, competência única do legislador. Designar essa decisão ao Judiciário não passa da supressão da dúvida de um modo autoritário⁴⁹.

38 SCHMITT, Carl. **Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty**; tradução de Geroge Schwab. Edição revisada. Chicago. The University of Chicago Press, 2005. p.5

39 SCHMITT, Carl. **La Defensa de la Constitución: estudio de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la constitución**; tradução de Manuel Sánchez Sarto. Edição. Barcelona. Labor, 1931. p. 9

40 Ibid, p.143

41 Ibid, p.95

42 HAN, Byung-Chul. **Topologia da Violência**; tradução de Enio Paulo Giachini. 1ª Edição. Petrópolis-RJ. Vozes, 2017. p.92

43 SCHMITT, Carl. **La Defensa de la Constitución: estudio de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la constitución**; tradução de Manuel Sánchez Sarto. Edição. Barcelona. Labor, 1931. p.12

44 Ibid, p.36

45 Ibid, p.129

46 Ibid, p.187

47 Ibid, p.33

48 Ibid, p.53

49 Ibid, p.61

Dessa maneira, conclui que só existe Justiça em um Estado cívico de Direito em forma de sentença judicial com base em uma lei⁵⁰, pois carece de Constituição o sistema que não reconhece “divisão efetiva entre legislação, execução (Governo e Administração) e Justiça”⁵¹. Nesse sentido, Schmitt reconhece que “os juízes podem ser protetores de uma parte da Constituição, a saber, daquela que se refere a sua peculiar fundamentação e posição, dos preceitos relativos à independência do poder judicial”⁵², pois se atenta, dessa maneira, à diferenciação real entre lei e sentença judicial.

Para Schmitt, como consequência, “não é precisamente a Justiça, se não o Governo, quem pode arbitrar soluções”⁵³ de entraves institucionais relativos ao pluralismo parlamentar. “[D]otado dos poderes discricionários previstos no artigo 48 da Constituição de Weimar, [o Presidente] será capaz de tomar as decisões necessárias para solucionar o *Wirtschaftsnotstand* (estado de emergência econômico)”⁵⁴.

O Presidente representa “um poder neutro, um *pouvoir neutre et intermédiaire*, que não se acha situado por cima, mas ao mesmo nível dos restantes poderes constitucionais, ainda que revestido de atribuições especiais”⁵⁵. Trata-se de uma posição mediadora, reguladora e tutelar, que só em casos de necessidade age ativamente⁵⁶. Carl Schmitt considera a neutralidade como sempre “possível e politicamente adequada”⁵⁷, aspecto esse que “não pressupõe debilidade e falta de política, mas o contrário”⁵⁸.

O fato de o Chefe de Estado converter-se em instância neutra é consubstancial do modelo político de auto-organização da sociedade. O Presidente representa, nesse contexto, “a continuidade e a permanência da unidade política”⁵⁹ perdida. A sua independência em relação aos partidos resta assegurada pela eleição realizada pelo povo alemão inteiro, pelo mandato presidencial de sete anos, e pelos obstáculos para sua revogação⁶⁰.

Decorre da interpretação do art. 48 da Constituição do *Reich*, em um estado excepcional concreto de perigo de caráter econômico e financeiro para a ordem e a segurança pública, a atribuição extraordinária de promulgar decretos jurídicos com força de lei, praticar expropriações, decretar confiscações e impor contribuições⁶¹.

Compete ao *Reichstag* (Parlamento alemão) o direito de controle dessas atribuições, de modo que, a um Parlamento capaz de lograr maiorias e de atuar,

50 Ibid, p.50

51 Ibid, p.50

52 Ibid, p.27

53 Ibid, p.103

54 BERCOVICI, Gilberto. Carl Schmitt e a tentativa de uma revolução conservadora. In: ALMEIDA, Jorge de; BADER, Wolfgang (org.).

Pensamento alemão do século XX: grandes protagonistas e recepção no Brasil, volume 1. 1ª Edição. São Paulo: Cosac Naify, 2009. p.76

55 SCHMITT, Carl. **La Defensa de la Constitución: estudio de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la constitución**; tradução de Manuel Sánchez Sarto. Edição. Barcelona. Labor, 1931. p.163

56 Ibid, p.168-169

57 SCHMITT, Carl. **The concept of the political**; tradução de Geroge Schwab. Edição ampliada. Chicago. The University of Chigado Press, 2007. p. 37

58 Ibid, p. 35

59 SCHMITT, Carl. **La Defensa de la Constitución: estudio de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la constitución**; tradução de Manuel Sánchez Sarto. Edição. Barcelona. Labor, 1931. p.168

60 Ibid, p.186

61 Ibid, p.158

“não será difícil fazer valer sua opinião contra o Presidente do *Reich* e o Governo do *Reich*”, como fator decisivo na formação da vontade do Estado. Se o Parlamento resta fragmentado, com um sistema pluralista, “não se encontra em situação de proceder assim, [e] não tem direito a exigir que também os demais organismos responsáveis sejam incapazes de atuar”⁶². Trata-se, nesse caso, segundo Schmitt, “de uma profunda e íntima relação legal”⁶³.

Por conseguinte, argumenta que o Presidente é o Guardiã da Constituição, em acordo com o princípio democrático, pois “se encontra no centro de todo um sistema – construído sobre fundamentos plebiscitários – de neutralidade e independência em respeito aos partidos políticos”⁶⁴. Tem, pois, a função de exercer “um contrapeso ao pluralismo dos grupos sociais e econômicos do poder, e de garantir a unidade do povo como conjunto político”⁶⁵, tornando-se o soberano, ou seja, “quem decide sobre o estado de exceção”.

2. O IMPACTO DAS MÍDIAS SOCIAIS NA SOBERANIA POLÍTICA, EM BYUNG-CHUL HAN

2.1. A SOCIEDADE NEOLIBERAL E OS PREDICADOS FILOSÓFICOS DE HAN

O filósofo sul-coreano Byung-Chul Han busca analisar os mais diversos aspectos da sociedade ocidental hodierna, a qual denominou “Sociedade do Cansaço”. De igual forma, examina os impactos da positividade que emana das mídias sociais na psique humana, na política e na formação do imaginário social. Trata-se de aspectos característicos da sociedade neoliberal e globalizada em que vivemos, marcada sobretudo pelas mídias digitais. Nesse sentido, resta inegável a contribuição de Han para a interpretação da sociedade global e das questões atinentes a ela, bem como para a verificação da atualidade ou não dos predicados político-filosóficos de Carl Schmitt.

A sociedade do cansaço distingue-se, em suas bases, da sociedade disciplinar estudada pelo filósofo francês Michel Foucault. Enquanto a sociedade disciplinar é uma sociedade marcada pela negatividade, a sociedade do cansaço é representada pela positividade. A primeira reconhece um paradigma imunológico, promovido pela negatividade do outro, o qual “não se coaduna com o processo de globalização”⁶⁶, característico da segunda: a sociedade positiva. Essa, por sua vez, não admite qualquer sentimento negativo⁶⁷, e o excesso de positividade faz surgir novas formas de violência e de poder, bem mais eficientes que a negatividade do dever, próprio da sociedade disciplinar⁶⁸. Além disso, “seus sujeitos não se chamam mais ‘sujeitos da

62 Ibid, p.161-162

63 Ibid, p.162

64 Ibid, p.193

65 Ibid, p.194

66 HAN, Byung-Chul. **Sociedade do Cansaço**; tradução de Enio Paulo Giachini. 2ª Edição. Petrópolis-RJ. Vozes, 2019. p.13

67 HAN, Byung-Chul. **Sociedade da Transparência**; tradução de Enio Paulo Giachini. 1ª Edição. Petrópolis-RJ. Vozes, 2016. p.18

68 HAN, Byung-Chul. **Sociedade do Cansaço**; tradução de Enio Paulo Giachini. 2ª Edição. Petrópolis-RJ. Vozes, 2019. p.25

obediência', mas sujeitos do desempenho e produção"⁶⁹. Han chega a concluir que: "Poderíamos também dizer que precisamente o esforço exagerado por maximizar o desempenho afasta a negatividade, porque essa atrasa a aceleração"⁷⁰.

Essas novas faces de violência positiva estão estreitamente ligadas aos adoecimentos neurais característicos do século XXI, como a depressão, o transtorno de déficit de atenção com hiperatividade (TDAH) e a síndrome do *burnout* (síndrome do esgotamento profissional)⁷¹. Trata-se de uma "violência *sistêmica* inerente à sociedade de desempenho, que produz *infartos psíquicos*"⁷². Resulta, dessa maneira, em uma sociedade da positividade, do desempenho e, por fim, do cansaço, que leva ao infarto da alma⁷³.

Esse fenômeno é congênere ao neoliberalismo, um sistema muito inteligente, pois constata que "[e]xplorar alguém contra sua vontade não é eficiente, na medida em que torna o rendimento muito baixo. É a exploração da liberdade que produz o maior lucro"⁷⁴, não permitindo que emergja qualquer resistência ao sistema⁷⁵. Segundo o filósofo sul-coreano, o neoliberalismo carrega o discurso da busca pela liberdade máxima dos indivíduos e deixa a cargo de cada um o controle sobre a sua jornada de trabalho.

A ilusória liberdade neoliberal deixa oculta, contudo, a coerção invisível presente na vida de cada um: o poder-liberdade. A incessante concorrência criou correntes invisíveis que exercem sobre cada sujeito um poder ainda mais meticuloso que o existente na sociedade disciplinar. "Esse sentimento de liberdade se instaura na passagem de uma forma de vida à outra até que esta também se mostre como um modo de coerção. Assim, uma nova forma de submissão sucede à libertação. É esse o destino do sujeito, que literalmente significa 'estar submetido'"⁷⁶. O sujeito da sociedade neoliberal, crendo-se livre, oferece, portanto, menos resistência a essa nova forma de coerção: o poder-liberdade.

2.2. A SOCIEDADE DA TRANSPARÊNCIA E O ENXAME DIGITAL

De acordo com Byung-Chul Han, "[n]os dias atuais não há mote que domine mais o discurso público do que o tema da transparência"⁷⁷. Segundo essa opinião dominante, há uma conexão direta entre transparência e liberdade de informação. Contudo, quem relaciona a transparência apenas à corrupção e à liberdade de informação "desconhece seu real alcance. Ela é uma coação *sistêmica* que abarca todos os processos sociais, submetendo-os a uma modificação profunda"⁷⁸.

69 Ibid, p.23

70 Ibid, p.56

71 Ibid, p.20-21

72 Ibid, p.27

73 Ibid, p.71

74 HAN, Byung-Chul. **Psicopolítica - O neoliberalismo e as novas técnicas de poder**; tradução de Maurício Liesen. 1ª Edição. Frankfurt am Main. Editora Ayune, 2018. p.11-12

75 Ibid, p.16

76 Ibid, p.9

77 HAN, Byung-Chul. **Sociedade da Transparência**; tradução de Enio Paulo Giachini. 1ª Edição. Petrópolis-RJ. Vozes, 2016. p.9

78 Ibid, p.10-11

Essa transparência exigida incessantemente dos políticos “é tudo menos uma demanda política”. Em nome dela, “[n]ão se reivindica a transparência para os processos políticos de decisão, nos quais nenhum consumidor está interessado”. Pelo contrário, o “imperativo da transparência serve, acima de tudo, para desmascarar ou expor a classe dos políticos, para transformar indivíduos em objetos de escândalo”⁷⁹. O sujeito que defende esse imperativo deixa de ser eleitor, para tornar-se espectador escandalizado.

Essa conjuntura é diametralmente oposta ao alicerce da esfera pública: o respeito. Onde o respeito desaparece, a esfera pública encontra sua decadência⁸⁰. Para Han, o “respeito pressupõe um olhar distanciado, um *pathos da distância*” e a “distância distingue o respectare do spectare”⁸¹. Contudo, a comunicação digital, a sociedade da transparência e o enxame digital destroem essa necessária distância.

Nesse sentido, Han chega a mencionar diretamente Schmitt: “De acordo com Carl Schmitt, o ‘postulado da publicidade’ possui seu adversário específico na ideia de que pertencem a toda e qualquer política arcanos, segredos técnico-políticos, que são tão necessários ao absolutismo como segredos de negócios empresariais são necessários para uma vida econômica baseada na propriedade privada e na concorrência”⁸².

Assim, viola-se o respeito devido à esfera pública, fator essencial para a estabilidade de qualquer Governo, segundo Schmitt. O protagonista desse processo é a comunicação digital, que consiste em uma descarga de afetos instantânea do enxame digital⁸³, incapaz de desenvolver um Nós político e, conseqüentemente, um poder decisivo⁸⁴.

O enxame digital, ao invés de propiciar a formação de um ímpeto questionador da ordem vigente, promove em cada indivíduo a necessidade de constantemente compartilhar informações, deixando de ser unicamente um consumidor de notícias, para se tornar um criador de conteúdo. Dessa maneira, desenvolve-se um sentimento de liberdade, coincidente com a sociedade neoliberal, que tem como imperativo a liberdade máxima dos indivíduos e que, ao mesmo tempo, deixa oculta a coerção proveniente dessa própria liberdade.

2.3. O BINÔMIO PODER-COERÇÃO E PODER-LIBERDADE

Carl Schmitt desenvolve sua teoria política imerso na sociedade disciplinar, fato que torna seus predicados, em parte, temporais, por serem limitados ao paradigma da negatividade exercida pelo outro, o inimigo. Trata-se, pois, de um

79 HAN, Byung-Chul. **Psicopolítica - O neoliberalismo e as novas técnicas de poder**; tradução de Maurício Liesen. 1ª Edição. Frankfurt am Main. Editora Ayune, 2018. p.21-22

80 HAN, Byung-Chul. **No Enxame: perspectivas do digital**; tradução de Lucas Machado. 1ª Edição. Petrópolis-RJ. Vozes, 2018. p.12

81 Ibid, p.11

82 HAN, Byung-Chul. **Topologia da Violência**; tradução de Enio Paulo Giachini. 1ª Edição. Petrópolis-RJ. Vozes, 2017. p.207 – op. cit. SCHMITT, C. *Römischer Katholizismus und politische Form*. Stuttgart, 2008, p. 48.

83 HAN, Byung-Chul. **No Enxame: perspectivas do digital**; tradução de Lucas Machado. 1ª Edição. Petrópolis-RJ. Vozes, 2018. p. 15

84 Ibid, p.27

sistema imunológico-viral de alteridade. Entretanto, a “violência da positividade não pressupõe nenhuma inimizade”. O sujeito habita “o espaço livre de negatividade do igual, onde não se dá nenhuma polarização entre inimigo e amigo, interior e exterior ou entre próprio e estranho”⁸⁵.

A política da identidade schmittiana possui um efeito estabilizante, “pois todas as energias conflitivas partem do si-mesmo para o outro, e, assim, são externalizadas”, formando identidade⁸⁶. Contudo, a “violência *cortante* da decisão e exclusão, que deve seu rigor também ao ‘caráter’, não se coaduna com a sociedade do desempenho atual”⁸⁷.

Como mencionado, a sociedade do cansaço não é dominada pelo esquema imunológico *amigo/inimigo*. A sociedade do desempenho é marcada pela concorrência econômica e, “[c]omo diz Schmitt, o ‘concorrente’ não é um inimigo”; enquanto isso, “[n]a inimizade, ao contrário, não está em questão coisa alguma, mas a própria existência”⁸⁸. Assim, o sujeito do desempenho desonera-se da negatividade e da fricção que o outro produz, e emerge-se no espaço virtual, o qual “oferece pouquíssima resistência vinda de um outro”⁸⁹. O ápice dessa inexistência de resistência consiste no fato de que a concorrência característica do sujeito do desempenho é narcísica e autorreferente, não havendo, inclusive, a negatividade do outro nessa relação de concorrência⁹⁰: o sujeito do desempenho concorre consigo mesmo até os limites de sua força psíquica.

Nesse sentido, Han aponta uma possível solução: “Para se libertar da roda de hamster, que gira cada vez mais rápido ao redor de *si mesma*, seria necessário restabelecer a relação com o *outro*, e quiçá para além do esquema amigo/inimigo schmittiano, ligado à violência da negatividade”⁹¹.

O modelo amizade-inimizade schmittiano mostra-se insuficiente para clarificar a complexidade de outro fenômeno extremamente presente na sociedade neoliberal do cansaço: o poder-liberdade.

Han argumenta que o poder não é oposto à liberdade, e que é “a liberdade que diferencia o poder da violência ou da coerção”⁹². Assim sendo, a coerção “consiste em impor suas próprias decisões *contra* a vontade do outro”, com pouca mediação e com uma concepção passiva do ego⁹³. Entretanto, quando se considera o ego como um ser capaz de tomar decisões, de maneira ativa, essa relação torna-se mais complexa, pois o alter poderoso deve integrar a decisão do ego de maneira igualmente ativa, levando o ego a executar o ato premeditado pelo alter “como seu *próprio* ato, em

85 HAN, Byung-Chul. **Sociedade do Cansaço**; tradução de Enio Paulo Giachini. 2ª Edição. Petrópolis-RJ. Vozes, 2019. p.19

86 HAN, Byung-Chul. **Topologia da Violência**; tradução de Enio Paulo Giachini. 1ª Edição. Petrópolis-RJ. Vozes, 2017. p.96

87 Ibid, p.97

88 Ibid, p.99

89 Ibid, p.100

90 Ibid, p.101

91 Ibid, p.102

92 HAN, Byung-Chul. **O que é poder?**; tradução de Gabriel Salvi Philipson. 1ª Edição. Petrópolis-RJ. Vozes, 2019. p.23

93 Ibid, p. 12

vez de meramente *sofrê-las* [as ações do poder] passivamente⁹⁴. Assim, o ego obtém uma sensação de liberdade, ampliando o caráter de mediação dessa relação e tornando-a muito mais estável, rápida e eficaz.

Assim, o poder deixa de ser coerção para se tornar a livre vontade do outro: a liberdade do ego e a do alter coincidem e o poder não precisa dar mostras de si. Segundo Han, o poder será tanto mais poderoso quanto mais silenciosamente ele atuar: “Onde ele precise dar mostras de si, é porque já está enfraquecido”⁹⁵. Por isso, a “técnica de poder do regime neoliberal assume uma forma sutil, flexível e inteligente, escapando a qualquer visibilidade”⁹⁶, utilizando-se das mídias digitais, que potencializam esse sentimento de liberdade.

2.4. SHITSTORM DA REDE E SOBERANIA

A inegável capacidade propagadora das mídias sociais cria um fenômeno característico da sociedade da transparência, estreitamente relacionado com a violência anônima do poder-liberdade: o *shitstorm* da rede. Lucas Machado, o tradutor da obra “No enxame” de Han, conceitua *Shitstorm* como “o termo usado para descrever campanhas difamatórias de grandes proporções na internet contra pessoas ou empresas, feitas devido à indignação generalizada com alguma atitude, declaração ou outra forma de ação tomada por parte delas”⁹⁷. O *shitstorm* tem causas múltiplas e só “é possível em uma cultura de falta de respeito e de indiscrição”⁹⁸: uma sociedade do *spectare*.

Essas “ondas de indignação são eficientes em mobilizar e compactar a atenção”, mas “[p]or causa de sua fluidez e volatibilidade elas não são, porém, apropriadas para organizar o discurso público, a esfera pública”; são “incontroláveis, incalculáveis, inconstantes, efêmeras” e incapazes de formar uma unidade política e de tomar uma decisão, nos termos de Schmitt. Falta ao *shitstorm* a estabilidade, a constância e a continuidade que são indispensáveis para o discurso público⁹⁹. “Ele se infla no espaço que é fracamente ocupado pelo poder e pela autoridade” e surge frequentemente “em vista de acontecimentos que têm muito pouca relevância social ou política”¹⁰⁰.

Han considera que, em nossa sociedade, “não se forma comunidade em sentido enfático”; há somente ajuntamentos e agrupamentos de diversos indivíduos isolados que perseguem momentaneamente um interesse comum ou que agrupam em torno de uma bandeira. “Distinguem-se de reuniões que teriam condições de formar um nós, de estabelecer um comércio comum, político”¹⁰¹. Por conta disso, não está em

94 Ibid, p. 100

95 Ibid, p. 9 e 10

96 HAN, Byung-Chul. **Psicopolítica – O neoliberalismo e as novas técnicas de poder**; tradução de Maurício Liesen. 1ª Edição. Frankfurt am Main. Editora Ayune, 2018. p.26

97 HAN, Byung-Chul. **No Enxame: perspectivas do digital**; tradução de Lucas Machado. 1ª Edição. Petrópolis-RJ. Vozes, 2018. p.14 (pé de página)

98 Ibid, p.15

99 Ibid, p.21

100 Ibid, p.22

101 HAN, Byung-Chul. **Sociedade da Transparência**; tradução de Enio Paulo Giachini. 1ª Edição. Petrópolis-RJ. Vozes, 2016. p.114

condições de colocar em questão a *relação de poder* dominante. Eles se lançam apenas a *pessoas* individuais, embaraçando-as ou escandalizando-as¹⁰², sem qualquer fundamento político: trata-se unicamente de um barulho comunicativo.

Os *shitstorms* têm a capacidade de influenciar no processo político unicamente no sentido de desestabilizar a figura de determinados indivíduos, potencialmente ligados a funções públicas. Nesse sentido, pode tornar-se uma arma de influência social no processo político. Em vista desse fenômeno, Han propõe uma redefinição do conceito de soberania schmittiana: “Soberano é quem consegue produzir um silêncio absoluto, eliminar todo barulho, trazer todos ao silêncio de um golpe só”¹⁰³, culminando na definição absoluta de Han, segundo a qual o “Soberano é quem dispõe do *shitstorm* da rede”¹⁰⁴.

Essa estrutura do soberano revela uma questão central na concepção de poder de Byung-Chul Han: o detentor do *shitstorm* vê seu ego – sua vontade – ter continuidade na vontade (no alter) dos consumidores das mídias sociais, que são diretamente afetados pelos *shitstorms*, e que, de maneira ativa, tomam essa vontade externa como motivação interna.

Essa força que ele detém sobre a decisão livre dos indivíduos denota o poder invisível (poder-liberdade) que os detentores dos *shitstorms* exercem sobre a sociedade civil, podendo até alterar o curso das decisões e eleições políticas. Isso ocorre, principalmente, devido à exposição de estratégias/arcanos, consequência do discurso que torna a liberdade de informação um imperativo para o “fazer político”. Assim, edifica-se uma sociedade da transparência, marcada pelos *shitstorms* e por um novo modelo de soberania.

3. O FENÔMENO DAS FAKENEWS

Byung-Chul Han apresenta, em sua vasta obra, uma ampla interpretação da sociedade do cansaço, do desempenho e da transparência, algumas das facetas de nossa sociedade, marcada pelas mídias digitais. Nesse contexto, “informações são produzidas, enviadas e recebidas” sem serem “dirigidas e filtradas por meio de mediadores”¹⁰⁵. O soberano, que detém o *shitstorm*, encontra como meio de exercer seu poder unicamente na produção de um silêncio absoluto, na eliminação de todo barulho produzido pelo *shitstorm*. Não se trata, portanto, de formar ativamente uma onda de indignação, mas de reduzi-la.

Essa premissa reside no fato de que “[u]ma essência inorgânica até pode possuir uma estrutura centralizada”, ou seja, um ou mais agentes criadores, mas “não desenvolve uma estrutura de poder, pois não está animada pela subjetividade, pois não possui interioridade”¹⁰⁶. As ondas de indignação podem ser baseadas em notícias

102 HAN, Byung-Chul. **No Enxame: perspectivas do digital**; tradução de Lucas Machado. 1ª Edição. Petrópolis-RJ. Vozes, 2018. p.31

103 Ibid, p.19

104 Ibid, p.20

105 Ibid, p.35

106 HAN, Byung-Chul. **O que é poder?**; tradução de Gabriel Salvi Philipson. 1ª Edição. Petrópolis-RJ. Vozes, 2019. p. 109

verdadeiras ou falsas: no segundo caso, encontra-se o amplamente conhecido fenômeno das *fake news*. Não se trata, então, de uma estrutura de poder, mas de uma perturbação comunicativa.

Para otimizar a comunicação dessas notícias, utiliza-se, como matéria-prima, as emoções¹⁰⁷, que “formam o nível pré-reflexivo, semiconsciente e corporalmente impulsivo da ação, do qual frequentemente não se tem consciência de forma expressa”¹⁰⁸. Assim, o poder-liberdade utilizado nesse processo não é mais biopolítico, mas psicopolítico.

Os *big data* podem se tornar um instrumento extremamente eficiente nesse sentido, pois permitem “alcançar um conhecimento abrangente sobre as dinâmicas da comunicação social” e “intervir na psique”, tornando-se um conhecimento de dominação capaz de “influenciá-la [a psique] em um nível pré-reflexivo”. Com isso, o inconsciente coletivo ficaria acessível e anunciar-se-ia “o fim da pessoa e do livre-arbítrio”¹⁰⁹.

“Apesar de sua presença forte na política, as mídias enquanto tal [ainda] não têm poder em sentido autêntico”, já que lhes falta “uma estrutura intencional explícita”. Segundo Han, o “espaço das mídias é difuso e disperso demais”, e em “sua totalidade, não são comandadas por um agente ou instituição determinados”¹¹⁰.

Por conseguinte, cria-se um dilema: os *big data* podem se tornar um instrumento de previsibilidade das ações e decisões humanas, enquanto coletividade; contudo, essa previsão é relativa, pois não é capaz, por hora, de antever com certeza as consequências e os limites da propagação de notícias, verdadeiras ou *fakes*, veiculadas por *shitstorms*.

CONCLUSÕES

As estruturas sociais foram profundamente alteradas a partir das décadas de 1980 e 1990, com o advento do neoliberalismo e, posteriormente, das mídias digitais. Esse fato reconfigurou a sociedade disciplinar – contexto de produção teórica de Carl Schmitt – em uma sociedade do desempenho – analisada por Byung-Chul Han.

Enquanto a primeira era marcada pela negatividade, representada pelo outro, o inimigo, o estranho; na segunda, torna-se presente o excesso de positividade e a consequente negação da negação do outro. Assim, o sistema bio-imunológico do paradigma amizade-inimizade schmittiano não representa mais a realidade do século XXI.

Contudo, as preocupações de Schmitt relativas à deterioração da unidade política e à incapacidade de se criar uma vontade conjunta e decisões políticas efetivas

107 Ibid, p.67

108 Ibid, p.68

109 HAN, Byung-Chul. **Psicopolítica – O neoliberalismo e as novas técnicas de poder**; tradução de Maurício Liesen. 1ª Edição. Frankfurt am Main. Editora Ayune, 2018. p.23

110 HAN, Byung-Chul. **O que é poder?**; tradução de Gabriel Salvi Philipson. 1ª Edição. Petrópolis-RJ. Vozes, 2019. p. 141

revelam-se extremamente atuais, devido à volatilidade das ondas de indignação das mídias sociais. Essas apresentam-se inapropriadas para organizar o discurso público, por serem incontrolláveis, incalculáveis, inconstantes, efêmeras e incapazes de formar um *nós* político. Destarte, não há maneira de resistir ao sistema por ações nas mídias digitais.

Ademais, o jurista alemão reconhece a necessidade do respeito (*respectare*) na esfera pública, principalmente no que tange às estratégias/arcanos políticos. Esse preceito, essencial para a estabilidade político-institucional, é reconhecido enquanto tal por Han, que explicita os efeitos maléficos do *spectare*, presente na sociedade da transparência.

Assim sendo, a adaptação do conceito de soberania política schmittiana, proposta por Byung-Chul Han, evidencia-se mais adequada à realidade social do século XXI: “Soberano é quem dispõe do *shitstorm* da rede”.

Conforme mencionado, essa disposição sobre as ondas de indignação – que veiculam notícias falsas, em muitos casos – não corresponde à capacidade plena de formar um *shitstorm*, visto que esse não tem o elemento subjetivo-intencional e é extremamente volátil e imprevisível. Trata-se, pois, de um poder de silenciar o barulho gerado pelo *shitstorm*, ao valer-se do poder-liberdade dos indivíduos envolvidos.

Portanto, nesse sentido, apresenta-se um paradoxo relativo à capacidade de orientar a propagação de *fake news* por *shitstorms*: sabe-se que a comunicação digital apoia-se em uma estrutura pré-reflexiva das emoções, a qual, por hora, resta inacessível e imprevisível. Contudo, os *big data* fornecem uma possibilidade de compreensão das dinâmicas da comunicação social e, conseqüentemente, de intervenção na psique, em nível pré-reflexivo.

Assim sendo, se essa tecnologia mostrar-se capaz de intervir ativamente no processo de dispersão de *shitstorms*, até então inacessível, poder-se-á atribuir-lhe uma estrutura intencional explícita, o que resultaria no fim da pessoa e do livre-arbítrio, nos termos de Byung-Chul Han.

REFERÊNCIAS

- BERCOVICI, Gilberto. Carl Schmitt e a tentativa de uma revolução conservadora. In: ALMEIDA, Jorge de; BADER, Wolfgang (org.). **Pensamento alemão do século XX: grandes protagonistas e recepção no Brasil**, volume 1. 1ª Edição. São Paulo: Cosac Naify, 2009. p. 67-96.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos**; organizado por Michelangelo Bovero; Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. 1ª Edição. Rio de Janeiro. Campus, 2000.
- HAN, Byung-Chul. **No Enxame: perspectivas do digital**; tradução de Lucas Machado. 1ª Edição. Petrópolis-RJ. Vozes, 2018.
- HAN, Byung-Chul. **O que é poder?**; tradução de Gabriel Salvi Philipson. 1ª Edição. Petrópolis-RJ. Vozes, 2019.
- HAN, Byung-Chul. **Psicopolítica – O neoliberalismo e as novas técnicas de poder**; tradução de Maurício Liesen. 1ª Edição. Frankfurt am Main. Editora Ayune, 2018.

HAN, Byung-Chul. **Sociedade do Cansaço**; tradução de Enio Paulo Giachini. 2ª Edição. Petrópolis-RJ. Vozes, 2019.

HAN, Byung-Chul. **Sociedade da Transparência**; tradução de Enio Paulo Giachini. 1ª Edição. Petrópolis-RJ. Vozes, 2016.

HAN, Byung-Chul. **Topologia da Violência**; tradução de Enio Paulo Giachini. 1ª Edição. Petrópolis-RJ. Vozes, 2017.

SCHMITT, Carl. **La Defensa de la Constitución: estudio de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la constitución**; tradução de Manuel Sánchez Sarto. Edição. Barcelona. Labor, 1931.

SCHMITT, Carl. **Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty**; tradução de Geroge Schwab. Edição revisada. Chicago. The University of Chicago Press, 2005.

SCHMITT, Carl. **The concept of the political**; tradução de Geroge Schwab. Edição ampliada. Chicago. The University of Chicago Press, 2007.

artigos
científicos

**THE INSERTION OF ARBITRATION IN PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIP
ADMINISTRATIVE CONTRACTS AND THE ATTRACTION OF POST-PANDEMIC
INVESTMENTS**

**A INSERÇÃO DA ARBITRAGEM EM CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE
PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA E A ATRAÇÃO DE INVESTIMENTOS PÓS-
PANDEMIA**

Claudemir Fonseca Junior¹
claudemirfonsecajunior@gmail.com

Eveline Denardi²
evelinedenardi@uol.com.br

Recebido/Received: 03.03.2021/ March 3rd, 2021.
Aprovado/Approved: 26.05.2021/ May 26th, 2021.

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo verificar a utilização da Arbitragem pela Administração Pública para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis pós-pandemia. Questiona-se quais seriam os direitos disponíveis da Administração uma vez que, em regra, o interesse público é indisponível. Assim, será demonstrado que a Administração Pública é autorizada a utilizar-se da arbitragem, além de possuir direitos patrimoniais disponíveis. O método de pesquisa utilizado é o dedutivo e a pesquisa se desenvolve por meio de consultas aprofundadas a doutrinas nacionais e internacionais, leis e jurisprudência.

Palavras-chave: Arbitragem. Administração Pública. Direitos patrimoniais disponíveis. Procedimento arbitral.

ABSTRACT

The present work aims to verify the use of Arbitration by the Public Administration to resolve its conflicts related to available patrimonial rights after the pandemic. It is questioned what the Administration's available rights would be, since, as a rule, the public interest is unavailable. Thus, it will be demonstrated that the Public Administration is authorized to use arbitration, as well as having available equity rights. The research method to be used is the deductive one, starting from a larger premise to, in the end, reach a specific conclusion. The research will be developed

1 Graduação em Direito pela Universidade de Mogi das Cruzes/SP (UMC). Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Escola Paulista de Direito (EPD/SP). Mestrando em Direito pela Escola Paulista de Direito (EPD/SP). Licenciado no Programa Especial para Docentes com Licenciatura Plena em História pela Iseed Faved Faculdades (MG). Atualmente é professor na Escola Nacional de Seguros (ENS/SP), na disciplina de Direito e legislação de Seguros. Atua como professor na Escola de Educação Permanente Hospital das Clínicas do Estado de São Paulo – FMUSP (CeFACS - InCor Fundação Zerbini). Advogado militante com ampla vivência em departamentos jurídicos de empresas de grande porte, com atuação nas áreas: Contratuais, Preventiva, Societário, Licitações, Contencioso de Massa (gestão processual), Compliance, Auditoria, Processo de *duediligence* e Controles Internos.

2 Docente na Escola Paulista de Direito (EPD), no programa de mestrado em Soluções Extrajudiciais de Conflitos Empresariais, disciplina Metodologia de Pesquisa e Ensino do Direito e na Fundação Instituto de Administração (FIA), nos cursos de MBA e pós-graduação lato sensu em Gestão de Fraudes e Compliance, disciplina Metodologia de Desenvolvimento de Projetos. Pesquisadora do CNPq pelo Núcleo Dignidade Humana e Garantias Fundamentais na Democracia, da Faculdade de Direito da PUC-SP. Consultora acadêmica para a elaboração de textos científicos e revisora técnica-profissional neste segmento. Doutora (2012) e Mestre (2008) em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) com as pesquisas "A responsabilidade do jornalista – aspectos jurídicos e éticos" e "O direito constitucional ao sigilo na relação entre jornalistas e fontes de informação", respectivamente. Graduada em Direito (2004) e em Jornalismo (1998), ambas pela PUC-SP. Foi Diretora da Divisão de Comunicação Institucional da PUC-SP (onde trabalhou por 15 anos) e Coordenadora do editorial jurídico da Editora Saraiva (durante 6 anos).

through research on doctrines, laws and jurisprudence, as well as specialized websites on the internet.

Keywords: Arbitration. Public administration. Available patrimonial rights. Arbitration procedure.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO; 2 CONCEITO DE ARBITRAGEM E DIFERENÇA CONCEITUAL ENTRE DIREITOS PATRIMONIAIS DISPONÍVEIS E INDISPONÍVEIS; 2.1 Casos de repercussão anteriores à vigência da Lei de Arbitragem; 2.2 Evolução legislativa da arbitragem – Leis n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, e 13.129, de 26 de maio de 2015; 3 INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS PATRIMONIAIS DISPONÍVEIS DE ACORDO COM A LEI n. 13.129/2015; 4 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA EFICIÊNCIA E DA PUBLICIDADE SEGUNDO A LEI DE ARBITRAGEM; 4.1 Princípio da eficiência e a arbitragem; 4.2 Princípio da publicidade e a arbitragem; 5 ARBITRAGEM VERSUS JURISDIÇÃO ESTATAL NO ÂMBITO DO DIREITO PÚBLICO; 6 IMPACTOS DA PARALISAÇÃO COM AS OBRAS PÚBLICAS; 7 RETOMADA DA ECONOMIA PÓS-PANDEMIA – A ARBITRAGEM COMO FACILITADORA DE CAPTAÇÃO DE RECURSOS EXTERNOS; 8 CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

A partir da evolução da sociedade, muitas formas adequadas de resolução de conflitos foram sendo criadas e, dentre elas, a arbitragem. A busca e a utilização desse método adequado e eficaz de resolução de conflito estão se tornando cada vez mais popular na sociedade brasileira. No entanto, no Brasil, ainda existe uma grande resistência à utilização desse procedimento em razão da nossa cultura superestimar o Poder Judiciário.

Neste sentido, a arbitragem permaneceu adormecida no Brasil por várias décadas, percorrendo como instituto permanente no ordenamento jurídico apenas após a edição da Lei n. 9.307/1996.

Em linhas gerais, veremos ao longo do artigo que a arbitragem é um meio adequado de solução de conflitos, privado, que é regido por árbitros escolhidos previamente pelas partes. Estes árbitros terão a condição de resolver as controvérsias relativas a direitos patrimoniais disponíveis, tudo conforme o procedimento firmado pelas partes. Especificamente em relação à administração pública, em 2015 a legislação arbitral foi alterada pela Lei n. 13.129/2015, trazendo grandes e importantes avanços ao instituto da arbitragem no âmbito público, como veremos a seguir.

A grande questão, no momento, é delimitar com clareza o que é patrimônio disponível para a administração pública e quais os seus desdobramentos no procedimento vinculado a arbitragem.

Em linhas gerais, o grande desafio do artigo em tela é enfrentar os pontos nevrálgicos deste complexo assunto, demonstrando por várias vias que, no momento de retomada da economia em virtude da pandemia mundial do Coronavírus, a inclusão da cláusula compromissória nos contratos administrativos pode se tornar um componente importante para o aquecimento da economia.

Pretende-se demonstrar, ainda, quais os efeitos e as vantagens em adotar a arbitragem em temas, nos quais uma das partes seja a administração pública.

Por fim, serão desenvolvidos ao longo do artigo argumentos capazes de demonstrar que a arbitragem – como meio adequado de resolução de conflitos – pode funcionar de forma ágil e eficaz em diversos momentos da relação jurídica.

2. CONCEITO DE ARBITRAGEM E DIFERENÇA CONCEITUAL ENTRE DIREITOS PATRIMONIAIS DISPONÍVEIS E INDISPONÍVEIS

A arbitragem é uma técnica adequada ao sistema jurídico fornecido pelo Estado para dirimir conflitos cuja essência é contratual. Para sua existência deve ser observada a condição do princípio da autonomia da vontade, o qual resulta da vontade de ambas as partes, ou seja, uma espécie de negócio jurídico de natureza bilateral.

Destarte, ambas as partes do negócio jurídico não de querer eleger a arbitragem como seu meio de solução de conflito eventual/futuro ou já instalado. Conflitos relacionados a questões cada vez mais complexas e que necessitam de agilidade – qualidade que está longe de ser encontrada no sistema de justiça exercido pelo Estado, embora seja um princípio assegurado pela Constituição Federal de 1988. Atualmente, não há um acompanhamento do sistema implantado pelo Estado para dirimir conflitos necessários num mundo extremamente veloz como o atual.

Para firmar a arbitragem é preciso observar a diferença de eventual conflito ou de conflito já ocorrido, o que será diferenciado na cláusula arbitral e no compromisso arbitral – ambos serão melhor analisados oportunamente.

Dentre as principais diferenças envolvendo o processo judicial e a arbitragem, citamos o fato de ela não ser administrada pelo Estado, mas por uma Câmara de Arbitragem, um fórum privado, cujas vantagens e desvantagens serão analisadas oportunamente no que diz respeito aos temas envolvendo a administração pública. Neste momento, é importante destacar que a arbitragem está equiparada a uma sentença extrajudicial, portanto, podem ser executada como título executivo extrajudicial.

Sobre o tema, Carlos Alberto Carmona esclarece: “a arbitragem é um meio extrajudicial de solução de controvérsias, colocada à disposição de quem quer que seja para solução de conflitos que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis”³.

3 CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um Comentário à Lei n. 9.307/96**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 31.

Entretanto, existe uma delimitação ao uso da arbitragem. Ela não surgiu para substituir o monopólio do Estado na solução de conflitos, mas como uma alternativa ao sistema estatal em determinadas matérias, todas definidas no artigo 1º da Lei n. 9.307/1996: “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a **direitos patrimoniais disponíveis**” (grifo nosso).

A diferença conceitual entre direitos patrimoniais disponíveis (meramente patrimoniais) e indisponíveis é significativa. Este se refere a direitos protegidos por leis, não podem ser negociados, violados, nem são passíveis de o titular abrir mão deles. Em resumo, são irrenunciáveis por sua própria natureza. Na esfera pública, são bens utilizados efetivamente pelo Estado, que possuem uma finalidade específica a qual lhe fora atribuída pela Constituição Federal de 1988, como os bens de uso especial, a exemplo dos hospitais públicos.

Por sua vez, os bens materiais disponíveis são aqueles os quais as partes podem deles dispor, alienar, usar, transferir, vender, ou seja, utilizá-los sem restrições. Se não forem utilizados para a prestação de serviço estritamente público, os bens dominicais, por sua vez, são alienáveis. O Código Civil, em seu artigo 101, dispõe que podem ser alienados, observadas as exigências da lei – portanto, terão essa qualidade, de bens patrimoniais disponíveis.

2.1. CASOS DE REPERCUSSÃO ANTERIORES À VIGÊNCIA DA LEI DE ARBITRAGEM

Um dos primeiros casos envolvendo a arbitragem no direito público foi o caso Lage, de 1973 (STF AI 52.181/GB⁵), resultado de uma incorporação ao patrimônio nacional de bens e direitos das empresas da Organização Lage, por conta do estado de guerra declarado em 1942. Esse caso é apontado como precedente pelos que defendem a arbitrabilidade dos litígios da administração pública, mas, em verdade, destaca-se pela excelência do voto do relator, Ministro Bilac Pinto. Sua fundamentação deriva diretamente da concepção de que a arbitragem se institui por força do mútuo consenso das partes em conflito. É certo que o Estado pode celebrar compromisso arbitral, valendo-se de sua capacidade para contratar. O acórdão ressaltou que o juízo arbitral em questão não fora criado pelo Decreto Lei n. 9.521/1946, mas pelo mútuo acordo das partes em conflito, como é da essência da arbitragem.

2.2. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DA ARBITRAGEM – LEIS N. 9.307, DE 23 DE SETEMBRO DE 1996, E 13.129, DE 26 DE MAIO DE 2015

Em princípio é pertinente esclarecer que mesmo antes da publicação das Leis n. 9.307/1996 e n. 13.129/2015, algumas leis já previam o uso de mecanismos privados

4 BRASIL. **Lei Ordinária n. 9.307**, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm. Acesso em: 26 jun. 2020.

5 Supremo Tribunal Federal (STF). Agravo de Instrumento. Negado provimento ao recurso. Acórdão n. AI 52181 GB. Relator: Bilac Pinto. 14 de novembro de 1973.

de resolução de disputas, suprimindo a omissão da Lei n. 8.666/1993. É o caso do artigo 23-A da Lei n. 8.987/1995⁶, do artigo 11, III e da Lei n. 11.079/2004⁷, além de normas contidas nas leis sobre telecomunicações, transportes aquaviários e terrestres e energia elétrica, dentre outras. Neste sentido, aos 29 de setembro de 1996, entrou em vigor a Lei n. 9.307/1996, dispondo sobre a arbitragem.

Em linhas gerais, à época da publicação da lei, o art. 1º, trazia a seguinte redação: “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

Importante destacar que a Lei n. 9.307 não autorizou nem proibiu o emprego da arbitragem pela administração pública, mas o seu artigo 1º é bastante genérico ao estabelecer que: “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”⁸. Este último requisito gerou controvérsias sobre a possibilidade ou não de uso de arbitragem pela administração pública.

A situação causou muita discussão entre os administrativistas, uma vez que estava sendo desrespeitado o princípio da legalidade estrita. Nesse contexto, a Administração deve se limitar aos ditames da lei, não podendo por meio de simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações. Para essa finalidade, depende de prévia edição legal.

Neste particular, a Lei n. 13.129/2015 resolveu a controvérsia quanto ao cabimento ou não de cláusula compromissória nos contratos administrativos em geral, mencionando expressamente no § 1º que as: “[...] administração pública direta e indireta poderão utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”⁹.

3. INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS PATRIMONIAIS DISPONÍVEIS DE ACORDO COM A LEI N. 13.129/2015

A Lei n. 13.129/2015 resolveu a controvérsia quanto ao cabimento ou não do juízo arbitral para resolver os conflitos da administração. Foi permitido, de forma ampla, que a Administração Pública direta e indireta pudesse utilizar o juízo arbitral para dirimir seus conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Observa-se a redação do artigo 1º, da Lei n. 13.129/2015:

6 BRASIL. **Lei n. 8.987**, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm. Acesso em: 08/02/2021.

7 BRASIL. **Lei n. 11.079**, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Acesso em: 08/02/2021.

8 BRASIL. **Lei Ordinária n. 9.307**, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm. Acesso em: 26 jun. 2020.

9 BRASIL. **Lei n. 13.129**, de 26 de maio de 2015. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13129.htm. Acesso em: 08/02/2021.

Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§ 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§ 2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações.¹⁰

Verifica-se que o art. 1º, § 1º, concede autorização genérica de maneira que não existe mais dúvidas quanto à possibilidade de se resolver, por arbitragem, todos os litígios da Administração Pública direta e indireta. Por sua vez, cumpre esclarecer que o § 2º dispõe que a autoridade ou o órgão competente para celebrar a convenção de arbitragem também o é para realizar acordos ou transações. O dispositivo visa assegurar a segurança jurídica, ao esclarecer que, em relação a antes da Administração Pública, poderá firmar a cláusula compromissória ou compromisso arbitral quem for autorizado para celebrar acordos. Portanto, caberá ao contratante privado verificar sempre se está contratando com quem tem poderes para tanto, para inclusive se fazer valer da convenção de arbitragem.

Neste contexto, Carlos Alberto Carmona acrescenta “são arbitráveis controvérsias relativas a matérias a respeito das quais o Estado não crie reserva específica por conta do resguardo dos interesses fundamentais da coletividade, e desde que as partes possam livremente dispor acerca do bem sobre que controvertem”¹¹.

Pelo entendimento acima, fica claro que, se não houver proibição expressa, e não se tratando de bens indisponíveis, não há óbice para a adoção de procedimento arbitral pela administração pública.

Neste sentido, Caio César Vieira Rocha endossa a possibilidade de a administração pública ser parte do procedimento arbitral:

Como se sabe, a administração pública age, por vezes, em nome próprio, isto é, em seu interesse secundário e, por vezes em nome do seu interesse primário. O interesse secundário é manifestamente instrumental e tem como finalidade permitir com que a Administração Pública cumpra com o objetivo de agir em nome e para o bem da coletividade. Em outras palavras, enquanto os interesses primários dizem respeito àqueles interesses que promovem e concretizam os valores eleitos pela sociedade como um todo – segurança, saúde, educação, transporte público, proteção ao meio ambiente etc – os secundários dizem respeito aos interesses patrimoniais do Estado e de suas entidades. Portanto, ainda que haja autorização legislativa para a Administração Pública optar pela via arbitral, será sempre necessário identificar caso a caso a natureza disponível do conflito¹².

10 BRASIL. **Lei n. 13.129**, de 26 de maio de 2015. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13129.htm. Acesso em: 08/02/2021.

11 CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um Comentário à Lei n. 9.307/96. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 54.

12 ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe (coord.). **Arbitragem e mediação**: a reforma da legislação brasileira. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 24.

Corroborando com o dito, segue pensamento de Luiz Antônio Scavone Junior:

Sustentam os administrativistas que a arbitragem nos contratos celebrados pela administração vincula-se à autorização legal e à existência de contrato regido pelo direito privado, como por exemplo, a locação de imóveis urbanos, em que a Administração figure como locatária. No caso de empresas públicas e sociedades de economia mista a autorização legal se resolve na medida que são equiparadas pelo código civil às pessoas jurídicas de direito privado quando exercem atividades típicas do direito privado e assumem estruturas de direito privado, submetendo-se ao mesmo regime das empresas privadas e conseqüentemente, autorizadas a dispor de seus direitos¹³.

Vale ressaltar que, a Administração Pública adotava a arbitragem para resolver seus conflitos muito antes de ser expressamente autorizada para isso. A Lei n. 8.987/1995, que regula os contratos de concessão, no seu artigo 23, XV, determina a utilização da via amigável de solução de conflitos, desde que, evidentemente, sejam respeitados os princípios da legalidade e do interesse público. O art. 23-A, da mesma Lei, prevê expressamente a possibilidade da arbitragem nos seguintes termos: “o contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para a resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa”¹⁴.

4. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA EFICIÊNCIA E DA PUBLICIDADE SEGUNDO A LEI DE ARBITRAGEM

Os princípios formam uma base dentro do direito administrativo. Segundo José Cretella Júnior, destacam-se: “[...] princípios de uma ciência são as proposições básicas, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturas subsequentes. Princípios, neste sentido, são os alicerces da ciência”¹⁵.

4.1. PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA E A ARBITRAGEM

O princípio da eficiência é genuinamente importante para a concretização da ideia de que a utilização da arbitragem tem como função a agilidade no deslinde da querela, fazendo com que o Poder Judiciário brasileiro funcione exclusivamente para causas que exijam a sua intervenção, ou seja, atue somente para resolver questões envolvendo direitos indisponíveis.

Diante de todas essas questões, pode-se afirmar que a arbitragem atende o princípio da eficiência. Nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro,

[...] o princípio apresenta-se sob dois aspectos, podendo tanto ser considerado em relação à forma de atuação do agente público, do qual

13 SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual de arbitragem, mediação e conciliação**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 54.

14 BRASIL. **Lei n. 8.987**, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm. Acesso em: 08/02/2021.

15 CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 25.

se espera o melhor desempenho possível de suas atuações e atribuições, para lograr os melhores resultados, como também em relação ao modo racional de se organizar, estruturar, disciplinar a administração pública, e também com o intuito de alcance de resultados na prestação do serviço público¹⁶.

Será demonstrado, em seguida, exemplo prático de uma questão solucionada através da arbitragem, ocasião em que será possível observar de forma clara a redução de custos no transcorrer do procedimento, o prazo para deslinde da questão, além da maior chance de assertividade ao exarar a sentença arbitral, pelo fato da prévia constituição de árbitros especialistas na questão discutida.

4.2. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE E A ARBITRAGEM

O princípio da publicidade, por sua vez, é alvo de inúmeros questionamentos, na medida em que a arbitragem tem como um dos seus componentes mais atrativos justamente a confidencialidade do seu procedimento, fator que se contrapõe diretamente ao princípio da publicidade. Buscaremos traçar sucintamente uma evolução da confidencialidade dentro da arbitragem, de forma a demonstrar que ainda que seja um ativo valioso para os procedimentos arbitrais em geral, há uma tendência generalizada de flexibilizar esta característica, sem que o instituto da arbitragem seja desqualificado. Desta maneira, pretende-se expor a maleabilidade do paradigma da confidencialidade em direção a uma maior transparência dos procedimentos arbitrais; e, a partir dessa transparência, o movimento para a publicidade em determinados casos.

Neste particular, é necessário indagar: como conciliar a arbitragem com os princípios da publicidade e da transparência? Enquanto no Poder Judiciário prevalece a regra da publicidade dos litígios que lhe são submetidos, a arbitragem conta com o sigilo do procedimento, de maneira que a lide não prejudique a imagem de uma das partes envolvidas. Como resolver essa sensível situação?

Acerca da indagação acima, objetiva-se demonstrar que a confidencialidade não possui esse caráter de essencialidade para a arbitragem. No Brasil, a Lei Geral de Arbitragem nada dispõe quanto ao regime da confidencialidade, porém, consta uma referência explícita ao dever de discrição dos árbitros (Lei Federal n. 9.307/1996, art. 13, § 6º): “No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição”¹⁷.

A legislação nacional consagrou a autonomia das partes, na medida em que deixou à sua livre escolha as regras essenciais do procedimento. E por isso, a despeito das principais câmaras de arbitragem do país disporem em seus regimentos sobre a confidencialidade dos litígios, nada impede que o acordo das partes afaste esta previsão, medida que satisfaz integralmente os princípios da publicidade.

¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 15.

¹⁷ BRASIL. **Lei Ordinária n. 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm. Acesso em: 26 jun. 2020.

Pode-se destacar uma franca evolução no quesito confidencialidade, relacionado a uma flexibilização dos seus efeitos na arbitragem em geral. Citamos, ainda as preocupações internacionais com a regra da confidencialidade que identificaram uma necessidade de aprimoramento do próprio instituto da arbitragem, enquanto mecanismo litigioso de resolução de conflitos. Pugna-se por maior transparência em prol da comunidade arbitral.

Entende-se que quando a arbitragem tenha por objeto uma lide envolvendo o Poder Público, a publicidade passou a ser exigida nos procedimentos em que a Administração Pública figure como parte. Esta exigência decorre da própria Constituição Federal, ao estabelecer o princípio da publicidade enquanto máxima a ser observada pelo Poder Público, especialmente nos contratos administrativos por ela elaborados. No âmbito infraconstitucional, a Lei de Acesso à Informação (Lei n. 12.527/2011¹⁸) visa ampliar os instrumentos de controle social por meio da divulgação de dados referentes ao Poder Público, embora ressalve o sigilo nos casos imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado (artigo 23). Ainda em relação ao sigilo de dados do Poder Público, o Decreto n. 7.724/2012 permite que a divulgação de dados de estatais exploradoras de atividade econômica tenha menor abrangência, com o intuito de assegurar sua competitividade e os interesses de seus acionistas.

Portanto, é possível sustentar que a arbitragem é conciliável com a transparência e com a publicidade. Nada torna a arbitragem em si menos adequada para lidar com operações de natureza público-privada e, conforme visto recentemente, de natureza tipicamente pública. Ao contrário, talvez seja o momento de se explorar melhor como demonstrar que as características inerentes a uma arbitragem podem ser a melhor saída para garantir respostas rápidas e precisas a novos questionamentos.

5. **ARBITRAGEM VERSUS JURISDIÇÃO ESTATAL NO ÂMBITO DO DIREITO PÚBLICO**

Acerca do funcionamento da Arbitragem na administração pública pretende-se demonstrar da forma mais prática possível seus mecanismos no que tange aos valores e plano temporal para o deslinde de uma questão.

Neste sentido, os casos envolvendo a administração pública submetidos à arbitragem, são valores extremamente vultosos e, em regra, referem-se a demandas envolvendo a construção civil ou telefonia, por exemplo.

São diversos os custos que podem incidir no processo arbitral, como taxas administrativas e honorários dos árbitros. Ante as peculiaridades do regime jurídico aplicável à Administração, é forte o entendimento doutrinário para que a cláusula

18 BRASIL. **Lei n. 12.527**, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da **Lei nº 8.159**, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 08/02/2021.

arbitral preveja que o pagamento dos custos do processo arbitral fique, inicialmente, sob a responsabilidade do particular e, ao final do processo, que as despesas sejam ressarcidas em caso de sucumbência da administração.

Em tempo, pode-se avançar nas nossas justificativas alegando que, embora as demandas envolvendo a administração pública, em sendo tratadas na esfera judiciária, conceda a isenção do pagamento de custas e prazo dobrado, perde-se no quesito velocidade para o deslinde da questão, o que pode gerar uma série de outros prejuízos ao erário.

Concluindo, Marinoni e Arenhart¹⁹ esclarecem que a arbitragem surgiu como forma alternativa à resolução dos conflitos, caminhando ao lado da jurisdição tradicional, com o objetivo de reduzir o formalismo exagerado do processo tradicional e dar maior agilidade na resolução dos problemas. Defendem, ainda, que a arbitragem pode dar soluções mais adequadas a diversas situações concretas de litígio. Assim, a solução arbitral tem-se apresentado como uma alternativa interessante e eficaz para a solução de litígios que envolvam pessoas capazes de contratar e que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis.

José Augusto Delgado²⁰ ressalta que a arbitragem visa consolidar os anseios daqueles que estão insatisfeitos com a morosidade da prestação jurisdicional, que contribui para aumentar o grau de discórdia entre as partes e afronta o direito constitucional de ver o seu direito apreciado em tempo razoável.

Como exemplo, citaremos os prejuízos com as paralisações de obras públicas, quer seja por divergências contratuais no que tange à análise de determinada cláusula contratual, quer seja por litígios propriamente ditos, por descumprimento de cláusula contratual.

6. IMPACTOS DA PARALISAÇÃO COM AS OBRAS PÚBLICAS

Para se ter uma ideia dos prejuízos dos custos que as obras paralisadas com recursos públicos impõem ao país, a Câmara Brasileira da Indústria da Construção (CBIC), o SENAI e a Consultoria Internacional de Negócios Inter.B, realizaram em conjunto um estudo indicando os Impactos Econômicos e Sociais da paralisação das obras públicas²¹.

Os números apresentados impressionam e, lamentavelmente, demonstram todo o descaso da administração pública com o gerenciamento dos recursos públicos.

19 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de Processo Civil: Procedimentos especiais. v.5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 343.

20 DELGADO, José Augusto. Arbitragem no Brasil: evolução histórica e conceitual. In: JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca (Coord.). Arbitragem no Brasil: aspectos jurídicos relevantes. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008, p. 230.

21 FRISCHATAK, Cláudio R. et al. **Impacto econômico e social da paralisação das obras públicas**. Brasília, Câmara Brasileira da Indústria e da Construção, p. 25, 2018. Disponível em: https://cbic.org.br/wp-content/uploads/2018/06/Impacto_Economico_das_Obras_Paralisadas.pdf. Acesso em: 08 fev. 2021 e matéria intitulada "Para concluir obras paradas no País, governo teria de desembolsar R\$ 76 bi", publicada 25/06/2018, no jornal **O Estado de S.Paulo**, Caderno Economia & Negócios.

Tabela 1 - Custos das obras públicas paralisadas – 2016

Tabela II.1: Obras paralisadas financiadas com recursos federais – Dezembro de 2016⁴

Órgão Responsável	Setor	Número de Obras Paralisadas	Orçamento Total (R\$ bilhões)
CEF	Não divulgado*	9.695	21,8
FNDE	Educação	1.193	1,5
DNIT	Rodoviário	173	8,0
Total	–	11.061	31,3

Fonte: FRISCHATAK, Cláudio R. et al., 2018, p. 25

Tabela 2 - Custos das obras públicas paralisadas por Secretaria Nacional – ano 2018

Tabela II.2: Obras do Ministério das Cidades paralisadas, por secretaria – Janeiro de 2018

Secretaria Nacional	Número de Obras Paralisadas	Orçamento Total (R\$ bilhões)
Desenvolvimento Urbano	43	0,5
Habitação	501	10,2
Saneamento Ambiental	283	6,5
Transporte e Mobilidade	182	11,5
Total	1.009	28,7

Fonte: FRISCHATAK, Cláudio R. et al., 2018, p. 26

Tabela 3 - Custos das obras públicas paralisadas Ministério da Saúde e FUNASA – ano 2018

Tabela II.3: Obras do Ministério da Saúde e da Funasa paralisadas – Janeiro de 2018

Órgão Responsável	Número de Obras Paralisadas	Orçamento Total (R\$ bilhões)
Ministério da Saúde	456	0,7
FUNASA	188	0,6
Total	644	1,3

Fonte: FRISCHATAK, Cláudio R. et al., 2018, p. 26

Ademais, pode-se asseverar que a Administração Pública é um dos maiores responsáveis pela morosidade do Poder Judiciário, tanto por não cumprir espontaneamente suas obrigações quanto por utilizar-se de litigância excessiva, valendo-se das prerrogativas que lhe são conferidas para onerar o sistema judiciário, muitas vezes utilizando-se de chicanas para procrastinar determinados atos jurídicos e protelando de forma nociva o encerramento das demandas.

O ponto nuclear da questão aqui tratada e extremamente comum consiste no fato de que além de trazer prejuízo à população com a ineficácia na conclusão de obras, traz prejuízo também às pessoas lesadas por atos ou omissões da Administração Pública que não conseguem receber administrativamente a indenização pelos descumprimentos contratuais, mesmo que os fatos já estejam demonstrados, de maneira a formar a certeza de qualquer julgador. A esse respeito, leciona Marçal Justen Filho:

O Estado tem o dever de promover espontaneamente a liquidação do dano. Configurados os pressupostos de sua responsabilização civil, a remessa do interessado à via judicial configurará uma segunda infração pelo Estado a seus deveres. A primeira infração se consumou quando o Estado deu oportunidade à concretização do dano. A segunda ocorre quando se recusa a arcar com a responsabilidade daí derivada²².

Pode-se elencar uma série de situações nas quais a Administração Pública não cumpriu as obrigações impostas nos contratos administrativos e, propositalmente, buscou protelar a conclusão do processo utilizando-se dos instrumentos judiciais. É o que mostram alguns dos exemplos abaixo.

Foi proferida aos 19 de abril de 2017, no processo 1005577-98.2016.8.26.0286, sentença da 3ª Vara Cível de Itu/SP²³, em ação promovida com base no art. 7º da Lei n. 9.307/1996²⁴, que supriu cláusula arbitral vazia mediante a escolha de instituição arbitral reputada adequada para a administração do litígio envolvendo um contrato de concessão do Município de Itu (SP). A solução foi baseada em acórdão proferido no mesmo processo pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.

Em conflito relativo a contrato de concessão de serviço público celebrado com o Município de Itu (SP), a empresa concessionária Águas de Itu Exploração de Serviços S/A iniciou procedimento arbitral perante a Câmara de Arbitragem Empresarial – Brasil (CAMARB). A peculiaridade é que a cláusula compromissória em questão é vazia, isso é, limita-se a afirmar que os litígios decorrentes do contrato de concessão devem ser resolvidos por meio de arbitragem. Não indica a instituição responsável pela administração do procedimento nem outras regras para a instituição da arbitragem. No entanto, a concessionária reputou que a CAMARB seria instituição adequada e requereu a instauração da arbitragem com sede em São Paulo (SP) segundo as regras daquela instituição. O demandado (Município de Itu) foi notificado para responder ao pedido de instauração da arbitragem, ocasião em que lhe caberia manifestar sua eventual objeção à arbitragem ou à instituição escolhida. Conforme consta da sentença, o Município efetivamente se opôs à instauração da arbitragem e arguiu a existência de cláusula arbitral vazia. Diante disso, em agosto de 2016, a concessionária promoveu a ação prevista no art. 7º da Lei 9.307/962, a fim de obter a lavratura de um compromisso arbitral ou sentença que preenchesse as lacunas deixadas pelas partes na cláusula compromissória.

22 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 3. ed. São Paulo, Saraiva, 2008, p. 967.

23 ITU (SP). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Decisão Judicial. 3ª Vara Cível Foro de Itu. Águas de Itu Exploração de Serviços de Água e Esgoto S/A. Processo n. 1005577-98.2016.8.26.0286. Juis de Direito: Fernando França Viana. 19 de agosto de 2016.

24 BRASIL. **Lei Ordinária n. 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm. Acesso em: 26 jun. 2020.

Conforme fundamentado acima, a instituição da arbitragem mostra-se obrigatória, de sorte que, por ora, não se verifica nenhum impedimento para o deferimento do pedido de tutela de urgência para dar continuidade ao procedimento instaurado. De fato, a arbitragem institucional mostra-se a melhor alternativa por se valer de entidade especializada, sobretudo, por envolver ente público.

A Câmara indicada na petição inicial, nesta fase inicial, não apresenta nenhum impedimento ou suspeição. É importante destacar que o município não impugnou a escolha feita pela autora em sua manifestação apresentada no procedimento arbitral instaurado. Pelo contrário, apresentou “pedido contraposto-reconvenção” em que requer a condenação da autora pagamento da reparação de danos.

O risco ao resultado útil do processo também é evidente, tendo em vista que o atraso do procedimento arbitral prejudica às partes que correm o risco de terem a solução definitiva do conflito se postergar por tempo imprevisível. Portanto, de rigor a concessão da tutela de urgência para autorizar o prosseguimento do procedimento arbitral.

Em acórdão que negou provimento ao recurso do Município, a 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP) assim se manifestou: “A Lei n. 8.437/1992, que dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público, é reiteradamente citada pelo agravante para arrimar suas alegações”²⁵.

A arbitragem institucional supre tais riscos. Isso principalmente porque conta com regras pré-estabelecidas (regulamento de arbitragem) determinando a estrutura processual básica, calendário inicial de procedimento, mecanismos de indicação de árbitro(s), regras resolvendo questões relativas à impugnação deste(s), local para audiência, determinação de honorários de árbitros e, inclusive, mecanismos que previnem ou reduzem o risco de inexequibilidade da sentença arbitral por vícios formais.

Basta ver que todos os atos normativos que regulam a arbitragem com a Administração Pública (MP n. 752/16²⁶, Decreto n. 8.465/2015²⁷, Lei estadual de MG n. 19.477/2011²⁸) contemplam arbitragem institucional e até mesmo regulam em maior ou menor detalhe as características da instituição admissível. O art. 4º do Decreto n. 8.465/2015²⁹ exige que a eventual opção pela arbitragem *ad hoc* seja justificada, estabelecendo a institucional como preferencial.

25 INSERIR ESSA CITAÇÃO - ITU (SP). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Decisão Judicial. 3ª Vara Cível Foro de Itu. Águas de Itu Exploração de Serviços de Água e Esgoto S/A. Processo n. 1005577-98.2016.8.26.0286. Juiz de Direito: Fernando França Viana. 19 de agosto de 2016.

26 BRASIL. **Medida provisória n. 752**, de 24 de novembro de 2016. Dispõe sobre diretrizes gerais para a prorrogação e a relicitação dos contratos de parceria que especifica e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Mpv/mpv752.htm. Acesso em: 08/02/2021.

27 BRASIL. **Decreto n. 8.465**, de 8 de junho de 2015. Regulamenta o § 1º do art. 62 da Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013, para dispor sobre os critérios de arbitragem para dirimir litígios no âmbito do setor portuário. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/D8465.htm. Acesso em: 08/02/2021.

28 BRASIL. Lei n. 19.477, de 12 de janeiro de 2011. **Dispõe sobre a adoção do juízo arbitral para a solução de litígio em que o Estado seja parte e dá outras providências**. Disponível em: <https://www legisweb.com.br/legislacao/?id=142620>. Acesso em: 08/02/2021.

29 BRASIL. **Decreto n. 8.465**, de 8 de junho de 2015. Regulamenta o § 1º do art. 62 da Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013, para dispor sobre os critérios de arbitragem para dirimir litígios no âmbito do setor portuário. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/D8465.htm. Acesso em: 08/02/2021.

Além disso, a sentença reafirmou orientações consolidadas relativas à arbitragem envolvendo entes da Administração Pública.

Mas o pronunciamento reveste-se ainda de interesse muito especial porque, dando um passo além, reconheceu o descabimento de licitação para escolha de árbitros de instituição arbitral. Apesar de a doutrina já ter se posicionado nesse sentido, não se conheciam decisões judiciais a respeito. A sentença esclareceu: “trata-se de hipótese específica em que há necessidade de profissionais ou empresas de notória especialização, conforme autorizado pelo artigo 25, da Lei n. 8.666/1993”³⁰.

Desta forma, fica evidente que a atuação da advocacia pública é pautada, geralmente, por uma incansável defesa da entidade pública representada. Em princípio, é o que se espera de qualquer advogado em defesa de seu cliente. Porém, essa ideia é levada a um ponto que ultrapassa os limites da razoabilidade.

Conforme será demonstrado, além dos pontos negativos mencionados acima, pode-se somar ainda o enorme desinteresse dos parceiros externos (investidores) de alinhar negócios com a administração pública brasileira, vez que, se houver qualquer ruptura no contrato ajustado, a querela seria levada ao nebuloso labirinto do Poder Judiciário brasileiro.

Não por ser superior ao caminho clássico de resolução de conflitos, consistente na sua submissão ao Poder Judiciário, a arbitragem é valiosa por permitir uma *customização* maior e uma desejada *celeridade* na resolução de disputas entre contratantes. São características em geral relevantes, mas cujo valor aumenta em operações mais complexas e que demandam como já dito a especialização e o foco, o que um Poder Judiciário infelizmente sobrecarregado de processos quase sempre não consegue oferecer.

Portanto, imperioso enfatizar que muitas empresas externas, ao alinharem contratos com a administração pública, exigem que eventual litígio seja tratado no âmbito da arbitragem, evitando ao máximo o contato com o Poder Judiciário brasileiro que, conforme delimitado, traz uma ideia de lentidão, onerosidade e prejuízo, elementos que qualquer entidade empresarial busca evitar nos dias atuais.

7. RETOMADA DA ECONOMIA PÓS-PANDEMIA - A ARBITRAGEM COMO FACILITADORA DE CAPTAÇÃO DE RECURSOS EXTERNOS

A pandemia mundial causada pelo *Coronavírus* (Covid-19), que atingiu o Brasil durante todo o ano de 2020, e que ainda segue revelando números alarmantes de mortes e doentes, trouxe inúmeros prejuízos à economia global, motivada pelo fechamento de restaurantes, lojas de departamentos, magazines, e inúmeros outros

30 BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso em: 08/02/2021.

estabelecimentos por conta das limitações impostas pelos governos nacionais e internacionais buscando conter as aglomerações e estancar a proliferação do vírus. Neste sentido, visualizamos a arbitragem como uma importante ferramenta para a retomada da economia, a ser utilizada como um instrumento facilitador no momento da negociação contratual.

Os governos federais, estaduais e municipais precisarão de recursos, para, por exemplo, retomarem as obras no setor civil, importante segmento que contribui generosamente para a redução da taxa de desemprego.

Nesse contexto, a opção pela arbitragem e, em última análise, seu sucesso depende de as partes vislumbrarem nesse mecanismo características mais adequadas em comparação às oferecidas pelo Poder Judiciário e por outros meios adequados de resolução de conflitos. Entre as principais vantagens estão a especialização dos julgadores, eleitos sob medida para atender às necessidades de cada litígio, o que permite um desfecho eficiente, e a preservação das relações contratuais de longo prazo.

No comércio internacional, por exemplo, a arbitragem já é utilizada há muito tempo, e seu escopo é gradativamente alargado nos mais diversos ordenamentos jurídicos. Não tem sido diferente no Brasil. As mudanças da Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307/1996), alterada pela Lei n. 13.129/2015, deram continuidade à ampliação da lista de matérias arbitráveis e de sujeitos que podem se submeter ao mecanismo. Um bom exemplo é a arbitragem envolvendo o poder público: a prática era permitida, mas suscitava questionamentos e incertezas. Considerando que a inclusão de uma cláusula arbitral é hoje vista como um dos fatores preponderantes na tomada de decisão de contratação com a administração pública (especialmente por estrangeiros), o legislador supriu a lacuna no âmbito federal para expressamente afirmar a validade de processos arbitrais envolvendo entes públicos – desde que respeitado o princípio da publicidade.

Desta forma, seguindo direto ao tema, os quesitos relacionados à celeridade, especialização, adaptabilidade e internacionalidade são características marcantes da arbitragem, que funcionam como elementos preponderantes na tomada de decisão pela inserção de cláusula compromissória quando da negociação de um determinado contrato, facilitando a negociação para captar recursos externos.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como podemos observar existia uma grande resistência por parte da Administração Pública em resolver seus litígios através do juízo arbitral. Foi apenas com o avanço legislativo e jurisprudencial dos últimos anos que as objeções iniciais quanto ao método adequado foram superadas. No entanto, isso não significa que não restam mais dúvidas a respeito do uso da arbitragem pela Administração Pública direta e indireta.

Inicialmente, apenas as pessoas capazes de contratar eram autorizadas a utilizar o juízo arbitral. Não havia referência alguma ao Poder Público. Apenas em 2015, com a Lei n. 13.129/2015, foi autorizado expressamente que a Administração Pública pudesse utilizar-se da arbitragem. Logo, não havendo mais dúvida quanto à arbitrabilidade subjetiva da Administração, surgiram novas incertezas de caráter mais específico e prático, atinentes ao processo arbitral quando num dos polos está a Administração Pública.

Restou, então, a incerteza quanto à matéria a ser submetida à arbitragem, pois a Lei arbitral autorizou a serem dirimidos pelo juízo arbitral, apenas os litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

No entanto, essa norma foi omissa quanto ao que são direitos patrimoniais disponíveis para a Administração Pública, o que deixa a dúvida se a Administração pode mesmo utilizar-se desse método adequado para resolver conflitos, haja vista a incompatibilidade do princípio da indisponibilidade do interesse público com a disponibilidade de direitos.

Em regra, a Administração tem como maior objetivo satisfazer o interesse público, o qual é indisponível, pois não é dada ao Poder Público a possibilidade de dispor do interesse, renunciando a sua satisfação, eis que não lhe pertence, mas pertence à coletividade.

Todavia, não há que se levar a indisponibilidade de direitos como algo absoluto, pois em alguns casos, pode ser mais razoável que a Administração disponha de direitos, isto é, a Administração jamais poderá dispor do interesse público, mas poderá dispor de direitos de sua titularidade visando satisfazer da melhor forma o interesse público.

Nesse viés, o interesse público divide-se, então, em primário e secundário. O primeiro é indisponível, pois representa o interesse da coletividade; o segundo, disponível, pois representa os direitos de titularidade da Administração Pública. Portanto, evidente que apenas os litígios envolvendo o interesse público secundário são passíveis de serem resolvidos por um juízo arbitral. Logo, se a Administração pode contratar, celebrar acordos e transações, pode também submeter-se à arbitragem para compor litígios que tenham por objeto direitos patrimoniais disponíveis. Dessa forma, as discussões a respeito de (in)adimplemento de obrigações contratuais, manutenção do equilíbrio financeiro do contrato, efeitos patrimoniais do exercício dos poderes de que dispõe a Administração no âmbito de um contrato ou da sua extinção, podem ser solucionados pela arbitragem, pois tratam-se de direitos disponíveis. Assim, se o litígio pode ser solucionado pelas partes, mediante acordo, transação, nada impede que as partes pactuem de submeter eventual litígio ao juízo arbitral.

Ao final, vemos a importância da arbitragem como elemento de atração englobado pela segurança jurídica, essa sim, fator preponderante da economia, além de contribuir largamente para ser o elemento fulcral na decisão do setor privado, principalmente estrangeiro, em de fato assinar uma Parceria Público-Privada.

Atualmente, em decorrência da grave crise econômica e social provocada pela pandemia da Covid-19, é esperada uma expressiva propositura de ações judiciais, perante o Poder Judiciário estadual e federal. Podemos prever um colapso do Judiciário, que já estava assoberbado de processos mesmo antes da pandemia, e que, agora, enfrenta uma quantidade imensa de ações decorrentes de mudanças legislativas e, notadamente, em razão de conflitos gerados pelos gravíssimos impactos econômicos, decorrentes da necessidade de isolamento social.

A grande maioria dos negócios jurídicos, no Brasil e no exterior, sofreram fortes impactos diante das repercussões negativas da Covid-19 e foram desequilibrados pela abrupta crise econômica dela decorrente. Grande parte desses desajustes inevitavelmente vai parar no Poder Judiciário.

Os fatores acima expostos, inevitavelmente afastam investidores e geram, por si só, uma série de inseguranças jurídicas e sociais, na medida em que ao compreender que a arbitragem desenvolvida dentro da administração pública torna-se um instrumento facilitador e agregador, atuando definitivamente como uma ferramenta que contribua na resolução adequada de conflitos, faz com que investidores, principalmente estrangeiros, já habituados a este tipo de procedimento, se sintam novamente atraídos e seguros em desenvolver investimentos em solo brasileiro, sabendo que em havendo qualquer litígio estes serão submetidos a um sistema jurídico mais leve e dinâmico, fugindo do nebuloso campo apresentado pelo judiciário brasileiro, que como dissemos está há beira de colapso.

Entende-se que ficou definitivamente demonstrado que, com a adoção da arbitragem em temas nos quais uma das partes seja a administração pública, e em se tratando de direitos disponíveis, teremos a consequente diminuição de eventuais querelas que levariam anos sendo discutidas no Poder Judiciário, haja vista ser a administração pública uma das maiores responsáveis pela sua morosidade, tanto por não cumprir espontaneamente suas obrigações quanto por utilizar-se de litigância excessiva, valendo-se das prerrogativas que lhe são conferidas para onerar o sistema.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto n. 8.465**, de 8 de junho de 2015. Regulamenta o § 1º do art. 62 da Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013, para dispor sobre os critérios de arbitragem para dirimir litígios no âmbito do setor portuário. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/D8465.htm. Acesso em: 08/02/2021.

BRASIL. **Lei Ordinária n. 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm. Acesso em: 26 jun. 2020.

BRASIL. **Lei n. 13.129**, de 26 de maio de 2015. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13129.htm. Acesso em: 08/02/2021.

BRASIL. **Lei n. 8.987**, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm. Acesso em: 08/02/2021.

BRASIL. **Lei n. 8.987**, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm. Acesso em: 08/02/2021.

BRASIL. **Lei n. 19.477**, de 12 de janeiro de 2011. **Dispõe sobre a adoção do juízo arbitral para a solução de litígio em que o Estado seja parte e dá outras providências.** Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=142620>. Acesso em: 08/02/2021.

BRASIL. **Lei n. 11.079**, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Acesso em: 08/02/2021.

BRASIL. **Lei n. 12.527**, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da **Lei nº 8.159**, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 08/02/2021.

BRASIL. **Medida provisória n. 752**, de 24 de novembro de 2016. Dispõe sobre diretrizes gerais para a prorrogação e a relicitação dos contratos de parceria que especifica e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Mpv/mpv752.htm. Acesso em: 08/02/2021.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um Comentário à Lei n. 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

DELGADO, José Augusto. Arbitragem no Brasil: evolução histórica e conceitual. In: JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca (Coord.). **Arbitragem no Brasil: aspectos jurídicos relevantes**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

FRISCHATAK, Cláudio R. et al. **Impacto econômico e social da paralisação das obras pública**. Brasília, Câmara Brasileira da Indústria e da Construção, 2018. Disponível em: https://cbic.org.br/wp-content/uploads/2018/06/Impacto_Economico_das_Obras_Paralisadas.pdf. Acesso em: 08 fev. 2021.

GARCIA, Flávio Amaral. A escolha dos árbitros e das câmaras arbitrais: licitar ou não? **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 150, 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/flavio-amaral-garcia/a-escolha-dos-arbitros-e-das-camaras-arbitrais-licitar-ou-nao>. Acesso em: 5 nov. 2020.

ITU (SP). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Decisão Judicial. 3ª Vara Cível Foro de Itu. Águas de Itu Exploração de Serviços de Água e Esgoto S/A. Processo n. 1005577-98.2016.8.26.0286. Juiz de Direito: Fernando França Viana. 19 de agosto de 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. Administração Pública e Arbitragem: o vínculo com a câmara e os árbitros. **Revista Brasileira da Advocacia**, São Paulo, ano I, n. 1, p. 103-150, abr.-jun. 2016. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redes.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2016:2001089>. Acesso em: 08 fev. 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LEMES, Selma M. Ferreira. Arbitragem na concessão de serviços públicos – habitabilidade objetiva. Confidencialidade ou publicidade processual? **RDM**, São Paulo, n. 134, p. 148-163, abr.-jun. 2004. Disponível em: http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri15.pdf. Acesso em: 5 nov. 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil: Procedimentos especiais**. v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Inexigibilidade de licitação na escolha do árbitro ou instituição arbitral nas contratações públicas. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 285, 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/rafael-carvalho-rezende-oliveira/inexigibilidade-de-licitacao-na-escolha-do-arbitro-ou-instituicao-arbitral-nas-contratacoes-publicas>. Acesso em: 5 nov. 2020.

ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe (coord.). **Arbitragem e mediação**: a reforma da legislação brasileira. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual de arbitragem, mediação e conciliação**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SOARES, Carlos Henrique; LIMA, Daniela Silva; TOLEDO, Luciana Aguiar S. Furtado de. (Des)necessidade de processo licitatório para escolha de câmara arbitral. **Revista CEJ**, Brasília, DF, ano XVI, n. 58, p. 44-49, set. Dez. 2012.

Supremo Tribunal Federal (STF). Agravo de Instrumento. Negado provimento ao recurso. Acórdão n. AI 52181 GB. Relator: Bilac Pinto. 14 de novembro de 1973.

BACK TO CONFLICT SOLUTION PARADIGMS DE VOLTA AOS PARADIGMAS PARA SOLUÇÃO DE CONFLITOS

artigos
científicos

Daniel de Araújo Corrêa¹
dajcorrea@hotmail.com

Maiara Sanches Machado Rocha²
mairasanches@hotmail.com

Recebido/Received: 03.03.2021/ March 3rd, 2021.
Aprovado/Approved: 30.06.2021/ June 30th, 2021.

RESUMO

A proposta desse artigo foi abordar a importância da transferência da jurisdição voluntária para o extrajudicial e soluções autocompositivas aos conflitos e dos serviços judiciais de notas e registros como vetores nesse sentido. O método empregado foi o dedutível, por meio de pesquisa descritiva e qualitativa, fundamentada em estudo sistematizado de livros, revistas especializadas, artigos, monografias, teses e periódicos. Os resultados mostraram que o Poder Judiciário, nos dias atuais, tem enfrentado dificuldades para atender a todas as demandas que existem, pois o modelo tradicional de jurisdição já não é capaz, por si só, apresentar respostas sólidas e efetivas, pois, embora existam vencedores e perdedores, das demandas, os conflitos são tratados de forma superficial pelo Poder Judiciário, em virtude de sua atual estrutura, que apenas elimina as controvérsias sem nem sempre solucionar efetivamente o real conflito. Desta forma, o Estado tem procurado soluções mais práticas para assegurar a todos os seus cidadãos um acesso à justiça que seja igual para todos, que seja também justo, eficaz e que traga efeitos no mundo real e não somente no decorrer do processo. As Serventias Extrajudiciais se destacam por desempenharem atividades que concedem publicidade, segurança jurídica, eficácia e autenticidade aos atos jurídicos, tornando-os possível ao alcance de todos. Optar pela via extrajudicial obtém-se maior celeridade dos procedimentos, de modo a se evitar que os processos se acumulem no Judiciário. Por meio da Lei 13.140/2015, foi reconhecida, pelo legislador, a necessidade de utilizar as serventias extrajudiciais para implementar e alcançar a cultura de paz e da autocomposição na resolução dos conflitos. No ano de 2018, por meio do Provimento 67 de 26 de março de 2018, o Conselho Nacional da Justiça regulamentou o artigo 42 da Lei de Mediação e consolidou uma permanente política para incentivar e aperfeiçoar a resolução de conflitos por conciliação e mediação, com a inserção das serventias

¹ Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais e Tabelião de Notas de Holambra/SP. Pós graduado em Direito Tributário – IBET, em Direito das Famílias e Sucessões – Faculdades Jacarepaguá e em Direito Registral e Notarial pela Escola Paulista da Magistratura. Mestrando pela Escola Paulista de Direito. Bacharel em Direito pela Universidade de Araraquara/SP.

² Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais, Interdições e Tutelas da Comarca de Presidente Epitácio, São Paulo. Mestre em Direito Público pela Universidade de Ribeirão Preto. Pós graduada em Direito Médico e Hospitalar pela Escola Paulista de Direito. Pós graduada em Direito de Família e Sucessões pela Faculdade Internacional Signorelli. Doutoranda pela Universidade Católica Santa Maria de Buenos Aires- UCA. Doutoranda em Direito Público pela Universidade de Ribeirão Preto. Graduada pela Universidade Católica Dom Bosco.

extrajudiciais nessa sistemática. Considera-se, portanto, que as Serventias Extrajudiciais ou os cartórios têm capacidade de maior abrangência, por alcançarem a todos os distritos de todas as cidades brasileiras, podendo alcançar também toda a população e desafogar o judiciário, apresentando respostas rápidas e serviços de qualidade aos cidadãos.

Palavras-chave: Serventias extrajudiciais. Meios adequados de resolução de conflitos. Acesso à Justiça.

ABSTRACT

The purpose of this article was to address the importance of transferring voluntary jurisdiction to extrajudicial and self-composing solutions to conflicts and judicial services of notes and records as vectors in this sense. The method used was a basic, descriptive, qualitative research, based on a systematized study using material that has already been published in books, specialized magazines, articles, monographs, theses and journals. The results showed that the Judiciary, today, has faced difficulties to meet all the demands that exist, because the traditional model of jurisdiction is no longer capable, by itself, to present solid and effective answers, because, although there are winners and losers, demands, conflicts are treated superficially by the Judiciary, due to its current structure, which only eliminates controversies without always effectively resolving the real conflict. In this way, the State has been looking for more practical solutions to ensure that all its citizens have access to justice that is equal for all, that is also fair, effective and that has effects in the real world and not only during the process. The Extra-Judicial Services stand out for performing activities that provide publicity, legal certainty, effectiveness and authenticity to legal acts, making them possible for everyone. Choosing the extrajudicial route results in faster procedures, in order to prevent the cases from accumulating in the Judiciary. Through Law 13.140 / 2015, the legislator recognized the need to use extrajudicial services to implement and achieve a culture of peace and self-composition in conflict resolution. In 2018, through Provision 67 of March 26, 2018, the National Council of Justice regulated article 42 of the Mediation Law and consolidated a permanent policy to encourage and improve conflict resolution through conciliation and mediation, with the insertion of extrajudicial services in this system. Therefore, Extrajudicial Services or notaries are considered to have a wider scope, as they reach all districts in all Brazilian cities, being able to reach the entire population and relieve the judiciary, presenting quick responses and quality services to citizens.

Keywords: Extrajudicial services. Appropriate means of conflict resolution. Access to justice.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1. DOS CONFLITOS E SUAS SOLUÇÕES; 2. SOLUÇÃO DOS CONFLITOS: AUTOTUTELA, AUTOCOMPOSIÇÃO E HETEROCOMPOSIÇÃO; 2.1 A AUTOTUTELA; 2.2 AUTOCOMPOSIÇÃO; 2.3 HETEROCOMPOSIÇÃO; 3. CRISE DA JURISDIÇÃO; 4. TRANSFERÊNCIA DA JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA PARA O EXTRAJUDICIAL E SOLUÇÕES

AUTOCOMPOSITIVAS AOS CONFLITOS; 4.1 VETORES PARA SOLUÇÃO DE CONFLITOS: SERVIÇOS JUDICIAIS DE NOTAS E REGISTROS; 4.2 MEIOS ADEQUADOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS: MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO; 5. CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO NAS SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS: UMA NOVA ATRIBUIÇÃO; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O Direito, perante a sociedade, coordena os interesses da vida social e busca a solução para os eventuais conflitos que surgem, obedecendo os critérios do justo e do equitativo, tentando apaziguar esses problemas, levando-se em consideração, o máximo possível, os valores sociais humanos. Sobretudo, o Estado não tem atendido a referida área tão eficientemente como a sociedade deseja, em razão da morosidade da resolução de um conflito pelo Poder Judiciário, que acaba gerando insatisfação para as partes envolvidas e, nem sempre, resolve a questão plenamente.

Esta lentidão se deve ao excesso de conflitos a serem resolvidos, fazendo-se necessário encontrar soluções que possam auxiliar o Poder Judiciário a vencer o acúmulo de demanda que espera pela tutela jurisdicional e tornar mais ágil o referido processo, devendo-se levar em conta que uma questão julgada não significa que a mesma tenha sido resolvida e, embora muitas vezes um ponto final seja determinado pelo Juiz de Direito, permanece uma sensação de insatisfação por parte dos envolvidos no conflito, em razão da angústia vivenciada, do longo tempo que esperaram para a solução, do relacionamento entre as partes, que não continuará sendo o mesmo, enfim, será uma lembrança que dificilmente se apagará.

Diante desse contexto, surgem os meios adequados de solução de conflitos, que se forem executados com uma linguagem correta e adequada, visando o diálogo, a cooperação e a busca conjunta da solução do problema, são eficientes para solucionar a maior quantidade de conflitos, podendo até mesmo restabelecer o relacionamento entre as partes.

Esses meios de pacificação, se trabalhados de forma adequada, solucionam definitivamente o problema, visto que pacificam o problema segundo a vontade das partes e não somente aplicando a legislação e o pensamento do Juiz, além de se apresentarem como uma forma mais humana de resolver as controvérsias sociais.

Diante desse contexto, o objetivo desse trabalho é abordar a importância da transferência da jurisdição voluntária para o extrajudicial e soluções autocompositivas aos conflitos e dos serviços judiciais de notas e registros como vetores nesse sentido.

Quanto ao método para desenvolver este trabalho, em relação à abordagem de sua natureza, consiste em uma pesquisa básica, descritiva, tratando-se de pesquisa bibliográfica qualitativa, fundamentada em estudo sistematizado através de material que já foi publicado em livros, revistas especializadas, artigos, monografias, teses e

periódicos, buscando proporcionar maior reflexão acerca de assunto tão polêmico na atualidade, o qual se refere a uma questão jurídica da problemática de prevenir, promover soluções e tratar adequadamente os conflitos, por meio do uso dos serviços extrajudiciais.

1. DOS CONFLITOS E SUAS SOLUÇÕES

O Judiciário brasileiro tem passado pelo processo de judicialização, com o desafio de atender a todas as demandas e, ao mesmo tempo, garantir que as pessoas acessem a justiça, como direito, bem como proporcionar-lhes uma razoável duração do processo e também oferecer segurança jurídica e qualidade dos serviços jurisdicionais, argumenta Humberto Martins.³

No decorrer da história da Humanidade, o homem necessitou organizar-se socialmente e defender seus interesses. Sobretudo, os interesses não são iguais para todos os indivíduos, visto que cada um possui os seus, defendendo-os e, muitas vezes, contrariando os interesses dos demais, fazendo surgir os conflitos. Portanto, considerando que os conflitos existem desde o início da Humanidade, Cleide Maria de Souza, afirma que:

O conflito consiste em um fenômeno característico da convivência humana, o qual pode surgir por inúmeros motivos, seja por divergência de pensamentos, de uma necessidade insatisfeita, de descumprimento de acordos e muitos outros. Sobretudo, se o tratamento do conflito ocorrer pacificamente, o próprio conflito pode ser utilizado para solucionar o problema que o iniciou, caso contrário, se for tratado inadequadamente, pôr os indivíduos envolvidos não estarem preparados para enfrentá-lo, pode se transformar em um confronto muito violento.⁴

Para uma maior compreensão do conflito, faz-se necessário, em primeiro lugar, entender o que é o interesse. Conforme lições de Francesco Carnelutti “surge quando existe uma necessidade e o desejo de satisfazê-la, por isto afirmar-se que o interesse (primário ou final) é representado pela situação favorável à satisfação de uma necessidade [...]”.⁵

Contudo, há limitação de bens, mas não das necessidades, existindo bens insuficientes para satisfazer aos interesses de todos os indivíduos, o que resulta em conflito intersubjetivos (entre sujeitos) de interesses. Além do mais, também existem bens que, embora não sejam limitados, geram interesses contrários e, todos esses conflitos gerados, quando não são diluídos na sociedade, acabam por levar os interessados em acirradas disputas, caracterizadas por atitudes de pretensão e resistência.⁶

3 MARTINS, Humberto. Pensar sobre os métodos consensuais de solução de conflitos. Consultor Jurídico. 2019, p. 1. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-24/direito-civil-atual-pensar-metodos-consensuais-solucao-conflitos>. Acesso em: 11 fev. 2021.

4 SOUZA, Cleide Maria de. Família/Escola: a importância dessa relação no desempenho escolar. Secretaria de Estado da Educação do Paraná, 2009. p. 2.

5 CARNELUTTI, Francesco. Teoria Geral do Direito. São Paulo, Lejus, 2006. p. 88.

6 BRAGA, Paula Sarno. Introdução ao Direito Processual Civil. 2010, p. 67. Disponível em: <http://www.editorajuspodivm.com.br/fff/DIREITO%20PROCESSUAL%20CIVIL%20p17-28%20%28%20laranja%29.pdf>. Acesso em: 11 fev.2021.

Diante da limitação dos bens e da necessidade humana ilimitada, houve a necessidade, por parte da sociedade, em disciplinar os conflitos que foram gerados, em razão de que, em muitos casos, para solucioná-los, aplicava-se a lei do mais forte, o que acabava por dificultar ou até mesmo impossibilitar que o homem permanecesse em sociedade. Por isto, surgiram as regras de convivência em sociedade, para eliminar a violência gerada a respeito das discussões sobre os interesses.

O termo conflito se origina do latim *conflictus* (em itálico), de *confligere* (em itálico), sendo entendido como sinônimo das situações de discórdia, desacordo, disputa, oposição, controvérsia, lide.⁷

Conforme Cândido Rangel Dinamarco, o conflito é compreendido como uma situação que existe entre duas ou mais pessoas ou grupos e que se caracteriza por se pretender um bem ou situação da vida que seja impossível de ser obtido ou alcançada.⁸

O conflito se relaciona intrinsecamente com o interesse, porque é por meio deste que ele é gerado, em razão de que cada ser humano possui suas necessidades e vive em constante busca por satisfazê-las, o que, muitas vezes, se realiza confrontando interesses de outros, devido à limitação dos bens. Nesse sentido, assim considera Dora Fried Schnitman “[...] os conflitos são próprios do ser humano e, devido as diferenças existentes entre os indivíduos, muitas vezes seus pontos de vista são divergentes, ocorrendo a colisão de interesses [...] gerando uma situação desconfortável para ambas as partes [...]”.⁹

Sobretudo, uma das características do conflito é que, além da existência de duas pessoas com interesses diversos, existe, também, uma resistência da outra parte, que reluta por defender o seu interesse. Desta forma, compreende-se o conflito, como o elemento material da lide, o qual possui dois elementos formais, quais sejam: a pretensão (do indivíduo que pretende) e a resistência (do indivíduo que se opõe à pretensão).¹⁰

São aqui tratados os conflitos entre indivíduos diferentes com interesses diversos e distintos, uma vez que se fosse empregada a violência, isto levaria a sociedade a se dissolver. Por isto, faz-se necessário solucionar estes conflitos da melhor forma possível, pois a composição dos mesmos se resume em um interesse coletivo, cabendo ao Direito solucioná-los. Os conflitos eternamente ocorrerão, visto que o ser humano possui necessidades e a natureza de defender seus interesses, por isto o conflito fará sempre parte de sua vida.

7 BARBOSA, Águeda Arruda. Mediação Familiar: estado da arte da mediação familiar interdisciplinar no Brasil. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 8, n. 40, p.140-144, fev.-mar. 2007.

8 DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. 4. ed. v.1. São Paulo: Malheiros, 2004.

9 SCHNITMAN, Dora Fried (Org.). Novos paradigmas em mediação. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1999. p. 170.

10 BRAGA, Paula Sarno. Introdução ao Direito Processual Civil. 2010, p. 1. Disponível em: <http://www.editorajuspodivm.com.br/1/f/DIREITO%20PROCESSUAL%20CIVIL%20p17-8%20%28laranja%29.pdf>. Acesso em: 11 fev. 2021.

2. SOLUÇÃO DOS CONFLITOS: AUTOTUTELA, AUTOCOMPOSIÇÃO E HETEROCOMPOSIÇÃO

Existe uma interligação entre interesse e conflitos, por isso há necessidade de se conhecer como ocorrerá a desses litígios. Em primeiro lugar, considera-se que o conflito somente poderá ser solucionado por vontade das partes envolvidas, ou através de uma decisão imperativa de um terceiro.

No decorrer da história da Humanidade, os conflitos foram tratados de várias formas, criadas pela sociedade, para administrá-los e solucioná-los. Dentre estas maneiras de solução dos conflitos, destaca-se a autotutela, a autocomposição, com a inclusão da transação, da renúncia e da desistência, e, por último, a heterocomposição, na qual são encontradas a arbitragem, a mediação e a forma judicial.

2.1. A AUTOTUTELA

A autotutela consiste na forma mais antiga de solucionar conflitos, a qual constitui-se, basicamente, pela desistência do interesse de uma das partes envolvida no conflito, devido ao uso da força pela parte vencedora.¹¹

Essa forma de solucionar conflitos surgiu quando ainda o Estado não se apresentava fortalecido o bastante para lidar com os ímpetos individualistas dos homens e impor-lhes o direito sobre suas vontades e, também, em razão da inexistência de leis que pudessem impor, por parte do Estado, o direito sobre os indivíduos que possuíssem uma pretensão resistida ou impedida por outrem, restando a esses indivíduos satisfazerem suas pretensões por meio da força física

As civilizações antigas muito empregaram a autotutela para solucionar seus conflitos, porque não existia o poder do Estado e ainda não existia a influência de terceiros, sendo efetuada com as próprias mãos, resultando em uma vontade impondo-se à outra.¹²

A autotutela é definida por Fernanda Tartuce como “[...] a autodefesa, na qual o contendor resolve o conflito por sua própria força, buscando vantagem em relação à situação desejada. Porém, trata-se de uma maneira de solucionar conflito que não é bem vista [...]”.¹³

Embora a autotutela não seja uma maneira de solução de conflitos prestigiada no Estado Democrático de Direito, ainda marca sua presença no Direito, possuindo poucas previsões legais admitidas, dentre elas, a legítima defesa, tratada no artigo 188, I do Código Civil que prevê que não constituem atos ilícitos os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido a apreensão do

11 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. 2. ed. Volume único – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2007. p. 358.

12 FERNANDO, Marcos. Autotutela, autocomposição e jurisdição. 2011. p. 2. Disponível em: <http://artigojus.blogspot.com/autotutela-autocomposicao-e-jurisdiacao.html>. Acesso em: 10 fev. 2021.

13 TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis. São Paulo: Método, 2008. p. 37.

bem com penhor legal, assim como, mencionada no artigo 1467, I do Código Civil e também o desforço imediato no esbulho, previsto no artigo 1210 §1º do Código Civil.14-15

Ademais, por se tratar de um meio de solução de conflitos exercido de forma imediata por um dos envolvidos, eis que não há a possibilidade de atuação do Estado naquele momento para dirimir o conflito, pode ser amplamente revista pelo Poder Judiciário, em razão de não possuir atributos de definitividade.

Levando-se em consideração que a autotutela se trata de uma prática aplicada a situações excepcionais, deve ser interpretada e utilizada com restrições, de forma a coibir excessos. Diante disto, caso o interessado não obedeça as hipóteses legais, a autotutela se configura como um crime com previsão no artigo 345 do Código Penal.¹⁶

Sobretudo, conforme a Lei, é possível ocorrer a aplicação da autotutela em autodefesa, somente em situações expressas na lei, como a defesa da posse, as obrigações de fazer ou não fazer em casos de urgência. Contudo, tal instituto deve ser aplicado em conformidade com os princípios da boa fé e da razoabilidade.

Também nas mesmas sociedades primitivas, além da autotutela, havia o sistema de autocomposição, instituto que consiste em uma dos envolvidos no conflito, ou ambos, abrir mão de seu interesse total ou parcialmente, para que todos possam sair satisfeitos. Este instituto também é mantido até os dias atuais.¹⁷

Portanto, observa-se que as civilizações antigas, por não poderem contar com a ajuda do Estado, pois este inexistia, utilizava a autotutela para solucionar os conflitos, a qual consistia de se solucionar o conflito com as próprias mãos, se impondo uma vontade sobre a outra por meio da força.

Atualmente, a autotutela não é empregada no Direito brasileiro como foi no passado, porém, ainda pode ser vista em situações como as seguintes: “o direito de greve, a legítima defesa, qualquer pessoa prender em crime em flagrante, o proprietário retirar o invasor da sua propriedade e outras”.¹⁸

Na Constituição Federal, podem ser encontradas algumas citações que tratam do abuso de poder como argumentos remediadores de conflitos constitucionais e do direito de petição, o que significa que a autotutela do poder público e privado conota a idéia de uma posterior ação judicial para reparar o dano causado, conforme se verifica a seguir:

14 BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 10 fev. 2021.

15 BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 10 fev. 2021.

16 BRASIL. Decreto-Lei N. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 11 fev.2021.

17 FERRARESI, Camilo Stangherlim; MOREIRA, Silmara Bosso. Conflitos e formas de resolução: da autotutela à jurisdição. Revista JurisFIB | ISSN 2236-4498. Volume IV. Ano IV, 2013, P. 3. Disponível em: <http://www.revistajurisfib.com.br/artigos/1395810031.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2021.

18 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. 2ª.ed. volume único – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2007. p. 67.

Cabimento/Direito de/ao Habeas corpus: CF Art. 5º LXVIII - conceder-se-á “habeas-corpus” sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder; Cabimento/Direito de/ao Mandado de segurança: CF Art. 5º LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por “habeas-corpus” ou “habeas-data”, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder *for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público*. Direito à petição. CF Art. 5º XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: 1. O direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder.¹⁹

Em relação à jurisprudência do ordenamento jurídico brasileiro, a autotutela recai em forma de mandado de segurança, citado acima, cabendo ainda agravo regimental e recurso ordinário. Devido aos vários temas que são tratados pelo Mandado de Segurança, muitas das ações de Mandados de Segurança que se referem à autotutela não são procedidas por parte dos relatores. Portanto, parte dos Mandados de Segurança que versam sobre autotutela é rejeitada por não serem observados os procedimentos processuais, por exemplo o MS 17239 DF.²⁰

Na maior parte dos casos, o Mandado de Segurança da autotutela ataca a administração pública, sendo pouquíssimos os de outros agentes ou entidades.

Viu-se, portanto, que a autotutela que atualmente é encontrada no Direito Brasileiro, é limitada e, se houver desrespeito desse limite, será tida como crime. Desta forma, não é a mesma que as civilizações antigas empregavam e somente são adotadas em casos excepcionais.

2.2. AUTOCOMPOSIÇÃO

A autocomposição é uma maneira de solucionar conflito a partir do consentimento espontâneo de uma das partes envolvidas, que abre mão parcial ou integral, de seu próprio interesse, em favor do interesse da outra parte. Trata-se de uma maneira altruísta de solucionar um litígio.²¹ Nas palavras de Fredie Didier Júnior “considera-se a autocomposição como um tipo de solucionar conflito pela vontade espontânea de um dos contendores, que sacrifica o interesse próprio, no todo ou em parte, em favor do interesse alheio”.²²

Para Ada Pellegrini Grinover a autocomposição é aplicada em situações em que o direito material é disponível, e que não se encontre relacionado de forma direta à personalidade.²³

19 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: 10 fev. 2021.

20 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MS 17239DF 2011/0137276-8. 2013. Relator(a): Ministro Herman Benjamin - Julgamento: 08/05/2013 - Órgão Julgador: S1 - Primeira Seção. Ementa: processual civil e administrativo. Mandado de segurança. Anistia política. Portaria interministerial 134/2011. Instauração de procedimento tendente a rever as anistias concedidas com base na portaria 1.104/64. Ausência de ameaça de lesão a direito. Manifestação do poder de autotutela. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23286444/mandado-de-seguranca-ms-17239-df-2011-0137276-8-stj>. Acesso em: 10 fev. 2021.

21 PINTO, José Augusto Rodrigues. Direito Sindical e Coletivo, Ed. LTr, 1998. p. 158.

22 DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. v. 2. 7. ed. Bahia: Juspodium, 2012. p. 116.

23 GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 37.

Como exemplo, cita-se a realização de divórcio e partilha consensuais no âmbito administrativo, desde que não haja crianças envolvidas, visto que cabe ao juiz e advogados o dever de buscarem uma conciliação às partes a qualquer tempo (art. 125, CPC), podendo um acordo ser levado para ser homologado pelo juiz competente (art. 475-N, V, CPC).²⁴

A obtenção da autocomposição pode ser realizada por duas formas: a transação ou a conciliação. Na transação, as partes envolvidas realizam concessões recíprocas para afastar a controvérsia existente entre elas, podendo a mesma se dar de ser instaurado o processo (impedindo de o mesmo ser aberto) ou durante sua realização, pondo fim ao mesmo com solução de mérito, apenas homologada pelo juiz, conforme art. 269, III do Código de Processo Civil, assim como se observa: “Art. 269, III – CPC: Haverá resolução de mérito: III - quando as partes transigirem [...]”.²⁵

Na conciliação ocorre a intervenção do Juiz sobre as partes envolvidas na sensação obtida em juízo, anteriormente ao início da instrução da causa. Caso seja efetivado o acordo, o termo é lavrado e a sentença homologatória proferida pelo juiz, extinguindo-se o processo, também, com solução de mérito, conforme trata o art. 449 do Código de Processo Civil, da seguinte forma: “Art. 449 – CPC: O termo de conciliação, assinado pelas partes e homologado pelo juiz, terá valor de sentença”.²⁶

Segue jurisprudência de pedido de homologação de acordo formalizado:

Deve o Juiz, quando da homologação judicial de acordo, somente verificar a existência de eventuais defeitos ou nulidades e, sobretudo, a possibilidade jurídica de homologação dos pedidos (juízo de deliberação). Há evidente incompatibilidade entre os atos jurídicos de autocomposição (voluntário) e de penhora e adjudicação do imóvel, sendo inadequado estabelecer obrigações em acordo extrajudicial vinculadas à procedimentos e atos judiciais de expropriação como meio de satisfazer o pagamento do débito. [...].²⁷

Verifica-se que na homologação, o juiz apenas observa se existe algum erro e se o referido pedido tem possibilidade jurídica. A autocomposição se apresenta vantajosa no sentido de ser uma maneira mais rápida de resolver conflitos, uma vez que cabe às próprias partes se estruturarem para resolverem o conflito, acrescenta Geisa Cadilhe de Oliveira.²⁸

Cabe aqui salientar que a autocomposição é uma forma muito frequente de solucionar conflitos, visto que a sociedade até a prefere porque, a sua opção descarta os processos e papéis nos órgãos do Poder Judiciário, o que acaba dificultando o trabalho dos juízes.

24 RAMOS, Raissa Holanda; DIOGO, Rhafaela Cordeiro. A crise na efetividade das decisões judiciais e a vinculação dos precedentes judiciais. Revista Pesquisas Jurídicas. v. 3. 2014. p. 8.

25 BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm. Acesso em: 10 fev. 2021.

26 BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm. Acesso em: 10 fev. 2021.

27 BRASIL. TJ-SC - Apelação Cível: AC 20130640172 SC 2013.064017-2 (ACÓRDÃO). Jus Brasil. 2015. Disponível em: <http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25008431/apelacao-civel-ac-20130640172-sc-2013064017-2-acordao-tjsc>. Acesso em: 12 fev. 2021.

28 OLIVEIRA, Geisa Cadilhe. Técnicas de solução de conflitos: autocomposição e heterocomposição. Conteúdo Jurídico, 2014. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo/tecnicas-de-solucao-de-conflitos-autocomposicao-e-heterocomposicao46327.html>. Acesso em: 11 fev. 2021.

2.3. HETEROCOMPOSIÇÃO

A heterocomposição consiste em uma forma de solucionar conflitos, que se difere das demais, por apresentar a força obrigatória, o que significa que partes devem submeter-se à decisão impostas. O que a difere é que a decisão suprapartes, enquanto nas demais modalidade, como na autodefesa e na autocomposição, o resultado é obtido pelas próprias partes, por imposição ou composição. Conforme Giselle Cristina Lopes da Silva “Não se confunde com as formas anteriores, porque a decisão é suprapartes, enquanto na autodefesa e na autocomposição há um resultado obtido pelas próprias partes, impondo-se ou compondo-se”.²⁹

As características da heterocomposição são: um terceiro com poder é apresentado para decidir sobre as partes na solução de um conflito. Esta é a forma mais comumente empregada na solução de conflitos, o qual é solucionado por meio de intervenção de um agente exterior, principalmente através da jurisdição, em que cabe ao juiz dar a solução impositiva aos casos concretos; outra característica é a Arbitragem.³⁰

3. CRISE DA JURISDIÇÃO

O Poder Judiciário, nos dias atuais, tem enfrentado dificuldades para atender a todas as demandas que existem, pois o modelo tradicional de jurisdição já não é capaz, por si só, apresentar respostas sólidas e efetivas, pois, embora existam vencedores e perdedores, das demandas, os conflitos são tratados de forma superficial pelo Poder Judiciário, em virtude de sua atual estrutura, que apenas elimina as controvérsias sem nem sempre solucionar efetivamente o real conflito.³¹

Importante destacar que a sociedade brasileira é habituada a dar um tipo de tratamento às controvérsias, por meio de uma disputa entre as partes, que estão em busca de uma resposta, uma solução, mesmo em detrimento de prejuízos afetivos.

Embora o Poder Judiciário seja um dos três poderes clássicos do Estado, tem assumido uma responsabilidade fundamental de fazer valer o Estado Democrático de Direito, se apresentando com aquele que guarda a Constituição, trabalhando para que os valores e princípios que a sustentam sejam preservados, como a cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, além do pluralismo político, conforme trata a própria Constituição federal de 1988, em seu 1º artigo.³²

De umas décadas até os dias atuais, uma crise tem assolado o Poder Judiciário, que busca incessantemente a ela dar uma resposta positiva. Sobretudo, o papel

29 SILVA, Giselle Cristina Lopes da. Noções básicas de Direito Processual do Trabalho. Portal de E-Governo, 2012. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/conteudo/no%C3%A7%C3%B5es-b%C3%A1sicas-de-direito-processual-do-trabalho>. Acesso em: 11 fev.2021.

30 DELGADO, Maurício Godinho. Arbitragem e mediação no direito coletivo. 5. ed. São Paulo : LTr, 2014. p. 663.

31 BACELLAR, Roberto Portugal. A Mediação no Contexto dos Modelos Consensuais de Resolução de Conflitos. In: Revista de Processo, São Paulo. n. 95, p. 122-134. jul-set. 1999. p. 128.

32 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 12 fev. 2021.

do Estado é assistir e oferecer jurisdição aos seus cidadãos e a eles proporcionar mecanismos judiciais o suficientes o bastante para atender às demandas dos conflitos sociais.

No entanto, diante do grande número de conflitos que foram surgindo e levando-se em consideração a própria crise que já se encontrava na jurisdição, por conta da morosidade dos processos e da falta de capacidade dos operadores jurídicos tradicionais diante do surgimento das novas realidades, uma profunda crise, ainda mais severa se instalou na jurisdição.

A respeito da reforma processual e da morosidade Boaventura Santos destaca a existência de dois tipos de morosidade na prestação da tutela jurisdicional: a morosidade sistêmica e a morosidade ativa, levando à urgência de transformações, aplicando-se novos métodos alternativos, que possam contribuir para que a efetividade e a eficácia da tutela jurisdicional sejam alcançadas, no seguinte sentido:

A morosidade sistemática é aquela que decorre da burocracia, do positivismo e do legalismo. Muitas das medidas processuais adotadas recentemente no Brasil são importantes para o combate à morosidade sistêmica. Será necessário monitorar o sistema e ver se essas medidas estão a ter realmente a eficácia, mas há morosidade ativa, pois consiste na interposição, por parte de operadores concretos do sistema judicial (magistrados, funcionários ou partes), de obstáculos para impedir que a sequência normal dos procedimentos desfechem o caso.³³

Quatro crises da jurisdição são apontadas por Morais e Spengler: crise estrutural, crise objetiva ou pragmática, crise subjetiva ou tecnológica e crise paradigmática. Estas crises são resultados de vários fatores, dentre eles, “a pluralidade de instâncias, a deficiência de controles e número insuficiente de juízes e servidores em razão da situação econômica dos Estados.”³⁴

Em relação a crise objetiva ou pragmática, esta é atribuída aos aspectos pragmáticos da atividade jurídica, como a burocracia, lentidão e grande quantidade de demandas; a crise estrutural resulta da falta de estruturas adequadas, equipamentos, recursos humanos capacitados e elevados custos; a crise subjetiva ou tecnológica é relacionada com a falta de preparo tecnológico dos operadores jurídicos tradicionais, que sentem dificuldades em lidarem com as novas realidades fáticas que necessitam de novos instrumentos legais, de novas mentalidades; a crise paradigmática se relaciona com os métodos e conteúdo que são empregados pelo direito para solucionar os conflitos; a crise funcional se relaciona com leis inadequadas, processualística intrincada e a sistema de provocação do Judiciário deficiente.³⁵

Nas palavras de Casella e Souzaé preciso que seja reconhecido que são ineficazes os mecanismos institucionais tradicionais para solucionar conflitos, tanto quantitativa

33 SOUSA, Boaventura de Sousa. Para uma revolução democrática da justiça. São Paulo: Cortez, 2. ed. 2007. p. 43.

34 MORAIS, José Luís Bolzan de; PENGLER, Fabiana Marion. Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 78.

35 ZAFFARONI, Eugenio Raul. Poder Judiciário. Crise, Acertos e Desacertos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 27.

quanto qualitativamente e que eles dificultam o acesso dos cidadãos à justiça, direito que lhes são garantidos constitucionalmente.³⁶

A sociedade em geral fica prejudicada com a morosidade do processo judicial, visto que a violação do princípio da celeridade, dificulta o acesso à justiça e torna os custos do processo judicial excessivamente altos e impraticável para aqueles sem condições econômicas.

A morosidade da justiça leva a economia brasileira a perder, anualmente, cerca de US\$ 10 bilhões, demonstrando o grande congestionamento de processos no Poder Judiciário e que, embora tenham sido realizados grandes esforços pelo CNJ, estes não estão sendo suficientes para o atendimento da demanda em um prazo justo para garantia da tutela desejada, considera Alessandro de Souza Lima.³⁷

Muitos estudos têm apontado uma sociedade insatisfeita quanto aos serviços judiciários, afastando os cidadãos do Estado-juiz e ocasionando muita preocupação, especialmente em localidades mais pobres do Brasil.³⁸

Essa preocupação existe porque se o estado mostra a sua incapacidade de fazer cumprir as leis, aqueles cidadãos menos incluídos ou desintegrados do sistema se sentem mais que abandonados pelo Estado e passam a desrespeitar ainda mais o sistema legislativo oficial e passam a somente obedecerem às suas regras próprias, ou seja, regras criadas por grupos do crime organizado.

Leciona Ada Pellegrini Grinover:

A morosidade dos processos, seu custo, a burocratização na gestão dos processos, certa complicação procedimental; a mentalidade do juiz que nem sempre lança mão dos poderes que os códigos lhe atribuem; a falta de informação e de orientação para os detentores dos interesses em conflito; as deficiências do patrocínio gratuito, tudo leva à obstrução das vias de acesso à Justiça e ao distanciamento entre o Judiciário e seus usuários. O que não acarreta apenas o descrédito na magistratura e nos demais operadores do direito, mas tem como preocupante consequência a de incentivar a litigiosidade latente, que frequentemente explode em conflitos sociais, ou de buscar vias alternativas violentas ou de qualquer modo inadequadas (desde a Justiça de mão própria, passando por intermediações arbitrárias e de prepotência, para chegar até os "justiceiros").³⁹

Desta forma, o Estado tem procurado soluções mais práticas para assegurar a todos os seus cidadãos um acesso à justiça que seja igual para todos, que seja também justo, eficaz e que traga efeitos no mundo real e não somente no decorrer do processo.

36 CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 69.

37 LIMA, Alessandro de Souza. "Projeto OAB concilia". In: SILVEIRA, João José Custódio da; AMORIM, José Roberto Neves (coord.). *A nova ordem das soluções alternativas de conflitos e o Conselho Nacional de Justiça*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 19.

38 BACELLAR, Roberto Portugal. *Mediação e arbitragem*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 32.

39 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os fundamentos da justiça conciliativa*. Revista de arbitragem e mediação. São Paulo: RT, v. 14., jul. 2007. p. 16.

É preciso que se deixe para trás a obrigatoriedade de somente se ter um acesso formal à justiça, mas sim buscar novas formas de acesso que aís se adequem aos conflitos, visando uma mais justa ordem jurídica justa pois, não basta aos cidadãos terem formais garantias, se em seu cotidiano essas garantias não se efetivam.

Na visão de Ada Pellegrini Grinover:

Um acesso à justiça efetivo é aquele que possibilita aos cidadãos uma ordem jurídica justa, através de uma adequada tutela que solucione os conflitos e pacifique a sociedade, o que vai muito mais além do simples acesso ao Judiciário, de forma que esse assunto deve ser analisado fora dos restritos limites de acesso aos órgãos judiciários existentes no país.⁴⁰

Diante disto, o Legislador Constitucional, com a Emenda Constitucional nº. 45/04, consubstanciou a reforma do Judiciário, dispondo mecanismos direcionados para desburocratizar e tornar mais rápidas as atividades judiciárias, para tornar mais eficiente o serviço público.

Foi criado o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), visando proporcionar contribuições à prestação jurisdicional para que esta seja realizada com moralidade, eficiência e efetividade, para o bem da sociedade, de forma a colaborar de modo efetivo para o acesso do jurisdicionado à justiça, ampliando este acesso, com mecanismos de pacificação e responsabilidade social, relacionados intrinsecamente com os métodos alternativos de solução de conflitos, bem como estruturando tecnologicamente o Judiciário.

Em se tratando do meios alternativos de solução de conflitos, a Resolução nº. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça expõe os motivos e enfatiza que o acesso ao Poder Judiciário é tratado no inciso XXXV do art. 5º da Constituição, o qual deve ser interpretado como garantia de acesso à justiça por qualquer meio adequado de solução de conflitos, como a mediação e a conciliação.⁴¹

Por meio desta Resolução nº. 125/2010, o Conselho Nacional de Justiça, disciplinou a política nacional para dar um adequado tratamento aos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário.

Conforme André Gomma Azevedo a abordagem do conflito na referida Resolução, veio para alterar o seu papel e também os níveis de satisfação da população, pois, como se sabe, o ordenamento jurídico processual é organizado por processos destrutivos, lastreados no direito positivo.⁴²

A finalidade da Resolução efetivar o direito constitucional de acesso à justiça, buscando alcançar uma ordem jurídica mais justa, atribuindo ao Judiciário uma política pública permanente para tratar adequadamente os conflitos de interesses,

40 GRINOVER, Ada Pellegrini. Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 75.

41 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. Teoria geral do processo. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 44.

42 AZEVEDO, André Gomma. Novos desafios de acesso à justiça: novas perspectivas de resolução de disputas. In: SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da (Org.). Mediação de Conflitos. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013. pp. 3-22.

através da organização de mecanismos nacionais de solução alternativa de controvérsia, os quais devem ser incentivados e aperfeiçoados.

A partir da regulamentação, o Conselho Nacional de Justiça passou a reconhecer a mediação como um instrumento com eficácia para a pacificação social e para solucionar e prevenir litígios, em razão de que a sua implantação diminui o excesso de carga de conflitos a serem resolvidos no Judiciário e também a quantidade de recursos e processos que se encontram em execução.

A resolução foi atualizada no ano de 2013, de forma a expressar, através da política judiciária a garantia a todos da possibilidade de solucionar controvérsias por meios adequados, de acordo com as peculiaridades de cada caso, cabendo aos órgãos judiciais, no prazo de 12 (doze) meses, proporcionar os instrumentos de composição, especialmente os denominados meios consensuais, dentre eles, a mediação e a conciliação, assim como também atender e orientar o cidadão.

Os tribunais são obrigados a criarem núcleos permanentes de métodos consensuais de solução de conflitos, principalmente em matéria penal e restaurativa, devendo os mesmos serem constituídos por magistrados ativos ou aposentados e servidores, devendo ainda serem criados centros judiciários de solução de conflitos e cidadania, como unidades do Poder Judiciário nos Juízos com competência cível, fazendária, previdenciária e de família, os quais se responsabilizarão por realizar sessões e audiências de conciliação e mediação, e também para o atendimento e orientação ao cidadão, com atuação do Ministério Público, da Defensoria Pública, da Procuradoria e de advogados. Os referidos centros deverão ser organizados por áreas temáticas, dispondo, em separado, de setores de solução pré-processual, processual e de cidadania.⁴³

Em relação aos mediadores e conciliadores, distintamente do destaque dado à diferença formulada pela teoria da mediação, a Resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça preferiu uma disciplina uniforme entre mediação e conciliação, instituindo em anexo o Código de Ética, fixando os princípios e as regras impostas ao mediador e ao conciliador a respeito da necessidade de lisura, termo empregado para designar o compromisso e submissão às orientações do Juiz Coordenador.

Assim, conforme Gilton Batista Brito, são aplicadas tanto ao conciliador como ao mediador, as mesmas razões de impedimento e suspeição judicial, que devem ser informadas aos envolvidos. Poderão ser admitidos somente mediadores e conciliadores com capacitação para tal e submetidos à reciclagem permanente e à avaliação do usuário, vedando-se absolutamente a prestação de serviços profissionais, de qualquer natureza, aos envolvidos em processo de conciliação/mediação sob sua condução.⁴⁴

43 VEZZULLA, Juan Carlo. A mediação para uma análise da abordagem dos conflitos à luz dos direitos humanos, o acesso à justiça e o respeito à dignidade humana. In: Silva, Luciana Aboim Machado Gonçalves da (Org.). *Mediação de Conflitos*. São Paulo: Atlas, 2013. pp. 63-93.

44 BRITO, Gilton Batista. O acesso à justiça, a teoria da mediação e a resolução 125/2010 do CNJ. *Revista Ejuse*, Sergipe, v. 20, pp.103-121, 2015. Disponível em: <http://www.diario.tjse.jus.br/revistaemese/revistas/20.pdf#page=103>. Acesso em: 11 fev. 2021.

O Código, sintonizado com a teoria da mediação, os seguintes princípios e diretrizes são estabelecidos, os quais que devem formar a conscientizar os terceiros facilitadores, que estes princípios imperativos de conduta:

- a) Confidencialidade - dever de manter sigilo sobre informações para atuar obtidas na sessão, salvo autorização expressa das partes, violação à ordem pública ou às leis vigentes, não podendo ser testemunha do caso, nem atuar como advogado dos envolvidos, em qualquer hipótese.
- b) Decisão informada - que assegura ao jurisdicionado a plena informação quanto aos direitos e ao contexto fático no qual está inserido.
- c) Competência - dever de qualificação para atuar, com capacitação periódica obrigatória.
- d) Imparcialidade - dever de agir com ausência de favoritismo, preferência ou preconceito, garantindo que valores e conceitos pessoais não interfiram no resultado do trabalho, vedada a aceitação de qualquer espécie de favor ou presente.
- e) Independência e autonomia - significa atuação com liberdade, sem sofrer qualquer pressão interna ou externa, sendo permitido recusar, suspender ou interromper a sessão se ausentes as condições necessárias para o bom desenvolvimento, estando o dispensado de redigir acordo ilegal ou inexecutável.
- f) Empoderamento - como estímulo aos envolvidos no aprendizado para melhor resolução de seus conflitos futuros em função da experiência de justiça vivenciada.
- g) Validação - incentivo aos interessados para percepção recíproca como seres humanos merecedores de atenção e respeito.⁴⁵

Quanto aos procedimento de mediação/conciliação, são estabelecidas no Código as regras que regem o processo de conciliação/mediação. Consistem em normas de conduta para que o trabalho ocorra bem engajando os envolvidos, para que alcancem a pacificação e obtenham o comprometimento com o acordo estabelecido:

- a) Informação - dever de esclarecimento sobre o método de trabalho empregado, apresentando-o de forma completa, clara e precisa, e sobre os princípios deontológicos, as regras de conduta e as etapas do processo.
- b) Autonomia da vontade - respeito aos diferentes pontos de vista de forma a assegurar uma decisão voluntária e não coercitiva aos envolvidos, que detêm liberdade para tomar as próprias decisões.
- c) Ausência de obrigação de resultado - dever de não impor um acordo e de não tomar decisões pelos envolvidos, podendo, no máximo, criar opções no caso da conciliação.
- d) Desvinculação da profissão de origem - dever de esclarecer aos envolvidos que atuam desvinculados de sua profissão de origem, informando a possibilidade de convocação de um profissional, caso haja necessidade de orientação ou aconselhamento, com a concordância de todos.
- e) Compreensão quanto ao método de composição - assegurar que os envolvidos, ao chegarem a um acordo, compreendam perfeitamente as cláusulas.⁴⁶

45 BRITO, Gilton Batista. O acesso à justiça, a teoria da mediação e a resolução 125/2010 do CNJ. Revista Ejuse, Sergipe, v. 20. pp.103-121, 2015. Disponível em: <http://www.diario.tjse.jus.br/revistaesemese/revistas/20.pdf#page=103>. Acesso em: 11 fev. 2021.

46 BRITO, Gilton Batista. O acesso à justiça, a teoria da mediação e a resolução 125/2010 do CNJ. Revista Ejuse, Sergipe, v. 20. pp.103-121, 2015. Disponível em: <http://www.diario.tjse.jus.br/revistaesemese/revistas/20.pdf#page=103>. Acesso em: 11 fev. 2021.

Observa-se que a regulamentação dada pelo Conselho Nacional de Justiça na Resolução 125, adotou de forma clara conceitos, diretrizes, limites e estratégias sustentados pela teoria da mediação.

O órgão administrativo, quando estabeleceu a política judiciária nacional para tratar de forma adequada os conflitos de interesses, regulando principalmente a mediação no âmbito do Judiciário, passou a reconhecer uma forma mais ampliada do acesso à justiça, a qual se apresenta para que a ordem jurídica seja realizada mais justamente.

Portanto, se não há capacidade do processo garantir o acesso à ordem jurídica justa, destaca-se a desjudicialização, que retira não apenas questões relacionadas com a resolução de conflitos, mas também outras questões do Poder Judiciário, delegando-as para Serventias Extrajudiciais.

Portanto, pode-se afirmar que a expressão desjudicialização, muito atual nos acirrados debates entre juristas, não é novidade para o Registro Público, órgão que exerce por meio de jurisdição voluntária extrajudicial.

4. TRANSFERÊNCIA DA JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA PARA O EXTRAJUDICIAL E SOLUÇÕES AUTOCOMPOSITIVAS AOS CONFLITOS

A jurisdição contenciosa, nos dizeres de Humberto Theodoro Júnior, é aquela que apresenta os seguintes elementos: as partes envolvidas no conflito, o processo judicial e uma sentença que favorece uma partes, enquanto que a outra perde, ou seja existe a atuação do juiz que julga o processo e determina o que tem que ser feito.⁴⁷

Além disso, ela é caracterizada pelo objetivo de fazer o direito, pela lide que se faz presente, pelo conflito existente entre as partes e pela produção de coisa julgada, ou seja, a definição da solução. Por outro lado, a jurisdição voluntária consiste naquela que não há a presença de conflito, não há partes e não há nem a atuação do juiz e nem sentença julgada, somente há um procedimento de administração judicial de interesses privados não litigiosos.

Uma jurisdição voluntária se procede em casos nos quais existem interessados envolvidos em alguma situação que desejam mudar ou tornar disciplinada, de modo que afirmam um acordo entre si e se submetem à homologação do Estado, pois ela somente passa a ser válida se houver a homologação do Estado.

Entretanto, diante das dificuldades encontradas pelo Estado para o cumprimento de sua função função jurisdicional e proporcionar àqueles que necessitam de uma solução da lide, uma resposta efetiva, de qualidade, várias formas para desafogar o Poder Judiciário foram criadas, dentre elas, o uso das Serventias Extrajudiciais, para onde são transferidos procedimentos de jurisdição voluntária, desonerando, desta forma, algumas atividades do Poder Judiciário.

⁴⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 13. ed. vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 331.

A desjudicialização teve início no ano de 1973, quando foi aprovada a Lei de Registro Públicos (LRP - Lei 6.015/1973), com a intenção de unificar os procedimentos que não tinham a necessidade de ser de natureza jurisdicional para gerar efeitos contra terceiros.

Anteriormente à referida Lei, no ordenamento jurídico brasileiro muitos procedimentos se encontravam esparsos, o que acabava por tornar difícil identificar que tipo de conflito poderia ser solucionado por meio da via extrajudicial e qual precisava ser solucionado por meio de intervenção judicial.

Sobretudo, foram alguns anos mais tarde, no ano de 1992, com a edição da Lei 8.560, que mais intensamente a desjudicialização foi experimentada, quando se deu o início a várias possibilidades nas Serventias extrajudiciais, dentre elas: reconhecimento da paternidade de forma direta no registro de nascimento; a consignação extrajudicial de obrigação em dinheiro; a alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel e; após cinco anos, a conversão em propriedade, pela modalidade de usucapião, sem a necessidade de intervenção do Judiciário; outras hipóteses de desjudicialização, trazidas pelo CPC/2015 (LGL\2015\1656), dentre elas: demarcação e a divisão de terras; a mediação e conciliação extrajudiciais, reconhecidas pelo decreto nº 67/18 do CNJ, entre outros.

Pode-se afirmar que as Serventias Extrajudiciais avançaram no sentido de contribuir para desafogar o sistema jurídico, atuando com eficiência, celeridade e transparência e servindo de modelo para demais serviços públicos, por se tratar de serviços que aumentam a confiança e satisfação de toda a sociedade.

4.1. **VETORES PARA SOLUÇÃO DE CONFLITOS: SERVIÇOS JUDICIAIS DE NOTAS E REGISTROS**

As Serventias Extrajudiciais desempenham atividades que concedem publicidade, segurança jurídica, eficácia e autenticidade aos atos jurídicos, tornando-os possível ao alcance de todos. Optar pela via extrajudicial obtém-se maior celeridade dos procedimentos, de modo a se evitar que os processos se acumulem no Judiciário.

O Ordenamento jurídico da atualidade é constituído por cinco espécies de serventias extrajudiciais: Cartório de Registro Civil, Cartório de Notas, Cartório de Registro de Imóveis, Cartório de Protesto e Cartório de Registro de Títulos e Documentos, cada qual com suas próprias atividades, bem distintas e não devem ser motivo de confusão, principalmente em grandes centros urbanos, onde existe uma demanda maior de diferentes necessidades. No caso de cidades de pequeno porte, o mais comum é um cartório apenas, que acumula diversas competências.

Souza César assim caracteriza essas formas de Serventias Extrajudiciais:

Cartório de Registro Civil é aquele que trata da relação jurídica entre diferentes cidadãos, como registro de nascimento, casamento, óbito,

e outros mais, bem como quaisquer alterações que venham a ocorrer nesses atos, como registro do divórcio, de mudanças de nome ou de sobrenome e outros mais.

Cartório de Notas, é aquele que se responsabiliza por trazer fé pública aos documentos, ou seja garantir a publicidade, segurança e eficácia jurídica, com a realização de escrituras públicas, testamentos, atas notariais, reconhecimento de firmas e outros serviços.

Cartório de Registro de Imóveis, é aquele que arquiva todo o histórico dos imóveis da região onde atua e fornece a publicidade, autenticidade e segurança a respeito desses dados em seu arquivo, como averbações de imóveis e pedidos de Usucapião Extrajudicial.

Cartório de Protesto, é aquele que atribui publicidade à inadimplência de uma obrigação, sendo o local onde se dirige o credor para solicitar que dívidas resultantes de cheques, notas promissórias, duplicatas sejam recebidas.

Cartório de Registro de Títulos e Documentos, é aquele que registra demais documentos sem atribuição de competência para as outras espécies de Cartórios, como registro de músicas, notificações extrajudiciais, contratos, atos constitutivos e outros serviços mais.⁴⁸

Os Cartórios são regidos pela Constituição Federal de 1988 e também pela Lei Orgânica dos Notários e Registradores, Lei n. 8.935/94. Mais recente, ocorreu a instituição do Cartório de Protesto, no ano de 1997, por meio da Lei n. 9.492/97.

Em relação ao tratamento extrajudicial da resolução de conflitos, já foi acima apresentado que no ordenamento jurídico brasileiro os meios consensuais são regulamentados por um minissistema constituído pela Resolução 125, de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça, ao instituir uma Política Pública para tratar conflitos pelo Judiciário, Novo Código de Processo Civil – NCPC (Lei 13.105/2015) e a Lei de Mediação (Lei 13.140/2015).⁴⁹

No ano de 2018, por meio do Provimento 67 de 26 de março de 2018, o Conselho Nacional da Justiça regulamentou o artigo 42 da Lei de Mediação e consolidou uma permanente política para incentivar e apreefeioar a resolução de conflitos por conciliação e mediação, com a inserção das serventias extrajudiciais nessa sistemática.

4.2. MEIOS ADEQUADOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS: MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO

Uma eficiência maior da tutela jurisdicional, adequada instrumento pacificador social foi possível graças à adoção de métodos alternativos para a solução de conflitos, quais sejam: a arbitragem, a conciliação e a mediação. Neste trabalho serão apenas apresentados os meios de mediação e arbitragem.

48 SOUZA CÉSAR, Gustavo. A função social das serventias extrajudiciais e a desjudicialização. Colégio registral do Rio Grande do Sul. 2019. Disponível em: <https://www.colegioregistrals.org.br/doutrinas/artigo-a-funcao-social-das-serventias-extrajudiciais-e-a-desjudicializacao-por-gustavo-sousa-cesar/>. Acesso em: 12 fev. 2021.

49 GRINOVER, Ada Pellegrini. Os métodos consensuais de solução de conflitos no novo CPC. In: O novo Código de Processo Civil – questões controvertidas. São Paulo: Gen-Atlas, 2015. p. 3.

A palavra *mediação* consiste em um meio de solucionar conflitos, sem a necessidade de recorrer ao Poder Judiciário. Trata-se de um termo originado do latim, “mediatio”, cujo significado é intervenção, intercessão, mas que ainda apresenta confusão em sua conceituação bastante, até nos dicionários, visto que, no dicionário jurídico, o referido termo expressa um ato de intervenção, cujo mediador consiste em um terceiro que negocia, afirma De Plácido e Silva.⁵⁰

Contudo, conforme Petrônio Calmon, a Mediação se trata de um ofício utilizado na ação do mediador, quando se interpõe entre as partes em conflito, buscando aproximá-las, para que possa ser alcançado a melhor solução para a questão.⁵¹

Nas lições de Fernanda Tartuce, a *mediação* é assim definida:

Como uma atividade adotada para tornar mais fácil a comunicação entre as partes envolvidas em um conflito, deforma que as mesmas possam visualizar os detalhes da controvérsia e encontrar uma solução consensual [...], cabendo ao mediador não impor decisões, mas dirigir as regras de comunicação entre as partes.⁵²

Para José Luiz Bolzan de Moraes e Fabiana Marion Spengler:

[...] a Mediação consiste em uma espécie do gênero justiça consensual, poderia ser definida como a forma ecológica de resolução dos conflitos sociais e jurídicos na qual o instituto de satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal. Trata-se de um processo no qual uma terceira pessoa - o mediador - auxilia os participantes na resolução de uma disputa. O acordo final trata o problema com uma proposta mutuamente aceitável e será estruturado de modo a manter a continuidade das relações das pessoas envolvidas no conflito.⁵³

A Mediação, segundo Francisco José Cahali, é indicada em situações em que as partes envolvidas no conflito possuem maior intensidade tempo na relação, enfatizando os pessoais e também os jurídicos, como por exemplo, nas relações familiares e também quando uma empresa vai se dissolver, além de relações como as de vizinhança.⁵⁴

Este meio de solução é indicado nestas relações mais estreitas porque ele não apenas cuida de dar uma solução aos conflitos pontuais, mas se aprofunda no relacionamento que existe entre as partes e procura encontrar nele a razão real do referido conflito, que muitas vezes não é aquele apresentado pelas partes, mas resultado de desentendimentos constantes que acabam por desgastar o relacionamento.

A Mediação tem, como finalidade, realizar a aproximação das partes envolvidas no conflito e fazer com que elas restabeleçam o diálogo entre elas, para que as mesmas possam solucionar o conflito.⁵⁵

50 SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. 5. ed. Rio de Janeiro, v. 1 e 3. Forense, 1978. p. 256.

51 CALMON, Petrônio. Fundamentos da mediação e da conciliação. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 119.

52 TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis. São Paulo: Método, 2008. p. 112.

53 MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição! Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 131.

54 CAHALI, José Francisco. Curso de arbitragem. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 59.

55 MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição! Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 131.

Desta forma, a Mediação se foca no conflito e não na solução do mesmo, cujo mediador tem o papel de levar as partes a ponderarem, ou seja, conscientizarem de seus comportamentos e reconhecerem o lado do outro, respeitando sua posição e proposições.

Acrescenta Roberto Portugal Bacelar, que a Mediação é realizada sob sigilo e demora mais para ser concluída do que a conciliação e também pode ser realizada no decorrer do processo, a qual, de acordo com o Projeto de Lei nº 94/2002, denomina-se de “Mediação paraprocessual, e o juiz da causa designa mediadores para conduzi-la, os quais deverão ser advogados”.⁵⁶

O pedido da Mediação pode ser efetuado por uma das partes, anteriormente ao início da demanda ou no decorrer do processo e esta aproximação das partes é feita sob orientações e organização do mediador, o qual caracteriza-se pela capacitação, imparcialidade, independência e ter sido livremente.

Cabe ao mediador, segundo leciona Fernanda Tartuce “Auxiliar as partes conflituosas para que reconheçam as multifacetadas origens da controvérsia, de forma que as mesmas possam construir, por si, a composição do litígio da maneira mais satisfatória [...] à sua realidade interna e externa”.⁵⁷

As partes envolvidas no conflito, durante a Mediação, podem expor o problema, fazer-se escutar e serem questionadas, dialogando de modo construtivo e buscando a identificação dos interesses comuns, opções, para que consigam lançar um acordo.

Deve-se argumentar, portanto, que o mediador não opina a respeito das falas das partes, cabendo-lhes somente auxiliá-las a conversar em busca de se pacificarem. Desta forma, as partes falam sem receio de julgamento, uma vez que não cabe ao mediador avaliá-las e, de forma contrária ao juiz, ele não as julga, mas apenas conduz as sessões, para que as partes possam falar e se fazerem ouvidas.

O espaço onde ocorre a Mediação se caracteriza pela democracia, no qual, tanto as partes como o mediador devem compartilhar um espaço comum e participativo, para que todos cheguem a um comum.

Portanto, o mediador se posiciona centralmente e com equilíbrio entre as partes envolvidas, auxiliando-as a encontrarem uma solução satisfatória.

A Mediação não busca apenas solucionar o conflito, ou seja, chegar a um consenso, mas proporcionar a equilibrada e harmoniosa comunicação entre as partes.

O sucesso de uma Mediação resulta quando o mediador consegue facilitar o diálogo entre as partes, e conduzi-las a um consenso e que ambas consigam resgatar a confiança e o senso de compromisso para

56 BARCELLAR, Roberto Portugal. Métodos consensuais na forma autocompositiva, sua aplicação no judiciário e as diferenças básicas entre mediação e conciliação. In: GUNTHER, Luís Eduardo; PIMPÃO, Rosemarie Diedrichs (coord.). Conciliação um caminho para a paz social. Curitiba: Juruá, 2013. pp. 229-238.

57 TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis. São Paulo: Método, 2008. p. 70.

elaborarem respostas conjuntas negociadas e partir para uma nova fase em sua relação interpessoal.⁵⁸

Entende-se que a Mediação é um meio para tratar conflitos nas mais variadas áreas, envolvendo litígios de vizinhança, entre empregados e empregadores, nas relações de consumo, e também entre familiares. A Mediação como meio de solucionar conflitos é utilizada desde a antiguidade, remontando aos 3000 anos a.C. na Grécia.⁵⁹

Além da cultura grega, também as culturas islâmicas utilizavam a Mediação para solucionar os conflitos e os mais variados problemas que surgiam entre as sociedades pastoris do Oriente Médio, eram solucionados por meio de reuniões comunitárias de idosos, nas quais debatiam-se e mediavam-se questões conflituosas. Também nas aldeias hindus da Índia a Mediação é empregada, a qual é denominada de sistema de justiça *panchayat*, o qual consiste no agrupamento de cinco membros, quer para mediar, quer para arbitrar os conflitos.⁶⁰

Porém, foi apenas depois no século XX que a Mediação se tornou um sistema estruturado, passando a ser muito empregada em países como França, Inglaterra, Irlanda, Japão, Noruega, Bélgica, Alemanha e outros mais, seja para descongestionar os seus Tribunais, seja para proporcionar acesso fácil da população à justiça.

Na China, a Mediação comunitária tem atravessado muitas gerações e a Mediação institucional é instância obrigatória de acesso à justiça. Nos dias atuais a China emprega as Comissões Populares de Mediação para solucionar muito conflitos no âmbito pré-judiciário. O Japão adota o *chotei*, um tipo de conciliação prévia obrigatória, também milenar, empregada principalmente para solucionar conflitos familiares. Na África realizam-se convocações de assembleias ou as chamadas Juntas de Vizinhança lideradas por uma associação ou por pessoas respeitadas na comunidade para fazerem a mediação.⁶¹

Isto mostra que a Mediação sempre fez e continua fazendo parte da história da humanidade, cujos resultados tem sido satisfatórios, bem mais que os processos judiciais, em razão de preservar as relações entre as partes, sejam pessoais ou comerciais.

No Brasil, a Mediação para solucionar conflitos surgiu no século XX, com mais precisão, por volta de 1990, devido à busca por tornar mais fácil o acesso dos cidadãos à justiça e também em razão do Sistema Judiciário se apresentar ineficiente para resolver a grande quantidade de processos, inicialmente trabalhistas, mas que depois se alargaram também para os familiares e empresariais.

Já a Constituição Imperial de 1824 tratava dos juízes árbitros, conforme previsto nos artigos 160 e 161.⁶² Enquanto que no Código Comercial brasileiro Lei nº 556

58 TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis. São Paulo: Método, 2008. p. 70.

59 RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. A prática da mediação e o acesso à justiça. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

60 RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. A prática da mediação e o acesso à justiça. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

61 MIRANDA, Maria Bernadete. O Instituto da Mediação no Meio Ambiente dos Conflitos Empresariais. Direito Brasil, 2008. p. 6. Disponível em: <http://www.direito.brasil.adv.br/artigos/md.pdf>. Acesso em: 11 fev. 2021.

62 BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil (De 25 de Março de 1824). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 12 fev. 2021.

de 25 de junho de 1850, se caracterizava a arbitragem nos revogados artigos 139 e 294.⁶³ Porém, na Constituição Federal de 1988, no artigo 98, encontra-se tratada a criação de juzizados especiais e justiça de paz, para a solução dos conflitos.⁶⁴

Além de diversas leis e decretos, também no novo Código Processual Civil, sancionado no dia 16 de maio de 2015, e que entrará em vigor no ano de 2016, pela Presidente a Mediação foi institucionalizada em processos judiciais, visando dar celeridade à resolução dos conflitos.⁶⁵

Atualmente no Brasil existe uma morosidade do Judiciário bem acentuada e que cresce dia-a-dia, fazendo aumentar também a insatisfação dos cidadãos que dele necessitam. Porém, a Mediação tem sido empregada como um meio menos oneroso e desgastante para solucionar os conflitos, consistindo em uma autocomposição realizada por meio de um terceiro neutro, para facilitar e incentivar as partes envolvidas em um conflito a aceitarem, de modo voluntário, uma solução recíproca, que favoreça a ambas as partes, através de um procedimento confidencial.

Conciliação da mesma forma que a **Mediação**, consiste também em um meio alternativo para solucionar conflitos, necessitando da concordância das partes envolvidas e utilizando um terceiro para tornar mais fácil o diálogo e o alcance de uma amigável solução.

A palavra Conciliação é derivada do latim “conciliatio”, de “conciliare” e, nas lições De Plácido e Silva, significa que se trata de um ato pelo qual duas ou mais partes em conflito alcançam uma solução amigável ato pelo qual duas ou mais pessoas, desavindas a respeito de certo negócio, ponham fim à divergência amigavelmente.⁶⁶

Conforme o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), consiste a **conciliação** “[...] em uma maneira de solucionar conflitos, a partir de um acordo entre as partes, através da orientação de uma terceira pessoa, consolidando-se em uma dinâmica voltada à efetiva solução das disputas, sendo prevista legalmente”.⁶⁷

Trata-se, de acordo Lídio Val Júnior:

[...] de um meio empregado para solucionar consensualmente conflitos, cabendo aos envolvidos decidir e por um consenso, auxiliados por um terceiro [...] que atua como um facilitador do acordo, criando um contexto propício para o entendimento mútuo, à aproximação dos interesses e à harmonização das relações.⁶⁸

63 BRASIL. Lei nº 556, de 25 de junho de 1850. Código Comercial. As questões de fato sobre a existência de fraude, dolo, simulação, ou omissão culpável na formação dos contratos, ou na sua execução, serão determinadas por arbitadores...Todas as questões sociais que se suscitarem entre sócios durante a existência da sociedade ou companhia, sua liquidação ou partilha, serão decididas em juízo arbitral. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L0556-1850.htm. Acesso em: 10 fev. 2021.

64 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 fev. 2021.

65 FRANCO, Cintia. A solução consensual de conflitos no novo Código de Processo Civil. Direito Net, 2015, p. 1. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9012/A-solucao-consensual-de-conflitos-no-novo-Codigo-de-Processo-Civil>. Acesso em: 12 fev. 2021.

66 De Plácido e Silva. Vocabulário Jurídico. 25 ed. São Paulo: Forense. 2004, p. 503.

67 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Com apoio do CNJ, Lei da Mediação é sancionada pelo Executivo. 2015, p. 3.. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79761-com-apoio-do-cnj-lei-da-mediacao-e-sancionada-pelo-executivo> Acesso em: 11 fev. 2021.

68 VAL JÚNIOR, Lídio. **A conciliação como forma de pacificação e mudança social**. Marília: UNIMAR, 2006, p. 80.

Por Lília Maia de Moraes Sales assim é definida a Conciliação:

[...] meio de solução de conflitos em que as pessoas buscam resolver as controvérsias auxiliadas por um conciliador, ou seja, um terceiro, o qual recebe a denominação de conciliador. A conciliação em muito de assemelha à mediação. A diferença fundamental está na forma de condução do diálogo entre as partes.⁶⁹

Trata-se de um meio de solução pacífica pelo qual ambas as partes alcançam uma decisão, consensualmente. Nas palavras de Maurício Godinho Delgado consiste em:

Um método de solução de conflitos em que as partes agem na composição, mas dirigidas por um terceiro, destituído do poder decisório final, que se mantém com os próprios sujeitos originais da relação jurídica conflituosa. Contudo, a força condutora da dinâmica conciliatória por esse terceiro é real, muitas vezes conseguindo implementar resultado não imaginado ou querido, primitivamente, pelas partes [...].⁷⁰

Desta forma, o objetivo da Conciliação é fazer com que as partes envolvidas se entendam, por meio da identificação de problemas e possíveis soluções. Em termos de história, não se sabe ao certo de onde procedeu o instituto da Conciliação, embora se saiba que ele se originou junto com a sociedade, visto que a negociação faz parte da vida humana.

Lidio Val Júnior, corrobora com este entendimento e afirma que o instituto da Conciliação já macou sua presença nas leis gregas e romanas, nas quais existia uma pessoa, como se fosse um “magistrado”, que se responsabilizava por conciliar as partes conflitantes, de forma a convencê-las dos benefícios que poderiam alcançar com o acordo. na área da família, haviam, entre as leis romanas, as *conciliatrix*, que se tratavam de senhoras que se encarregavam de promover encontros entre cônjuges separados com o objetivo de apaziguá-los.⁷¹

O método da *conciliação* é empregado em muitos países, que o preferem em razão de se tratar de uma maneira mais pacífica e menos informal para solucionar conflitos, sem ser necessário abrir um processo judicial e ter que trabalhar e suportar todas as inconveniências que o mesmo envolve.

No Brasil, a *conciliação* é tratada como um instituto do processo, que visa solucionar conflito antes da instauração do mesmo ou a qualquer momento no decorrer de seu curso. Neste sentido trata da matéria o Código de Processo Civil Brasileiro nos artigos 125 e 331, §1º, respectivamente.⁷²

Observa-se, segundo o Código Processual Civil, que o magistrado pode tentar a conciliação das partes em várias momentos, porém, o principal conciliador fica a cargo dos Juizados Especiais, a partir de sua constituição, por meio da Lei 9099/95, os quais, conforme já mencionados, foram instituídos para que os cidadãos pudessem

69 SALES, Lília Maia de Moraes. *Mediare: um guia prático para mediadores*. 3 ed. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 42.

70 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, 14. ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 1132.

71 VAL JÚNIOR, Lídio. **A conciliação como forma de pacificação e mudança social**. Marília: UNIMAR, 2006. p. 72.

72 BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm. Acesso em: 12 fev. 2021.

buscar a proteção de seus interesses individuais, por uma via mais fácil, menos burocrática, mais barata, mas rápida e justa, que tem apresentado ótimos resultados.

O sistema legal nacional, ao adotar os mecanismos alternativos de solução de conflitos, sempre teve uma preferência pela Conciliação, pois esta prática estimula as partes envolvidas a decidirem o conflito, por isto o referido instituto sempre marcou sua presença na legislação processual civil brasileira, principalmente pela tentativa de conciliação pelo magistrado.

No dia 16 de março de 2015 foi sancionada a Lei nº 13.105 que instituiu o novo Código de Processo Civil, que, no ano de 2016 substituirá o CPC promulgado em 1973. Espera-se que neste documento reduza a quantidade de processos, que se encontra há muito tempo na Justiça. Dentre as mais relevantes mudanças, encontra-se o estímulo à autocomposição, devendo, para tal, que Tribunais criem centros judiciários de solução consensual de conflitos, visando realizar sessões e audiências de conciliação e mediação.

A referida Lei traz muito bem delimitados os papéis do conciliador e do mediador, visto que ao primeiro cabe propor sugestões de solução, devendo, preferencialmente, atuar em situações em que não existir nenhum vínculo anterior entre as partes, enquanto que ao mediador cabe atuar junto a situações em que já existe um vínculo anterior, e fazer com que as partes voltem a dialogar, de forma que, posteriormente, possam tratar melhor o conflito, solucionando-o da melhor forma possível.

Neste sentido, assim expõe Cintia Franco:

No novo código, os três meios alternativos de solução de conflitos: a conciliação, a mediação e a arbitragem, receberão estímulos de juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público para serem empregadas, especialmente no decorrer do processo judicial. O artigo 319 deste novo documento prevê que na petição inicial deverá constar a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação, cabendo ao juiz a designação da audiência de conciliação ou de mediação, a qual poderá se dar em duas sessões ou mais, contanto que respeite o limite de dois meses da data de realização da primeira sessão e desde que imprescindíveis à composição das partes.⁷³

Além do mais, o novo Código ainda determina que antes de um processo ser julgado, o juiz deverá realizar uma tentativa de conciliação entre as partes, independentemente dos demais métodos de solução empregados anteriormente.

Isto leva a entender que o novo documento legal tem, dentre todas as suas finalidades, fazer com que ocorra a autocomposição, ao estabelecer que não será realizada a audiência de conciliação ou mediação quando as partes não consentirem expressamente. No caso de existir a audiência, esta poderá ser realizada por meio

73 FRANCO, Cintia. A solução consensual de conflitos no novo Código de Processo Civil. Direito Net. 2015. p. 1. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9012/A-solucao-consensual-de-conflitos-no-novo-Codigo-de-Processo-Civil>. Acesso em: 13 fev. 2021.

eletrônico, devendo ser aplicada uma multa se uma das partes não comparecer injustificadamente à audiência.

Este objetivo do novo Código é tornar mais célere a solução dos conflitos. A Conciliação se difere da Mediação em relação à origem do conflito, a postura do mediador e às técnicas empregadas e Francisco José Cahali assim afirma: “a conciliação se foca na solução do problema”.⁷⁴

Em relação ao tempo de demora da Conciliação, este se faz bem mais rapidamente que o da Mediação e também se apresenta bem menos complicado, visto que seus procedimentos são mais fáceis e rápidos, limitando-se, na grande maioria dos casos, em uma única seção, não havendo a necessidade de o mediador buscar um conhecimento mais aprofundado sobre as partes.

Sobretudo, na visão de Lídia Maia de Moraes Sales, a principal diferença se encontra no conteúdo de cada instituto, em razão de que, a conciliação busca pelo acordo, de modo a evitar o processo judicial ou para nele findá-lo, se ele já existir. Neste instituto, o conciliador sugere, interfere, aconselha, enquanto que na Mediação, o mediador busca tornar mais fácil a comunicação entre as partes, para que elas próprias possam chegar a um consenso.⁷⁵

Ainda há outra classificação das diferenças existentes entre Conciliação e Mediação e quem as apresentam são José Luiz Bolzan Moraes e Fabiana Marion Spengler, de quatro maneiras: em relação ao conflito, ao conciliador/mediador, aos objetivos a serem alcançados e às técnicas adotadas.⁷⁶

Quanto ao conflito: na **conciliação** eles são esporádicos, em razão de que as partes envolvidas não possuem ou nunca possuíram nenhuma forma de relacionamento, enquanto que na **mediação**, as partes mantêm e continuarão mantendo, como se deseje, um relacionamento. Quanto ao conciliador/mediador: na **conciliação**, cabe ao conciliador, pessoa terceira, fazer sugestões, oferecer orientações e mostrar um caminho para um bom resultado, ao passo que ao mediador cabe auxiliar as partes a restabelecer a comunicação. Quanto aos objetivos esperados: a **mediação** trata, de forma adequada, o conflito, para que possa ocorrer um retorno da comunicação entre as partes de modo satisfatório, podendo ocorrer o acordo, conseqüentemente, enquanto que na **conciliação**, o acordo é o principal objetivo a ser alcançado.⁷⁷

Quanto às técnicas adotadas e dinamismo das sessões: na Mediação, as técnicas utilizadas são para escutar as partes, por isto suas sessões são mais longas (uma hora e meia cada uma), chegando mesmo até a necessitar de remarcação de sessões quando houver necessidade, sempre visando manter o diálogo. Na Conciliação, por outro lado, as técnicas estimulam o acordo, com a apresentação de sugestões e

74 CAHALI, José Francisco. Curso de arbitragem. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 55.

75 SALES, Lídia Maia de Moraes. Mediar: um guia prático para mediadores. 3. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 38.

76 MORAIS, José Luís Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição! 4. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012. p. 174.

77 MORAIS, José Luís Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição! 4. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012. pp. 174-178.

propostas de negociação. As sessões são mais curtas e não é comum a remarcação das mesmas.⁷⁸

Desta forma, conhecer estas diferenças é de suma relevância, de forma que se possa orientar, da melhor forma possível, as partes e escolher o melhor procedimento para solucionar o conflito.

5. CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO NAS SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS: UMA NOVA ATRIBUIÇÃO

Para aplicar os métodos de conciliação e mediação, conciliadores e mediadores saem de suas profissões originárias para atuarem com a única finalidade de tratar conflitos. Esses profissionais não apresentam soluções jurídicas, como é função de advogados. Também não oferecem decisões impositivas, como o juiz e, tampouco, fazem análises de conflitos intrapsíquicos, tal qual os psicólogos.

Eles, conciliadores e mediadores simplesmente aplicam técnica própria, de acordo com o tipo de conflito, com o objetivo de transformar a comunicação, se posicionando como um neutro e imparcial terceiro. Por isso a importância de conhecer profundamente os meios consensuais.

No caso dos Notários e Registradores, estes profissionais passaram a executar esta nova atribuição, de solução de conflitos, aplicando técnicas específicas para facilitarem a comunicação e proporcionarem a solução dos conflitos. Os Notários e registradores, para atuarem na mediação e conciliação de conflitos, precisam ter um preparo básico, de acordo com a Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça, de 2010, que dispõe do mínimo exigido para esta capacitação.⁷⁹

O Novo Código Civil estabelece que o CNJ, mais o Ministério da Justiça é que devem definir o parâmetro curricular, embora caiba às entidades credenciadas pelos tribunais a capacitação mínima ficará. Sobretudo, os requisitos mínimos para esta capacitação são tratados na Lei de Mediação, em seu artigo 12, porém nada menciona a respeito das câmaras privadas de conciliação.

A formação e capacitação dos profissionais para atuarem nas Serventias Extrajudiciais são de suma relevância, sendo estas fundamentais a aos meios consensuais. Desta forma, o Provimento 67/2018, em seu artigo 6º traz a necessidade de formação e aperfeiçoamento constante.⁸⁰

O referido Provimento n. 67/2018 não menciona a respeito da obrigatoriedade de, no mínimo, dois anos de graduação em curso de ensino superior, o que contrapõe

78 MORAIS, Jose Luís Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição! 4. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012. pp. 174-178.

79 SILVA, Érica Barbosa e; MIRANDA, Marília Ferreira de; RAGAZZINI, Adriana Rolim. Conciliação e Mediação nas Serventias Extrajudiciais: primeiras impressões. Jus Brasil. 2016. p. 1. Disponível em: <https://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/100549980/artigo-conciliacao-e-mediacao-nas-serventias-extrajudiciais-primeiras-impressoes-por-erica-barbosa-e-silva-marilia-ferreira-de-miranda-e-adriana-rolim-ragazzini>. Acesso em: 11 fev. 2021.

80 POMPEU, Ana. Norma do CNJ autoriza cartórios a fazer mediação e conciliação de conflitos. Consultor Jurídico, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-30/cnj-autoriza-cartorios-mediacao-conciliacao-conflitos>. Acesso em: 12 fev. 2021.

as determinações ao mediador judicial determinadas pela Lei de Mediação, em seu artigo 11.

É importante destacar que cabe às Serventias Extrajudiciais optarem ou não para fazer conciliações e mediações, por se tratar de procedimentos facultativos. Porém, havendo a opção, as Serventias Extrajudiciais devem cumprir com todos os requisitos necessários para poderem executar a mediação e conciliação. Estes requisitos são: profissionais formados e capacitados, adequado ambiente, reservado e discreto, bem como comunicar previamente ao respectivo Juiz Corregedor Permanente.⁸¹

As Serventias Extrajudiciais habilitadas para executarem a mediação e conciliação podem receber qualquer tipo de demanda, relacionada a direitos patrimoniais disponíveis, não havendo limitações de matéria por especialidade de Serviço Extrajudicial, o que torna mais fácil o acesso aos meios consensuais.

Os procedimentos de mediação e de conciliação devem seguir os passos descritos: a Serventia Extrajudicial habilitada ao ser procurada pelo interessado, pessoa natural capaz ou pessoa jurídica, deve protocolar a solicitação do interessado e enviar à parte contrária uma notificação de comparecimento, facultativamente, em data e horário combinados. A data pode ser convenionada pelo profissional, de forma a atender aos todos os interessados, sempre considerando a importância da livre adesão ao método.

Qualquer meio de comunicação pode ser utilizado para a notificação à parte contrária, desde que seja idôneo, como meio eletrônico, carta com AR ou notificação via Oficial de Registro de Títulos e Documentos da comarca do domicílio da parte interessada na solução do conflito, a qual deve arcar com os custos desse procedimento.

Após a composição, todos devem assinar o acordo, o qual deverá ser reduzido a termo e registrado no Livro de Mediação e Conciliação, podendo ou não ser escriturado em meio eletrônico, lembrando que no Provimento não é a previsão somente de um classificador, mas de livro próprio para a escrituração desses atos.

Cada um dos envolvidos receberá uma única via nominal do termo de mediação ou conciliação, a qual poderá ser enviada por meio da internet, com o uso de código específico. A referida via, de acordo com o Código de Processo Civil, em seu art. 585, II, será validada como título executivo extrajudicial, embora a certidão de todo ato realizado no decorrer da mediação ou conciliação, incluindo o traslado do respectivo termo, não será validada como título executivo extrajudicial, visto que as tratativas do ato devem ser sigilosas.

Caso ocorra a desistência do pedido, este deverá ser solicitado, oralmente, ou por escrito, durante o procedimento, a qual será presumida caso haja a não manifestação do requerente dentro do prazo estipulado. Em casos de desistência ou de não

81 BARBOSA E SILVA, Érica. Profissionalização de conciliadores e mediadores, in Revista Científica Virtual da Escola Superior da Advocacia. n. 23, São Paulo: OAB/SP, 2016. pp. 67-77.

alcance de acordo, o pelo Notário ou Registrador deverá arquivar o procedimento, que permanecerá consignado na circunstância no Livro de Conciliação e Mediação.

Sobre os custos, seja qual for o tipo de Serventia Extrajudicial escolhida pelo interessado, o valor será cobrado de acordo com as escrituras com valor declarado, podendo ser exigido pelos Notários e os Registradores, o depósito prévio desses valores. Entretanto, havendo a arquivamento sem acordo, será devolvido 90% do valor recebido, se antes da sessão de mediação ou conciliação; 50% quanto infrutífera a sessão de mediação ou conciliação e 40% quando a sessão de mediação ou conciliação, depois de iniciada, teve de ser continuada em outra data.⁸²

A conciliação e a mediação na Serventias Extrajudiciais mostram-se extremamente relevantes para favorecer uma mudança cultural: ampliar os espaços para que os meios consensuais sejam cada vez mais vistos como uma saída efetiva para a solução de qualquer impasse, sobretudo àqueles de cunho patrimonial disponível.

Desta forma, desde que foi editado o Provimento nº 67, por parte do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no dia 26 de março de 2018, em todo o Brasil os tabeliães de notas puderam passar a exercerem a atividade de agentes mediadores e conciliadores de conflitos, “trazendo para a esfera extrajudicial uma atividade antes exclusiva do Poder Judiciário, e que o deixava ainda mais sobrecarregado com as demandas dos jurisdicionados”.⁸³

Um sistema multiportas foi instituído no Brasil a partir da Resolução CNJ nº 125/2010, Lei de Mediação e CPC/2015, com a finalidade de fomentar o uso e a disseminação da consensualidade, de forma que alterou também a grade curricular das universidades, que tiveram que dispor de adequadas disciplinas e métodos de resolução de conflitos, visando contribuir para uma melhor formação dos operadores do Direito, buscando constantemente a cultura da paz.⁸⁴

Embora o Provimento tenha sido instituído no ano de 2018, alguns Estados já executavam os referidos serviços de mediação e conciliação de conflitos. Um exemplo é o do Tribunal de Justiça do Estado do Acre que no ano de 2016, portanto dois anos antes, notícia a instituição do Provimento sobre mediação e conciliação nos cartórios do Estado.⁸⁵

Outro exemplo, é o do Tribunal de Justiça de Alagoas, que já realizava esse serviço de mediação e conciliação de conflitos desde o ano de 2013, obedecendo a Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça. Por isso, editou o Provimento

82 BARBOSA E SILVA, Érica; MIRANDA, Marília Ferreira de; RAGAZZINI, Adriana Rolim. Conciliação e Mediação nas Serventias Extrajudiciais - Primeiras Impressões. Jus Brasil. 2016. p. 1. Disponível em: <https://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/100549980/artigo-conciliacao-e-mediacao-nas-serventias-extrajudiciais-primeiras-impressoes-por-erica-barbosa-e-silva-marilia-ferreira-de-miranda-e-adriana-rolim-ragazzini>. Acesso em: 11 fev. 2021.

83 COLÉGIO NOTARIAL DO BRASIL. A atividade notarial tem tido papel fundamental na desjudicialização. 2020. p. 1. Disponível em: <https://www.notariado.org.br/a-atividade-notarial-tem-tido-papel-fundamental-na-desjudicializacao-de-procedimentos-que-antes-dependiam-da-chancela-judicial-afirma-conselheiro-do-cnj/>. Acesso em: 11 fev. 2021.

84 MONTANARI, Fernando Alves. Conhecendo os Cartórios: Ideias iniciais. Jornal Manchete da Região, Buritama, em 25/01/2014. p. 1. Disponível em: www.serjus.com.br. Acesso em: 14 fev. 2021.

85 BRASIL. Tribunal de Justiça do Acre - TJAC. Provimento nº 18/2016. Dispõe sobre mediação e conciliação no âmbito das serventias extrajudiciais do Estado do Acre e outras medidas correlatas. 2016. Disponível em: https://www.tjac.jus.br/wpcontent/uploads/2016/11/Provimento_COGER_TJAC_18_2016.pdf. Acesso em: 11 fev. 2021.

nº 18/2013 que foi revogado, mas que foi revogado pelo Provimento nº 36/2016 que ainda vigora até os dias atuais.⁸⁶⁻⁸⁷

Outro exemplo foi o Tribunal de Justiça de São Paulo, que no ano de 2013 editou uma cartilha fundamentou a todos os interessados no assunto no Brasil, a qual traz questões e respostas, bem como tabelas de custas, regras e procedimentos, assim como o Provimento nº. 17/2013 do Tribunal de Justiça de São Paulo, o qual foi revogado pelo provimento CG 31/2016.⁸⁸

Entende-se, portanto, que o Provimento editado no ano de 2018, pelo CNJ serviu para formalizar uma atividade que já era exercida por alguns Tribunais de Justiça do país, mas que atuavam ainda sem regulamentação de um órgão nacional.

A mediação e a conciliação se apresentam, portanto, como ferramentas para solucionar conflitos que envolvam os direitos patrimoniais disponíveis e, no ano de 2018, por meio do CNJ, foi editado o provimento 67, para solidificar essa possibilidades às Serventias Extrajudiciais, cartórios e tabelionatos, os quais passaram a dispor à toda sociedade os mecanismos de solução de conflitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo desse trabalho foi abordar a importância da transferência da jurisdição voluntária para o extrajudicial e soluções autocompositivas aos conflitos e dos serviços judiciais de notas e registros como vetores nesse sentido.

Assim, demonstrou-se a necessidade de estimular a aplicação de medidas alternativas extrajudiciais para solucionar conflitos, independente se por arbitragem, conciliação ou mediação, é um fato que urge na sociedade, com a finalidade de se alcançar uma cultura de paz e um mundo que avança para um processo de integração coletivo.

Abordou-se a necessidade de abandonar modelos e padrões fundamentados na luta, no conflito, litígio e beligerância e partindo para inovações, onde reina o respeito, a cooperação e a solução pacífica de conflitos, aplicando-se métodos que venham a restaurar a justiça restauradora, que faça não restar sequelas e mágoas, comumente resultantes em processos judiciais dos tempos atuais.

Pode-se afirmar que o objetivo foi alcançado, visto que se verificou que as serventias extrajudiciais ocupam lugar de grande importância, quando se trata das formas de solucionar pacificamente os conflitos, especialmente sobre a mediação e conciliação.

86 BRASIL. Tribunal de Justiça de Alagoas - TJAL. Provimento nº 18/2013. Dispõe sobre adequação e a instrumentalização dos conflitos de interesse por intermédio da mediação e conciliação no âmbito das serventias extrajudiciais de Alagoas e adota providências correlatas. 2013. Disponível em: <http://www.tjal.jus.br/corregedoria/provimentos/8652834f1f7a1fa189abfce2d9d93687.pdf>. Acesso em: 11 fev. 2021.

87 BRASIL. Tribunal de Justiça de Alagoas - TJAL. Provimento nº 36/2016. Dispõe sobre adequação e a instrumentalização dos conflitos de interesse por intermédio da mediação e conciliação no âmbito das serventias extrajudiciais de Alagoas e adota providências correlatas, revogando o Provimento 18, de 05 de agosto de 2013. 2016. Disponível em: <http://www.tjal.jus.br/corregedoria/provimentos/368745affa8474f765b5da7f605ccbea.pdd>. Acesso em: 11 fev. 2021.

88 Associação dos Notários e Registradores de Santa Catarina - ANOREGSC. O Portal do RI disponibiliza a Cartilha da Conciliação e Mediação no Cartório. 2013. Disponível em: <http://www.anoregsc.org.br/noticias/detalhes/1157/>. Acesso em: 12 fev. 2021.

Essa importância não é vista somente no aspecto legal, mas muito mais no social, por possibilitar que as Serventias extrajudiciais estejam bem mais perto dos cidadãos, desafogando o judiciário brasileiro. Por meio da Lei 13.140/2015, foi reconhecida, pelo legislador, a necessidade de utilizar as serventias extrajudiciais para implementar e alcançar a cultura de paz e da autocomposição na resolução dos conflitos.

Desta forma, por meio do fenômeno da desjudicialização, o legislador delegou às Serventias Extrajudiciais a capacidade de executar a mediação e a conciliação de conflitos, pois elas não necessitam de recursos públicos para se manterem como as estruturas judiciais, que oneram de forma muito pesada sobre os cofres públicos.

Nesse sentido, observa-se que as Serventias Extrajudiciais ou os cartórios têm capacidade de maior abrangência, por alcançarem a todos os distritos de todas as cidades brasileiras, podendo alcançar também toda a população e desafogar o judiciário, apresentando respostas rápidas e serviços de qualidade aos cidadãos.

Por meio da Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça foi sedimentada no Brasil uma nova política de Justiça, direcionada para tratar os conflitos por meios consensuais e não somente pela via de prolação de sentença, de modo a possibilitar que novas arenas se abrissem para solucionar os conflitos e implementar a cultura da paz.

Portanto, pode-se afirmar que a mediação e conciliação no Brasil têm como Marco Teórico a lei 13.140/2015, reafirmada pela lei 13.105/2015 (Código Civil) e pela Resolução 125/2010, legislação esta que já tornava possível que a mediação e conciliação fossem realizadas extrajudicialmente. Sobretudo, era necessária uma regulamentação aos notários e registradores, a qual chegou, por parte do Conselho Nacional de Justiça-CNJ, com o Provimento 67/2018.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO DOS NOTÁRIOS E REGISTRADORES DE SANTA CATARINA - ANOREGSC. *O Portal do RI disponibiliza a cartilha da conciliação e mediação no cartório*. 2013. Disponível em: <http://www.anoregsc.org.br/noticias/detalhes/1157/>. Acesso em: 12 fev. 2021.

AZEVEDO, André Gomma. *Novos desafios de acesso à justiça: novas perspectivas de resolução de disputas*. In: SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da (Org.). *Mediação de conflitos*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

BACELLAR, Roberto Portugal. *A mediação no contexto dos modelos consensuais de resolução de conflitos*. In: *Revista de Processo*. São Paulo, n. 95, pp. 122-134, jul.-set. 1999.

BACELLAR, Roberto Portugal. *Mediação e arbitragem*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BARBOSA, Águida Arruda. *Mediação familiar: estado da arte da mediação familiar interdisciplinar no Brasil*. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 8, n. 40. pp.140-144, fev.-mar. 2007.

BARBOSA E SILVA, Érica. *Profissionalização de conciliadores e mediadores*. In: *Revista científica virtual da escola superior da advocacia*. n. 23, São Paulo: OAB/SP, 2016.

BARCELLAR, Roberto Portugal. *Métodos consensuais na forma autocompositiva, sua aplicação no judiciário e as diferenças básicas entre mediação e conciliação*. In: GUNTHER, Luis Eduardo; PIMPÃO, Rosemarie Diedrichs (coord.). *Conciliação um caminho para a paz social*. Curitiba: Juruá, 2013.

- BRAGA, Paula Sarno. *Introdução ao Direito Processual Civil*. 2010. Disponível em: <http://www.editorajuspodivm.com.br/ff/direito%20processual%20civil%20p17-28%20%28%20laranja%29.pdf>. Acesso em: 11 fev.2021.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 fev. 2021.
- BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil*. Carta de Lei de 25 de Março de 1824. Disponível em: <http://www.monarquia.org.br/pdfs/constituicaoodoimperio.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2021.
- BRASIL. Decreto-Lei N. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 11 fev.2021.
- BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 10 fev. 2021.
- BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. *Institui o Código Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm. Acesso em: 10 fev. 2021.
- BRASIL. Lei nº 556, de 25 de junho de 1850. *Código Comercial*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L0556-1850.htm. Acesso em: 10 fev. 2021.
- BRASIL. Tribunal de Justiça de Alagoas - TJAL. *Provimento nº 18/2013. Dispõe sobre adequação e a instrumentalização dos conflitos de interesse por intermédio da mediação e conciliação no âmbito das serventias extrajudiciais de Alagoas e adota providências correlatas*. 2013. Disponível em: <http://www.tjal.jus.br/corregedoria/provimentos/8652834f1f7a1fa189abfce2d9d93687.pdf>. Acesso em: 11 fev. 2021.
- BRASIL. Tribunal de Justiça de Alagoas - TJAL. *Provimento nº 36/2016. Dispõe sobre adequação e a instrumentalização dos conflitos de interesse por intermédio da mediação e conciliação no âmbito das serventias extrajudiciais de Alagoas e adota providências correlatas, revogando o Provimento 18, de 05 de agosto de 2013*. 2016. Disponível em: <http://www.tjal.jus.br/corregedoria/provimentos/368745affa8474f765b5da7f605ccbea.pdf>. Acesso em: 11 fev. 2021.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Acre - TJAC. *Provimento nº 18/2016. Dispõe sobre mediação e conciliação no âmbito das serventias extrajudiciais do Estado do Acre e outras medidas correlatas*. 2016. Disponível em: https://www.tjac.jus.br/wpcontent/uploads/2016/11/Provimento_COGER_TJAC_18_2016.pdf. Acesso em: 11 fev. 2021.
- BRITO, Gilton Batista. *O acesso à justiça, a teoria da mediação e a resolução 125/2010 do CNJ*. Revista Ejuse, Sergipe, v. 20, pp.103-121, 2015. Disponível em: <http://www.diario.tjse.jus.br/revistaesemese/revistas/20.pdf#page=103>. Acesso em: 11 fev. 2021.
- CAHALI, José Francisco. *Curso de arbitragem*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- CARMONA, Carlos Alberto. *A Arbitragem no Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 1993.
- CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo, Lejus, 2006.
- CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria geral do processo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- COLÉGIO NOTARIAL DO BRASIL. *A atividade notarial tem tido papel fundamental na desjudicialização*. 2020. Disponível em: <https://www.notariado.org.br/a-atividade-notarial-tem-tido-papel-fundamental-na-desjudicializacao-de-procedimentos-que-antes-dependiam-da-chancela-judicial-afirma-conselheiro-do-cnj/>. Acesso em: 11 fev. 2021.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Com apoio do CNJ, Lei da Mediação é sancionada pelo Executivo*. 2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79761-com-apoio-do-cnj-lei-da-mediacao-e-sancionada-pelo-executivo>. Acesso em: 11 fev. 2021.
- COTS CARVALHO, Luiz Antonio da. *Curso Teórico-prático de direito judiciário civil*. Rio de Janeiro. 2007.
- CRETELLA JUNIOR, J. Da arbitragem seu conceito categorial. *Revista de informação legislativa*. Brasília, n. 98 25. abr-jun. 1991.

- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Arbitragem e mediação no direito coletivo*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2014.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2. 7. ed. Bahia: Juspodium, 2012.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. v. 1. São Paulo: Malheiros, 2004.
- FERNANDO, Marcos. *Autotutela, autocomposição e jurisdição*. 2011. Disponível em: <http://artigojus.blogspot.com/autotutela-autocomposicao-e-jurisducao.html>. Acesso em: 10 fev. 2021.
- FERRARESI, Camilo Stangherlim; MOREIRA, Silmara Bosso. *Conflitos e formas de resolução: da autotutela à jurisdição*. Revista JurisFIB | ISSN 2236-4498. Volume IV. Ano IV, 2013. Disponível em: <http://www.revistajurisfib.com.br/artigos/1395810031.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2021.
- FRANCO, Cintia. *A solução consensual de conflitos no novo Código de Processo Civil*. Direito Net, 2015. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9012/A-solucao-consensual-de-conflitos-no-novo-Codigo-de-Processo-Civil>. Acesso em: 12 fev. 2021.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os fundamentos da justiça conciliativa*. Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo: RT, v. 14, p. 16, jul. 2007.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os métodos consensuais de solução de conflitos no novo CPC*. In: *O novo Código de Processo Civil – questões controvertidas*. São Paulo: Gen-Atlas, p. 1-21, 2015.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2012.
- LEME, Selma. *Números mostram maior aceitação da arbitragem no Brasil*. Conjur, 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-abr-10/selma-lemes-numeros-mostram-maior-aceitacao-arbitragem-brasil>. Acesso em: 12 fev. 2021.
- LIMA, Alessandro de Souza. *“Projeto OAB concilia”*. In: SILVEIRA, João José Custódio da; AMORIM, José Roberto Neves (coord.). *A nova ordem das soluções alternativas de conflitos e o Conselho Nacional de Justiça*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.
- MARTINS, Humberto. *Pensar sobre os métodos consensuais de solução de conflitos*. Consultor Jurídico. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-24/direito-civil-atual-pensar-metodos-consensuais-solucao-conflitos>. Acesso em: 11 fev. 2021.
- MIRANDA, Maria Bernadete. *O Instituto da Mediação no Meio Ambiente dos Conflitos Empresariais. Direito Brasil, 2008*. Disponível em: <http://www.direitobrasil.adv.br/artigos/md.pdf>. Acesso em: 11 fev. 2021.
- MONTANARI, Fernando Alves. *Conhecendo os Cartórios: Ideias iniciais*. Jornal Manchete da Região, Buritama, em 25/01/2014, In: Acesso em: www.serjus.com.br.
- MORAIS, José Luis Bolzan de; PENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito processual do trabalho*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 2. ed. volume único – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2007.
- OLIVEIRA, Geisa Cadilhe. *Técnicas de solução de conflitos: autocomposição e heterocomposição*. Conteúdo Jurídico, 2014. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo/tecnicas-de-solucao-de-conflitos-autocomposicao-e-heterocomposicao.46327.html>. Acesso em: 11 fev. 2021.
- PINTO, José Augusto Rodrigues. *Direito Sindical e coletivo*. LTr: 1998.
- POMPEU, Ana. *Norma do CNJ autoriza cartórios a fazer mediação e conciliação de conflitos*. Consultor Jurídico. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-30/cnj-autoriza-cartorios-mediacao-conciliacao-conflitos>. Acesso em: 12 fev. 2021.
- RAMOS, Raissa Holanda; DIOGO, Rhafaela Cordeiro. *A crise na efetividade das decisões judiciais e a vinculação dos precedentes judiciais*. v. 3. Revista Pesquisas Jurídicas, 2014.

- RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *A prática da mediação e o acesso à justiça*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- SALES, Lilia Maia de Moraes. *Mediare: um guia prático para mediadores*. 3 ed. Rio de Janeiro: GZ, 2010.
- SCHNITMAN, Dora Fried (Org.). *Novos paradigmas em mediação*. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1999.
- SILVA, Davi Magalhães da. *Mediação*. Via Jus, 2007. Disponível em: <http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=1637&idAreaSel=15&seeArt=yes&cnicaPrivada.de.solucao.de.conflitos>. Acesso em: 11 fev. 2021.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 5. ed. Rio de Janeiro. v. 1 e 3. Forense, 1978.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 25. ed. São Paulo: Forense. 2004.
- SILVA, Érica Barbosa e; MIRANDA, Marília Ferreira de; RAGAZZINI, Adriana Rolim. *Conciliação e Mediação nas Serventias Extrajudiciais: primeiras impressões*. Jus Brasil. 2016. Disponível em: <https://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/100549980/artigo-conciliacao-e-mediacao-nas-serventias-extrajudiciais-primeiras-impressoes-por-erica-barbosa-e-silva-marilia-ferreira-de-miranda-e-adriana-rolim-ragazzini>. Acesso em: 11 fev. 2021.
- SILVA, Giselle Cristina Lopes da. *Noções básicas de Direito Processual do Trabalho*. Portal de E-Governo, 2012. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/conteudo/no%C3%A7%C3%B5es-b%C3%A1sicas-de-direito-processual-do-trabalho>. Acesso em: 11 fev.2021.
- SILVA, Oscar Joseph De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 5. ed. Rio de Janeiro, v. 1 e 3. Forense, 1978.
- SOUSA, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2007.
- SOUZA CÉSAR, Gustavo. *A função social das Serventias Extrajudiciais e a Desjudicialização*. Colégio registral do Rio Grande do Sul. 2019. Disponível em: <https://www.colegioregistrals.org.br/doutrinas/artigo-a-funcao-social-das-serventias-extrajudiciais-e-a-desjudicializacao-por-gustavo-sousa-cesar/>. Acesso em: 12 fev. 2021.
- SOUZA, Cleide Maria de Souza. *Família/Escola: a importância dessa relação no desempenho escolar*. Secretaria de Estado da Educação do Paraná, 2009.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MS 17239DF 2011/0137276-8. 2013. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23286444/mandado-de-seguranca-ms-17239-df-2011-0137276-8-stj>. Acesso em: 10 fev. 2021.
- TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. São Paulo: Método, 2008.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *A arbitragem no sistema jurídico brasileiro*. Jurisprudência Mineira, v. 47, n. 137/138, p. 1-13, jul./dez. 1996. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/10240>. Acesso em: 12 fev. 2021.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 13. ed. vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- TJ-SC - APELAÇÃO CÍVEL: AC 20130640172 SC 2013.064017-2 (ACÓRDÃO). Jus Brasil. 2015. Disponível em: <http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25008431/apelacao-civel-ac-20130640172-sc-2013064017-2-acordao-tjsc>. Acesso em: 12 fev. 2021.
- VAL JÚNIOR, Lídio. *A conciliação como forma de pacificação e mudança social*. Marília: UNIMAR, 2006.
- VALÉRIO, Maço Aurélio Gumieri. *Arbitragem no direito brasileiro*. São Paulo: Universitária de Direito, 2004.
- VEZZULLA, Juan Carlo. *A mediação para uma análise da abordagem dos conflitos à luz dos direitos humanos, o acesso à justiça e o respeito à dignidade humana*. In: Silva, Luciana Aboim Machado Gonçalves da (Org.). *Mediação de Conflitos*. São Paulo: Atlas, 2013.
- VILAS-BOAS, Renata. *Os princípios norteadores do direito e a arbitragem*. 2004. Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/arbitragem.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2021.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Poder judiciário. Crise, acertos e desacertos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

**PARAMETERS FOR THE RIGHT TO EDUCATION FOR CITIZENSHIP
PARÂMETROS PARA O DIREITO À EDUCAÇÃO CIDADÃ****Lucas Porto Foppa¹**
lucas.p.foppa@gmail.comRecebido/Received: 05.03.2021/ March 5th, 2021.
Aprovado/Approved: 03.05.2021/ May 3rd, 2021.**RESUMO**

Educação é tão importante para uma vida digna que é reconhecida como direito fundamental por constituições, como a brasileira. Recentemente, o papel da educação como desenvolvedora da cidadania tem sido destacado em diversas pesquisas, leis e julgamentos. No entanto, ainda são raros seus meios de avaliação enquanto direito, o que gera insegurança jurídica. Não há critérios que definam se determinada reivindicação desse direito deve ser atendida ou não. Nesse sentido, esse trabalho questiona: como saber se o direito à educação cidadã está sendo garantido? Para responder essa pergunta, analisou-se os parâmetros de educação cidadã em Nussbaum (Abordagem das Capacitações) e Satz (adequação), estabelecendo-se relações entre eles na medida em que se complementam. Os parâmetros estudados definem que uma educação garante esse direito quando possibilita que os cidadãos (1) não sejam dominados uns pelos outros; (2) exerçam seus direitos e suas liberdades; e (3) possam integrar empreendimentos sociais cooperativos, com equidade de acesso a cargos de chefia e liderança. Para tanto, (4) precisam inexistir desvantagens corrosivas e outros fatores (legais ou não) que impeçam ou prejudiquem o aprendizado do aluno. Assim, necessita-se (5) verificar se de fato os estudantes aprenderam aquilo que lhes ensinaram. Nesse sentido, (6) existem conteúdos e habilidades essenciais que todo cidadão deve desenvolver, como emotividade (por exemplo: antirracismo e patriotismo); compreensão da estrutura e história da sociedade; capacidade de cooperação; pensamento crítico; e argumentação – bem como aquelas habilidades exigidas pela competitividade e complexidade sociais. Definidos tais parâmetros, a interpretação do direito à educação cidadã fica mais clara.

Palavras-chave: Direito à educação. Educação cidadã. Parâmetros. Abordagem das Capacitações. Adequação.

ABSTRACT

Education is so important for a worthy life that it is recognized as fundamental right by constitutions, such as the Brazilian. Recently, the role of education as developer

¹ Aluno de graduação em Ciências Jurídicas e Sociais – Direito Noturno (UFRGS). Orientando do Prof. Dr. Paulo Baptista Caruso Macdonald (UFRGS). O presente trabalho foi realizado com o apoio da Pró-Reitoria de Pesquisa – UFRGS – Brasil.

of citizenship has been highlighted on many essays, laws and cases. However, the methods of evaluating education as a right are still insufficient, what promotes juridic insecurity. There isn't criterias that define if certain claim related to it must be provided or not. In that sense, this essay asks: how to know if the right to education for citizenship is being ensured? To answer this, the parameters for education for citizenship on Nussbaum (Capabilities Approach) and Satz (adequacy) were analyzed, establishing relations between them insofar they complement themselves. The studied parameters define that a education ensures that right when enables citizens to (1) not be dominated by each other; (2) to exercise their rights and freedoms; and (3) to integrate cooperative social contexts, with equitable access to leadership positions. This needs (4) absence of corrosive disadvantages and other factors (legal or not) that blocks or undermines the student's learning. Therefore, it is necessary (5) to verify if the students really mastered what was taught to them. In this sense, (6) there are essential contents and abilities that every citizen must develop, like emotionality (for exemple: antiracism and patriotism); comprehension of society's structure and history; capacity of cooperation; critical thinking; and argumentation – as well as abilities required by society's complexity and competition. Parameters defined, interpretation of right to education for citizenship becomes clearer.

Keywords: Right to education. Education for citizenship. Parameters. Capabilities Approach. Adequacy.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1. EDUCAÇÃO SOB A ABORDAGEM DAS CAPACITAÇÕES DE MARTHA NUSSBAUM; 2. ADEQUAÇÃO DE DEBRA SATZ COMO PARÂMETRO DA EDUCAÇÃO CIDADÃ; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

O sistema jurídico de diversos países reconhece a educação como direito fundamental de todos seus cidadãos. É inegável o papel da educação para a promoção de uma vida digna. Não só porque a vida sem compreensão do mundo perde sentido, mas também porque a ausência de formação em níveis básicos de ensino fecha diversas oportunidades. No Brasil, por exemplo, o analfabetismo impede que o indivíduo seja eleito para determinados cargos políticos - deputado, vereador, prefeito, presidente da república, entre outros – conforme o art. 14, § 4º, da Constituição Federal. Não à toa, a mesma Constituição dedica um capítulo inteiro (Título VIII, Capítulo III) para tratar do direito à educação. Isso sem contar as diversas normas infraconstitucionais (como Lei n.º 9.394/1996, Lei n.º 13.005/2014 e Portaria Normativa MEC n.º 18/2012) e jurisprudenciais (RE n.º 888.815/RS – Plenário – Min. Luís Roberto Barroso).

Ademais, vale lembrar que esse cuidado com a educação não é apenas no sentido de formar profissionais mais qualificados para atuarem no mercado de trabalho. O art. 205 da Constituição Federal afirma explicitamente que também é

papel da educação desenvolver plenamente a pessoa, inclusive com “seu preparo para o exercício da cidadania”. Inclusive, o art. 2º da Lei n.º 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional) reforça a ideia repetindo *ipsis litteris* esse trecho do art. 205.

Aqui não se pretende discutir a importância dessa educação para cidadania. Inúmeros autores já embarcaram nessa tarefa. A título de exemplo, Ranieri define que a educação para cidadania promove uma “autorresponsabilidade na atuação social e política” dos indivíduos.² Ou seja, as pessoas deixam de atuar como se suas ações não tivessem consequências na comunidade em que estão inseridos – tomam decisões mais adequadas ao interesse público.

Além disso, existem diversas propostas de como implementar essa educação cidadã – seja qual espectro político se tenha preferência. Paulo Freire apresenta uma concepção de educação dialética e libertadora, a partir de uma escolha do conteúdo programático (temas geradores) em conjunto dos educandos-educadores.³ Há também propostas sobre o tema vinculadas ao republicanismo. Nessa linha, Richard Dagger menciona inclusive a necessidade de um redesenho do tamanho das escolas ou de suas turmas.⁴ A definição dessas questões sobre o plano pedagógico em maiores detalhes cabe aos profissionais da educação (pedagogos, professores, etc.), por meio, a título de exemplo, da elaboração da Base Nacional Comum Curricular.

Por outro lado, uma questão que se coloca, no plano do Direito, é a garantia do direito a esse modelo de educação. Como visto, a importância da educação cidadã já foi afirmada, inclusive, constitucionalmente; e os meios para efetivá-la também estão em discussão. No entanto, como saber se ela foi provida ou não? Claro, existem métodos e índices para se avaliar a qualidade da educação em um país, uma região ou uma escola – como as notas do Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM), o Índice de Desenvolvimento da Educação Básica (IDEB) e o Programa Internacional de Avaliação de Estudantes [*Programme for International Student Assessment – PISA*]. Porém, ainda são escassos os parâmetros para verificar se o direito à educação está sendo garantido – muito menos quando se trata especificamente de uma educação cidadã. Uma coisa é avaliar a qualidade do ensino; outra, se esse nível de ensino atende aos requisitos do direito à educação cidadã. Até porque a média de uma escola nesses índices deixa lacunas: mesmo as melhores escolas do país podem ter alunos que, no ano final do ensino médio, ainda calculam somas de frações com extrema dificuldade. Vale lembrar que o Supremo Tribunal Federal estabeleceu a educação como direito público *subjetivo* (RE 888.815/RS). Portanto, precisa-se avaliar o ponto de vista do discente, i.e.: se de fato ele recebeu tal educação. Nesse sentido: quando o direito à educação cidadã está sendo garantido?

A pergunta importa, exemplificativamente, na medida em que as violações a esse direito, em tese, podem propiciar reivindicações contra os responsáveis por violá-

2 RANIEIRI, 2009. pp. 365-373.

3 FREIRE, 2018. pp.120-166.

4 DAGGER, 1997. pp. 117-124.

lo, seja por ação, seja por omissão. Se um Município tem o dever de promoção da educação cidadã, mas não o faz, é possível que seja processado por isso. Também, há a questão da segurança jurídica: definir o que é ou não garantir a educação cidadã reduz a indeterminação do conceito. Na medida em que o conceito fica mais claro, facilita sua aplicação de modo padrão por parte de magistrados, de advogados, de procuradores, de promotores, de defensores públicos, de criadores ou executores de políticas públicas - entre outros.

Para responder à questão posta, analisou-se a obra de Martha Craven Nussbaum e Debra Satz. Por meio dessa análise, verificaram-se quais parâmetros elas estabelecem para a educação cidadã, relacionando esses parâmetros na medida em que se complementam. O presente texto restringe-se a uma definição de critérios de garantia do direito à educação cidadã a partir das duas autoras. A escolha por Nussbaum e Satz ocorre em virtude de que ambas trabalham, de certo modo, com a Abordagem das Capacitações [*Capabilities Approach*].⁵ O que é útil pelo menos de duas maneiras. Primeiro permite análise do direito à educação cidadã considerando o contexto social: estabelecem critérios objetivos para análise da garantia do direito à educação cidadã, mas que são, ao mesmo tempo, sensíveis a variações do caso concreto.

Em suma, mostram porque o direito à educação cidadã deve ser analisado a partir de uma base de fundamentação teleológica – em outras palavras, a partir de seus objetivos e princípios. O direito à educação não pode ser analisado, por exemplo, como o direito da inviolabilidade do domicílio: não se trata apenas de uma conduta de fazer ou não fazer. No caso da inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI, da Constituição Federal), basta evitar o ato em si de invadir o domicílio para garantir tal direito, ainda que sejam discutíveis o que é ‘domicílio’ ou as exceções de incidência desse direito – como a permissão de invadir do domicílio para prestar socorro a alguém. O mesmo não vale para o direito à educação cidadã. Não basta prestar a aula para que tal direito se efetive, é isso que as autoras demonstram.

Em segundo lugar, o fato de as duas autoras partirem da Abordagem das Capacitações facilita a conexão entre os parâmetros de cada autora. Nussbaum trabalha expressamente dentro da Abordagem das Capacitações, inclusive com um livro só sobre o tema.⁶ Já Satz, ainda que não use a Abordagem de modo explícito, em diversos momentos emprega o conceito de capacitações em sua obra para definir seus critérios.

Cabe frisar que a finalidade deste artigo não é provar que a Abordagem das Capacitações ou a adequação são os melhores critérios para se avaliar a garantia do direito à educação. Apenas será exposto, na primeira parte, os critérios de Nussbaum quanto à educação cidadã e, na segunda parte, os de Satz – fazendo análise e relações com aqueles parâmetros da primeira autora. O objetivo é determinar,

5 Amartya Sen cunhou a expressão pela primeira vez. Embora existam pequenas diferenças entre os autores da Abordagem das Capacitações, em grande parte todos trabalham em um mesmo pano de fundo.

6 NUSSBAUM, 2011.

segundo Nussbaum e Satz, quando o direito à educação cidadã está sendo garantido e como tal abordagem é relevante.

1. EDUCAÇÃO SOB A ABORDAGEM DAS CAPACITAÇÕES DE MARTHA NUSSBAUM

A garantia de fato do direito à educação tem grande relevância na obra de Martha Craven Nussbaum. A autora, em uma de suas obras defende que a educação, para cumprir seu papel, deve preparar indivíduos para exercer a cidadania.⁷ Em outro texto, coloca a educação como uma das dez capacitações essenciais [*central capabilities*] para que pessoas tenham a possibilidade de uma vida minimamente digna.⁸

Se a educação está relacionada à promoção do princípio da dignidade humana, são necessários parâmetros para identificar quando ele é violado. Até porque essa é uma das principais teses da teoria de Nussbaum: a autora afirma que a Abordagem das Capacitações estipula um mínimo que nenhuma capacitação pode estar abaixo – pois implica em uma vida humilhante. Esse mínimo, para a autora, é o princípio da dignidade humana. Dessa forma: quando, para Nussbaum, a educação está abaixo do mínimo que permite aos indivíduos a capacidade de perseguir uma vida digna? A autora não fornece em detalhes a definição de dignidade humana, em geral se limita à questão da não-humilhação, como afirmou-se. Porém, ela fornece alguns métodos para analisar se o direito à educação foi garantido ou não.

Em parte, a própria ideia de capacitação já estipula alguns critérios. Conforme Sen⁹, analisar a vantagem individual [*individual advantage*] segundo a Abordagem das Capacitações é considerar as capacitações de fazer coisas que determinada pessoa tenha razões para valorizar, i.e.: em termos de oportunidades para alcançar certos funcionamentos [*functionings*] humanamente valiosos.¹⁰ Isso implica, por exemplo, que não importa apenas o resultado [*outcome*], mas também os meios disponíveis para o alcançar.¹¹ Nessa linha, é diferente a situação do jovem cujo ingresso na universidade é praticamente certo, devido à qualidade da escola a qual frequentou, e a daquele cujo ingresso no ensino superior é condicionado à existência de políticas de cotas. No segundo caso, sem essa política pública, fecha-se a oportunidade de o jovem cursar uma universidade. Nesse sentido, o primeiro indivíduo é mais livre que o último para a Abordagem das Capacitações, mesmo que ambos tenham igual direito à educação perante a lei.

Portanto, fica claro que não basta análise da presença-ausência da educação enquanto direito no ordenamento jurídico para avaliar se essa capacitação encontra-

7 Cf. NUSSBAUM, 2010.

8 NUSSBAUM, 2011. pp. 33-34.

9 É importante descrever o conceito a partir de Amartya Sen, pois a própria Nussbaum explica o conceito por meio de citação explícita a esse autor. Cf. NUSSBAUM, 2011. p. 20.

10 SEN, 2009.

11 Sen mostra como essa diferença é mais apropriada na medida em que considera a responsabilidade do agente na tomada de decisão. SEN, 2009. pp 213-217.

se em patamar garantidor de um mínimo existencial. Nesse sentido, Nussbaum lê a capacitação em dois aspectos: o externo e o interno.¹² Por um lado, é preciso que os fatores externos promovam as capacitações. Se há leis que neguem ensino básico a jovens de determinada etnia, gênero, sexo, religião ou com alguma deficiência, tais indivíduos não têm a capacitação educacional. Igualmente, se o Estado não proíbe, porém atua de modo a cercear o exercício desse direito, por ação ou omissão, a capacitação também é prejudicada.¹³ Isso ocorre, por exemplo, quando não há construção de escolas públicas em regiões do país com tal carência.

Importante notar que essa proteção ao direito à educação, no âmbito externo, deve perdurar ao longo do tempo – o direito deve ser estável. As pessoas precisam poder contar com [*to count on*] tal direito no futuro, ou seja: precisa-se garantir a segurança dessa capacitação [*capability security*].¹⁴ O direito à educação não pode estar sujeito à prejuízos em razão de variações e ‘caprichos do mercado ou do poder político’.¹⁵ Exige-se segurança para que as pessoas usufruam de seus diplomas, sem o medo de que alguma autoridade o cassará arbitrariamente amanhã ou depois; ou para se matriculem na escola sem a incerteza que, depois de um semestre, serão proibidas de frequentá-la - por exemplo.

Por outro lado, é preciso avaliar o ponto de vista do indivíduo. As capacitações internas [*internal capabilities*] são aqueles traços e habilidades desenvolvidos ou treinados em contato com meios sociais, políticos, econômicos, etc. – ou seja, não inatos.¹⁶ A avaliação sob esse aspecto demonstra, dentre outras coisas, quais oportunidades pessoas têm em virtude de seu grau de instrução. Além disso, a autora compreende que as capacitações internas são fluidas: variam em grau ao longo da vida.¹⁷ Exemplificativamente, ao cursar níveis mais avançados de escolaridade, aumenta-se o grau de educação da pessoa. Em contraposição, pode haver reduções permanentes (pela idade, à título de exemplo) ou provisórias (perdas temporárias de capacidade cerebral) de tal grau. Logo, a capacitação varia entre indivíduos diferentes e entre fases diferentes da vida de um mesmo indivíduo.

Outra ferramenta que Nussbaum oferece para avaliar a garantia da educação é a sua relação com as demais capacitações. Ilustrativamente: se um estudante não frequentar a escola pois será alvejado por tiros no trajeto, a capacitação educacional ficará prejudicada pela capacitação da integridade física. Assim, é importante recorrer ao conceito de desvantagem corrosiva [*corrosive disadvantage*].¹⁸ Em síntese, significa analisar se há alguma privação de outra capacitação que implique prejuízo significativo na efetivação do direito à educação. Isso requer uma análise ampla da educação considerando o contexto socioeconômico, por exemplo.

12 Aqui ‘âmbito externo’ refere-se a um dos âmbitos do termo ‘*combined capabilities*’, para facilitar a explicação. As *combined capabilities* englobam o âmbito interno [*internal capabilities*] e externo, mas Nussbaum não utiliza termo específico para as capacitações promovidas por terceiros ou pelo meio, apenas para aquelas internas - o que dificulta a definição desses conceitos. Cf. NUSSBAUM, 2011. pp. 20-22.

13 O mesmo vale quando membros ou instituições da sociedade civil criam tais barreiras. Nussbaum em nenhum momento afirma que apenas o Estado promove ou restringe as capacitações.

14 Nussbaum constrói o conceito a partir de Wolff e De-Shalit. NUSSBAUM, 2011. p. 43.

15 NUSSBAUM, 2011. p. 43.

16 NUSSBAUM, 2011. p. 21.

17 ‘*Not fixed, but fluid and dynamic*’. Ibid. p. 21.

18 Novamente, Nussbaum atribui o conceito a Wolff e De-Shalit. Ibid. p. 44.

Há localidades com escolas públicas excelentes, porém nas quais os alunos não recebem educação mínima para uma vida digna pois esses têm que trabalhar, não têm dinheiro para locomoção até a escola ou os colégios não estão adaptados para receber alunos com necessidades especiais - entre outras razões. Ainda, em países sem universidades gratuitas, de nada adianta à estudante a aprovação no vestibular sem dinheiro para pagar a mensalidade ou a matrícula. Em todos esses casos, não se alcança a capacitação educacional por conta de deficiências em outras capacitações. Por conseguinte, o mínimo educacional não é efetivado “por si só”, mas somente com a garantia de diversas capacitações interdependentes.

Ademais, Nussbaum também estabelece alguns pontos do que seria o conteúdo¹⁹ mínimo da educação que cria oportunidades para uma vida minimamente digna. A educação permite às pessoas terem vidas dotadas de propósitos.²⁰ Para tanto, é necessária uma educação cidadã, não apenas voltada ao crescimento econômico: uma educação que permita a cada cidadão oportunidades de vida, liberdade e busca pela felicidade.²¹ Se a educação apenas despeja conteúdos sobre o aluno sem estruturar tais saberes de modo que, com eles, seja mais fácil ao estudante compreender seu mundo interno e externo ou definir e perseguir os próprios objetivos e princípios de vida, não é cumprido o nível mínimo de educação enquanto capacitação.²²

Uma educação cidadã permite que os sujeitos sejam capazes de debater, argumentar e entender questões políticas, ideológicas e, especialmente, histórico-socioeconômicas.^{23,24} Isso fica mais evidente se considerado que o mínimo educacional também deve capacitar os alunos para contestarem autoridades e tradições. Não significa que os estudantes de fato contestarão todas tradições e autoridades, incentivando, por exemplo, uma anarquia. O que Nussbaum afirma é que, para uma vida digna, pensamento crítico é importante pois permite fugir de uma mentalidade de rebanho: apenas com reflexão a pessoa toma suas próprias decisões e questiona estereótipos e teses inválidas – como revisionismos ou o ‘terraplanismo’.²⁵ Além disso, o pensamento crítico e o posicionamento ativo propiciam uma auto avaliação, que clareia os objetivos e os princípios do sujeito.²⁶ Para tanto, a educação também deve mostrar que a pessoa não é responsável por suas limitações: uma criança com dificuldades de aprendizado não deve ser reprimida por isso.²⁷ Tal repressão não estimula o jovem a buscar seu objetivo de vida, pelo contrário: faz a pessoa acreditar que não é capaz de perseguir e alcançar a vida que valoriza e almeja.

19 Considerando o objetivo deste artigo, apenas será tratado um panorama geral de cada habilidade suficiente para entender o que Nussbaum quer dizer com educação cidadã e quais os requisitos disso.

20 NUSSBAUM, 2010. p. 9.

21 NUSSBAUM, 2010. p. 25.

22 O que não significa dizer que a educação tem caráter meramente instrumental. Nussbaum contraria tal ideia. Cf. NUSSBAUM, 2010. pp. 6 e 137.

23 NUSSBAUM, 2010. pp. 85 e 104.

24 O conceito de ideologia que se emprega é aquele de Freedren: ideologia como mapas através dos quais se interpretam e se atribuem sentidos aos fatos. Cf. FREEDREN, 2003.

25 NUSSBAUM, 2010. pp. 37-41 e 50.

26 NUSSBAUM, 2010. pp. 47-50.

27 NUSSBAUM, 2013. p. 158.

Outra habilidade que a educação deve promover, para Nussbaum, é a emotividade, em dois aspectos. Primeiro, essa educação capacita os indivíduos para que consigam ter compaixão e simpatia uns para com os outros, bem como combater preconceitos e abusos da maioria contra minorias ou vice-versa. Apenas na identificação com o outro, através do reconhecimento da própria fragilidade, é que as pessoas tornam-se capazes de socializar e de reprimir o desejo de dominar os demais, cerceando suas oportunidades (capacitações).²⁸ Isso também é importante na medida em que apenas se exerce a própria liberdade em meio aos outros.²⁹ Nesse sentido, a autora coloca como obrigação do sistema de ensino capacitar a todos para se viver em uma sociedade pluralista.³⁰

Em segundo lugar, a educação digna cria senso de importância com o bem da nação.³¹ A ausência de um amor pelo país dificulta a realização de projetos nacionais que envolvam sacrifícios altruísticos pelo bem comum.³² Cidadãos sem senso mínimo de patriotismo poderiam hesitar em apoiar aumento de impostos porque sopesariam o prejuízo pessoal acima do benefício público, mesmo que o prejuízo fosse irrisório. Novamente, o que está em jogo é a capacidade de viver em sociedade: sem uma educação que fortaleça um patriotismo (crítico), o indivíduo não tem capacitação básica para conviver em um Estado Democrático de Direito.

Por conseguinte, aprende-se com Nussbaum que a educação, enquanto capacitação, está acima do mínimo existencial quando: (1) é garantida do ponto de vista externo e interno do sujeito; (2) não há desvantagens corrosivas que ofusquem tal capacitação; e (3) desenvolve, através do plano pedagógico, habilidades como pensamento crítico, argumentação e emotividade.

2. ADEQUAÇÃO DE DEBRA SATZ COMO PARÂMETRO DA EDUCAÇÃO CIDADÃ

Debra Satz também diferencia a educação com propósitos econômicos e aquela para cidadania. Uma das teses da autora sobre a última é, assim como Nussbaum, o dever de promoção do pensamento crítico: “[...] *the public provision of education should ensure that children [...] learn how to critically evaluate arguments and evidence [...]*”.³³ Ademais, Satz concorda com Nussbaum que é papel da educação incentivar senso de respeito mútuo e de cooperação. Não só porque o desconhecimento de conceitos como racismo estrutural afeta julgamentos sobre o assunto, mas também para que todos indivíduos (independentemente de ‘raça’, classe social, gênero, etc.) desenvolvam habilidades que os tornem capazes de alcançar e exercer posições

28 NUSSBAUM, 2010. p. 34.

29 PETTIT, 2000, p. 66.

30 Sobre o conceito de sociedade pluralista, Cf.: RAWLS, 2000. p. 80.

31 NUSSBAUM, 2010. p. 26.

32 NUSSBAUM, 2013. pp. 210-211. Todavia, é um patriotismo com espaço para pensamento crítico em relação ao país (NUSSBAUM, 2013, p. 254). Além disso, esse sentimento não ignora a questão da imigração: a compaixão limita esse patriotismo de modo que se considere as demandas e as reivindicações de imigrantes. Muito menos ignora-se temas de interesse difuso (meio ambiente), coletivo ou multiculturalismo.

33 REICH; SATZ, 2019.

de liderança.³⁴ Ainda, Satz afirma que a educação cidadã exige uma base de conhecimento para o exercício de liberdades e direitos.³⁵ A título de exemplo, não se exerce devida e conscientemente os próprios direitos políticos, como voto ou plebiscito, sem se saber minimamente o que é democracia. Difícilmente votar-se-á adequadamente se não se entende 'por que' nem 'para que' se está fazendo isso ou qual a relevância e quais os efeitos do voto em um regime democrático. Não há como escolher o melhor candidato para lhe representar sem compreender o que é essa representação; e nem como selecionar o mais apto a exercer uma função pública (exemplo: senador) se não sabe o que é essa função.

Por um lado, Satz não se aprofunda tanto no tema do conteúdo quando estabelece critérios mínimos à educação - nesse ponto a obra de Nussbaum é mais rica, contando com um livro inteiro sobre o assunto.³⁶ Por outro, Satz insere um parâmetro que delimita quanto desse conteúdo precisa ser provida aos discentes; em outras palavras, quando a educação, enquanto capacitação, satisfaz sob ponto de vista interno o princípio da dignidade humana, como o de Martha Nussbaum. Esse critério de Debra Satz é a adequação [*adequacy*].

Inicialmente, nota-se que a educação cidadã (sob a adequação de Satz) tem caráter, em boa parte, não competitivo.³⁷ Se os cidadãos têm conhecimento significativo a respeito de política, história e emotividade, a elaboração de novas normas em tese atenderá melhor o interesse público. O maior grau de uma pessoa não impede a participação de outra no processo político. Ou seja, o cidadão não será prejudicado por um aumento do nível de instrução da população. Porém, como mostrou-se, se esse saber estiver abaixo de determinado ponto, certos indivíduos ficam excluídos da vida política. Por essa razão, Satz afirma que na escola crianças devem de fato desenvolver certas '*capabilities*' e que não basta terem a oportunidade para tanto.³⁸ Esse é um dos requisitos que a adequação estabelece.

Aqui já ficam claras algumas contribuições dessa autora para a Abordagem das Capacitações na análise da educação. Não é suficiente o colégio lecionar sobre, exemplificativamente, Leis de Kepler para afirmar que seu papel enquanto instituição de ensino foi cumprido. Se os estudantes não compreenderam o conteúdo, essa função não se implementou. Ou seja, somente quando as habilidades e os conteúdos são internalizados por cada aluno é que a educação atinge sua finalidade mínima. Estabelecer esse requisito delimita de modo mais concreto quando a educação, sob ponto de vista de capacitação interna, preenche-se.

Isso porque Nussbaum em momento algum afirma explicitamente a necessidade de a criança aprender *de fato* os conteúdos mínimos, nem como medir a capacitação educacional no plano interno. Nussbaum utiliza o conceito de '*internal capabilities*' em grande medida apenas para explicitar que há casos em que o indivíduo tem a

34 SATZ, 2007. p. 637.

35 SATZ, 2008. p. 433.

36 NUSSBAUM, 2010.

37 REICH; SATZ, 2019.

38 SATZ, 2008. p. 429.

capacidade desse ponto de vista, mas algum fator (do âmbito externo) o impede de exercê-la.³⁹ Frisa-se: apenas definir que a escola deve ensinar certo conteúdo mínimo (pensamento crítico, argumentação, emotividade, etc.), como Nussbaum faz, não garante que o discente realmente tenha aprendido isso – por isso a importância da adequação requerer um ‘aprendizado de fato’ de certas habilidades. Esse é um dos modos como a adequação complementa a Abordagem das Capacitações.

Além disso, esse requisito (‘aprender de fato, não apenas ter a oportunidade’) ajuda a exemplificar as desvantagens corrosivas e a obrigação de diversos agentes sociais para saná-las. Se o aluno tem a oportunidade (vaga) de cursar a faculdade, mas perde aulas ou atrasa-se por deficiências do sistema de transporte público, o discente não aprendeu de fato (critério de adequação não cumprido). Assim, seria exigível aos entes responsáveis implementação de políticas a fim de sanar a deficiência no transporte, com fundamento inclusive no direito à educação. De mesmo modo, se uma criança com transtorno do espectro autista não consegue internalizar o conteúdo programado para sua série e idade, é exigível (1) vaga em escola capacitada para atendê-la ou, ao menos, (2) fornecimento plantões de reforço para o aluno, por parte da instituição de ensino – exemplificativamente.⁴⁰

Não obstante, destaca-se que o conteúdo desse ‘aprendizado de fato’ é dinâmico.⁴¹ O que a criança precisa internalizar varia conforme as demandas sociais. Claro, não significa que o plano pedagógico inteiro varie, visto que Satz estabelece, como foi exposto, alguns conteúdos essenciais a serem ensinados pela escola – como a habilidade de cooperação. A autora requer apenas que, quando a sociedade passe a exigir mais do cidadão, a educação acompanhe tal mudança. Com o passar do tempo, a sociedade e os seus fenômenos ficam cada vez mais complexos. Antigamente para exercer a cidadania poderia bastar saber ler e escrever, hoje é difícil imaginar o exercício de uma cidadania plena por pessoas sem habilidades para navegar no mundo digital. Além do mais, pode ocorrer que o acesso a cargos políticos ou de chefia requeiram, cada vez mais, formação em ensino superior – seja por requisitos legais, seja por aumento na concorrência. A educação tem que dar conta dessas mudanças, para que todos tenham iguais direitos e oportunidades. Por razões como essas que seu conteúdo mínimo é dinâmico.

Nessa linha, outra característica da adequação útil para análise da garantia do direito à educação é a comparabilidade.⁴² O nível mínimo de educação estabelece-se por meio de comparação dos cidadãos uns com os outros. Um meio de verificar-se a importância disso é o processo eleitoral. A desigualdade de instrução reflete desde o momento da formação de lideranças locais – mesmo em movimentos, em tese, de caráter ou de pauta popular. Conforme Jofre, 61,2% dos membros do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST) não frequenta a escola e, dentre esse grupo,

39 NUSSBAUM, 2011, p. 22.

40 Isso de modo algum quer dizer que todos alunos devem ter o mesmo nível de conhecimento, o que, em tese, é impossível, devido a diferenças genéticas de cada estudante e a diversas outras circunstâncias.

41 SATZ, 2007. p. 647.

42 SATZ, 2007. pp. 635-636.

27,1% são analfabetos.⁴³ No entanto, um dos líderes e fundadores do MST (criado em 1984), João Pedro Agustini Stédile, possui ensino superior em economia.⁴⁴ Ou seja, a diferença de grau educacional em relação aos demais membros de sua comunidade já repercute nesse momento. Em um contexto que a maioria dos membros de um grupo não completou o ensino médio completo, o senso comum levaria a crer que o líder também não teria finalizado aquela etapa de educação. Porém, acabou como líder daquele movimento um indivíduo com maior grau de instrução – que se destacou em meio aos demais.

A mesma lógica vale para a relação entre Guilherme Castro Boulos e o Movimento dos Trabalhadores Sem Teto (MTST); Júlio Cezar Leirias Flores e o Partido Socialista dos Trabalhadores Unificado (PSTU) em Porto Alegre; Fernando Haddad ou Dilma Vana Rousseff e o Partido dos Trabalhadores (PT); ou tantos outros. Todos esses líderes tem ensino superior completo.⁴⁵ Assim, logo de início, a diferença de grau de instrução afeta as oportunidades de vida de cada pessoa. Frisa-se: como a Abordagem das Capacitações entende que a liberdade é medida em termos de oportunidade, tais pessoas menos instruídas serão menos livres. Se almejam serem líderes políticos, provavelmente não conseguirão alcançar tal funcionamento: liberdade deles encontra-se limitada.

Em segundo momento, nas eleições em si, essa contradição também aparece. 410 dos 513 deputados federais eleitos nas eleições de 2014 do Brasil tinham diploma de ensino superior.⁴⁶ Paradoxalmente, apenas cerca de 15% da população brasileira, com mais de 25 anos, possui tal nível de instrução, de acordo com o último Censo Demográfico feito antes das eleições de 2014.⁴⁷ Portanto, a desigualdade de nível educacional entre indivíduos desequilibra a competição, mesmo quando uma pequena parcela da população que frui dessa vantagem (no caso, cursar o ensino superior). Parte significativa da população fica excluída de parte do processo político (participação no Congresso Nacional, por exemplo) por causa da diferença de nível de instrução em comparação com os demais candidatos.

Claro, a educação não é fator suficiente para conquistar tais cargos (o contexto político-social internacional influencia, por exemplo), mas com certeza é relevante para tanto. Poderia se objetar que a retórica dos candidatos ou que a situação econômica (deles ou dos partidos) que determina a eleição (ou até mesmo sua candidatura), e não desigualdade educacional. Contudo, tal objeção reforça o argumento aqui apresentado. Se a situação econômica influencia tanto, significa

43 JOFRE, 2011. pp. 48-49. Em anos anteriores, os dados eram ainda piores: mais de 80% de analfabetos. NETO, 1998. p. 87. Logo, não se ignora o esforço do MST e seus resultados significativos na redução desses índices. NETO, 2005. p. 140. Contudo, isso não exclui o fato de que a capacitação educacional gera certo capital político

44 Cf. <www.poder360.com.br/autor/joao-pedro/>. Acessado em 28 de setembro de 2020. Cabe notar que a afirmação não é uma crítica: não está se afirmando que membros de movimentos populares não devam ter graduação em ensino superior ou mais elevada ou que isso é contraditório. Pelo contrário, esse artigo, como mostrou-se diversas vezes, é contra a ideia de que apenas uma minoria tenha acesso à educação. Nem mesmo se supõe que tais líderes, por serem mais instruídos, estão agindo de má-fé em relação àqueles que lideram.

45 O currículo de todos pode ser consultado no sítio eletrônico do Tribunal Superior Eleitoral. Cf. <<http://divulgacandcontas.tse.jus.br/divulga/#/>>. Acessado em 28 de setembro de 2020.

46 Cf. <www.camara.leg.br/noticias/442470-80-dos-deputados-federais-eleitos-tem-nivel-superior/>. Acessado em 28 de setembro de 2020.

47 Cf. <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/545/cd_2010_educacao_e_deslocamento.pdf>. Acessado em 28 de setembro de 2020.

que a educação cidadã precisa permitir aos indivíduos alcançarem tais posições econômicas, de modo a diminuir tais desigualdades. Nessa linha, vale lembrar há uma relação direta entre grau de instrução e salário: a renda de quem concluiu o ensino superior é quase o triplo de quem apenas concluiu o ensino médio.⁴⁸

Por outro lado, se dominar a habilidade da retórica facilita a vitória, mostra-se que a capacidade de argumentar e de expor argumentos de modo persuasivo (retórica) deve ser garantida através do direito à educação cidadã, de modo que todos possam concorrer equitativamente aos cargos. O que reflete, inclusive, em momento posterior ao processo eleitoral.

Em um terceiro momento, na Câmara dos Deputados (Brasil), os deputados precisam entender ao menos minimamente como funciona o processo legislativo e alguns conceitos como 'lei complementar', 'inconstitucionalidade' e '*impeachment*' – ainda que contem com auxílio de assessores. O entendimento de conceitos como esses garante-se, por exemplo, pelo critério do conteúdo mínimo da educação, em conjunto do caráter dinâmico dele e da questão do 'aprendizado de fato'.

Ilustrativamente, o conteúdo mínimo determina que os cidadãos aprendam certas noções básicas sobre democracia, a fim de que possam efetivamente exercer sua cidadania e compreender a sociedade em que vivem. Esse mínimo, portanto, pode incluir noções como 'lei', 'constitucionalidade', separação de poderes e meios de controle e de responsabilização estatal (como o *impeachment*). O entendimento dessas noções ocorreria porque as instituições de ensino devem garantir uma internalização efetiva de cada conteúdo (aprendizado de fato). No entanto, na Câmara também haverá debates sobre os projetos de novas normas, dos quais deputados participam. Essas normas pautam, por vezes, temas recentes ou inéditos (como *bitcoins*) e, por isso, o ensino deve, em parte, acompanhar as mudanças sociais e demais atualidades (caráter dinâmico). Além disso, para participar de fato desse procedimento, os deputados precisam entender e serem capazes de rebater os argumentos apresentados por seus pares. Ou seja, debater em pé de igualdade uns com os outros.

Essa tarefa fica mais difícil, dentre outros fatores, na medida que aumenta a complexidade dos argumentos, das palavras e dos conceitos trazidos pela fala dos seus colegas da Câmara. Tal dificuldade é diretamente influenciada pelo nível de educação de cada deputado: por exemplo, alguém com ensino médio incompleto pode não entender ou não refutar os argumentos de um deputado com pós-doutorado, caso a linguagem do menos graduado não se enquadre o suficiente naquela empregada no debate pelos mais graduados. Exatamente essa situação que Kafka representa no diálogo de K com o advogado Huld. O advogado emprega vários termos técnicos, mesóclises e inversões de frases. Como resultado, o leigo K " julgou não entender uma palavra de todo esse discurso".⁴⁹

48 Cf. <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas/multidominio/condicoes-de-vida-desigualdade-e-pobreza/17270-pnad-continua.html?=&t=resultados>>. Acessado em 28 de setembro de 2020.

49 KAFKA, 2005. p. 105.

Assim, uma grande diferença de linguagem, gerada por eventual desigualdade de graduação entre cidadãos, pode pressionar simbolicamente o menos graduado, constringendo-o a não participar efetivamente da discussão.⁵⁰ Na ausência de uma escolaridade que prepare o cidadão para integrar o debate político na linguagem deste, os outros membros do debate excluirão aquele indivíduo não adaptado – pois o léxico e a sintaxe delimitam quem integra ou não o campo (no caso, o debate político). Para fins de ilustração, é o que ocorre quando Olímpico de Jesus manda que Macabéa “pare de falar” pois “é impossível” de se conversar com ela, devido à baixa capacitação educacional dela.⁵¹ Olímpico trata Macabéa como ignorante e não permite o diálogo. Em síntese, por todas essas razões, o mínimo educacional deve ser comparativo.

Define-se o mínimo de educação que cada cidadão tem direito de modo que todos possam exercer seus direitos e liberdades em igualdade perante os outros cidadãos e que tenham iguais condições de acessar posições de chefia ou de liderança. Uma educação digna não permite que um cidadão seja dominado⁵² por outro, nem impede, por exemplo, sua efetiva participação no processo político. Por conseguinte, se o nível de formação da população cresce ao longo do tempo, o nível mínimo de educação a que os cidadãos têm direito também deve se elevar, de acordo com Satz.⁵³

Vale notar que o critério de adequação não nivela por baixo o mínimo educacional dos cidadãos.⁵⁴ O parâmetro para, por exemplo, medir investimentos na educação não é o grau de formação dos menos graduados. Não se impede que os mais favorecidos na sociedade tenham acesso a níveis superiores de educação por que os menos favorecidos não conseguem, nem se proíbe pais mais abastados de matricularem seus filhos em escolas melhores ou de pagarem professores particulares. Diante dessas situações, a adequação puxa a qualidade educacional dos menos favorecidos para cima, ao invés de empurrar para baixo a dos mais favorecidos. Ilustrativamente, aumentar-se-iam os investimentos em escolas da rede pública e se implementariam programas como o PROUNI, ao invés de fechar as escolas e as universidades particulares. A adequação nivela a educação por cima, busca sempre melhorar a condição dos menos favorecidos na sociedade.

Por outro lado, a adequação também não significa dizer que o direito à educação cidadã exige completa igualdade de educação para todos, nem mesmo igualdade de recursos a ser investido na formação de cada aluno.⁵⁵ A limitação dos recursos financeiros estatais inviabiliza, por exemplo, que todos os cidadãos brasileiros possam cursar pós-graduação gratuitamente. Considerando esse fato e que a adequação não impede ao cidadão o financiamento privado de sua educação, sempre existirão desigualdades nesse âmbito. Entretanto, para Debra Satz, isso não

50 BORDIEU, 2006. pp. 226-229.

51 LISPECTOR, 1998. p. 48.

52 O conceito de dominação empregado é o de Pettit. Cf. PETTIT, 2000. pp. 52-66.

53 SATZ, 2008. pp. 432-434.

54 SATZ, 2007. pp. 643-644.

55 SATZ, 2007. pp. 638-639.

é um problema. Ela traça um paralelo entre a adequação e o princípio da diferença de Rawls, afirmando que algumas desigualdades são justificáveis.

Lembra-se: na educação cidadã, é benéfico para o interesse público que cada cidadão aumente seu conhecimento, mesmo que para tanto gerem-se desigualdades no grau de formação educacional dos cidadãos. Contudo, Satz limita essa diferença de formação. Como o próprio Rawls reconhece, desigualdades exageradas deixam de ser benéficas; pelo contrário: inviabilizam uma sociedade, enquanto sistema equitativo de cooperação, na qual todos cidadãos são livres, iguais e com direito a uma vida dentro das bases sociais de autorrespeito.⁵⁶ A desigualdade educacional não pode ser tamanha que se forme um grupo detentor do conhecimento e outro que assista bestializado às ações do primeiro.

Novamente, a adequação de Satz traz contribuições à Abordagem das Capacitações de Nussbaum quanto à análise do direito à educação cidadã. Nussbaum não definiu concretamente o princípio da dignidade humana. Ela determina somente que nenhuma pessoa pode encontrar-se em situação humilhante – sem explicar concretamente o que seria uma educação não-humilhante. Com a comparabilidade e a dinamicidade da adequação, os contornos daquele parâmetro ficam mais delimitados. Um indivíduo desenvolve a capacitação educacional acima das bases de não-humilhação quando (1) consegue exercer seus direitos e liberdades sem ser passível de dominação pelos outros cidadãos. Além disso, deve saber de fato os conteúdos suficientes para (2) atender às exigências de participação da sociedade em diversos contextos (políticos, sociais, etc.); e (3) para ter equitativamente as mesmas chances que os demais cidadãos de acessar cargos de chefia e liderança de entidades públicas ou privadas – independentemente de sua classe social, sexo, gênero, 'raça', etc.

CONCLUSÃO

Portanto, a educação cidadã, enquanto direito, pode ser delimitada. Não é necessário depender apenas de índices como o IDEB para, indiretamente, saber se o direito à educação está sendo provido. Além disso, nota-se que há meios de saber se a educação foi prestada ou não enquanto direito público subjetivo, a partir de uma fundamentação teleológica desse direito. Há como avaliar objetivamente se cada estudante o recebeu de fato. As obras tanto de Martha Craven Nussbaum, quanto de Debra Satz trazem grandes contribuições nesse sentido.

O que se aprende com as duas autoras, em síntese, é o que segue. O direito à educação cidadã não pode estar abaixo de um mínimo, que corresponde ao limite aceitável pela dignidade humana – na medida em que possibilita a oportunidade de buscar uma vida livre, feliz e de alcançar certos funcionamentos humanamente valiosos. Esse mínimo não é fixo, deve adaptar-se às exigências da sociedade e

⁵⁶ RAWLS, 2003. pp. 60-67 e 86-91.

possibilitar que os cidadãos (1) não sejam dominados uns pelos outros, ainda que não exija estrita igualdade de formação para todos; (2) exerçam seus direitos e suas liberdades; e (3) possam participar de diversos empreendimentos sociais cooperativos (trabalho, política, cultura, etc.), inclusive com igualdade equitativa de acesso a cargos de chefia e liderança – independentemente de seu gênero, sexo, ‘raça’ ou outros fatores.

Para tanto, (4) não podem haver barreiras no âmbito externo da capacitação educacional nem desvantagens corrosivas que impeçam ou prejudiquem o aprendizado de cada discente. Por essas e outras razões, é importante (5) verificar se de fato o estudante aprendeu aquilo que lhe ensinaram. Nesse sentido, (6) existem conteúdos e habilidades essenciais que todo cidadão deve desenvolver, como emotividade (incluindo combate a preconceitos e amor à nação); compreensão básica da estrutura histórica, socioeconômica e política; capacidade de cooperação; pensamento crítico; e argumentação – além, claro, daqueles que passarem a ser exigidos pela competitividade e complexidade da sociedade. Observação apenas: a ordem desses critérios não necessariamente significa a hierarquia entre eles. Nem mesmo quer se afirmar a adequação de Satz como superior às capacitações de Nussbaum, ou vice-versa.

Outro ponto a se salientar é que não se analisou se esses critérios são demasiadamente exigentes ou não. A questão de como implementá-los é trabalho de boa administração, investimentos adequados e criação de políticas públicas. Entretanto, é inegável que o trabalho das autoras auxilia na aplicação do direito, delineando o direito à educação sob o conceito de educação cidadã que a própria Constituição Federal traz no art. 205. Fica claro de entender que o contexto socioeconômico precisa ser considerado em julgamentos sobre a educação. De mesmo modo, é exigível uma educação com estímulo ao pensamento crítico e à argumentação. Educação essa que não permita desigualdades absurdas entre alunos da rede pública e da rede privada de ensino – acompanhando, inclusive, o rendimento de cada discente. Isso é educar e ser uma pátria educadora.

Não se acredita que esse trabalho tenha dado conta de todos os pontos a respeito da avaliação do direito à educação cidadã, até porque nem era o objetivo. O direito à educação cidadã é pauta de extrema importância, consoante se afirmou na introdução, e encontra-se constantemente em debate – seja nos três Poderes, seja nas notícias. Consequentemente, deve-se estar sempre alerta e verificar se esse direito está sendo garantido – por meio, por exemplo, dos parâmetros estabelecidos no presente texto. Garantir o direito à educação cidadã é permitir que todos sejam cidadãos: um Estado Democrático de Direito não pode se definir enquanto tal caso não se possibilite o exercício de fato da cidadania por todos os seus cidadãos. Nenhum cidadão é melhor que os outros a ponto de poder dominá-los, todos têm direito à educação digna.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BORDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bretand, 2006.
- DAGGER, Richard. **Civic virtues: rights, citizenship and republican liberalism**. Nova York: Oxford University Press, 1997.
- FREEDEN, Michael. **Ideology: a very short introduction**. Nova York: Oxford University Press, 2003.
- FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. São Paulo: Paz e Terra, 2018.
- JOFRE, Andréia. **A importância da Educação de Jovens e Adultos (EJA) para o Movimento dos Trabalhadores Rurais sem Terra (MST): o exemplo da Comuna Irmã Alberta São Paulo - SP**. Tese (mestrado em Geografia) - Faculdade de Geografia da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011.
- KAFKA, Franz. **O processo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.
- LISPECTOR, Clarice. **A hora da estrela**. Rio de Janeiro: Rocco, 1998.
- NETO, Luiz Bezerra. **SEM TETO APRENDE E ENSINA: Um estudo sobre as práticas educativas e formativas do Movimento dos Trabalhadores Rurais sem Teto**. Tese (doutorado em Filosofia e História da Educação) - Faculdade de Educação da Estadual de Campinas, Campinas, 1998.
- _____. **A educação rural no contexto das lutas do MST**. HISTEDBR *on-line*, n.º 20, 2005, pp. 133-147.
- NUSSBAUM, Martha Craven. **Not for profit: why democracy needs humanities**. Princeton: Princeton University Press, 2010.
- _____. **Creating capabilities: the human development approach**. Cambridge: Harvard University Press, 2011.
- _____. **Political emotions: why love matters for justice**. Cambridge: Harvard University Press, 2013.
- PETTIT, Philip. **Republicanism: a theory of freedom and government**. Nova York: Oxford University Press, 2000.
- RANIERI, Nina Beatriz Stocco. **O Estado democrático de direito e o sentido da exigência de preparo da pessoa para o exercício da cidadania, pela via da educação**. Tese (doutorado em Teoria Geral do Estado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.
- RAWLS, John. **O Liberalismo Político**. São Paulo: Editora Ática, 2000.
- _____. **Justiça como equidade: uma reformulação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- SATZ, Debra. **Equality, Adequacy and Education for Citizenship**. *Ethics*, vol. 117, no. 04, 2007. pp. 623-648.
- _____. **Equality, Adequacy and Education Policy**. *Education, Finance and Policy*, vol. 03, no. 04, 2008. pp. 424-443.
- SEN, Amartya. **The idea of justice**. Cambridge: Harvard University Press, 2009.
- REICH, Rob; SATZ, Debra. **Equality and Adequacy as Distributive Ideals for Education**. In: TAPPOLET, Christine (ed.); MACLEOD, Colin (ed.). *Philosophical Perspectives on Moral and Civic Education: Shaping Citizens and Their Schools*. Nova York: Routledge, 2019. pp. 174-187.

**ADMINISTRATIVE REFORM AND STABILITY IN PUBLIC SERVICE:
MANAGEMENT ADMINISTRATION'S SURRENDER TO POST-DEMOCRATIC
CLIENTELISM**

**REFORMA ADMINISTRATIVA E ESTABILIDADE NO SERVIÇO PÚBLICO:
A RENDIÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO GERENCIAL AO CLIENTELISMO PÓS-
DEMOCRÁTICO**

Bruno Roberto de Lima¹
brlbruno_roberto@hotmail.com

Recebido/Received: 10.05.2021/ May 5th, 2021.
Aprovado/Approved: 01.07.2021/ July 1st, 2021.

RESUMO

A presente pesquisa tem como foco avaliar a necessidade da estabilidade no serviço público para os servidores estatutários. Esta é uma garantia para o exercício das atribuições públicas conforme o Estado Democrático de Direito e de acordo com os fundamentos de uma Administração Pública Gerencial. A extinção da estabilidade pode resultar em práticas clientelistas, ímprobas, de corrupção ou nepotismo ferindo o serviço público fundamental isonômico. O estudo é essencialmente bibliográfico, dialético, sistêmico, hermenêutico e descritivo, de índole qualitativa, mediante avaliação doutrinária, histórica documental, e comparativa utilizando método dedutivo. Conclui-se que é possível a realização de uma reforma administrativa com redução dos gastos públicos, garantia da eficiência e impessoalidade dos serviços públicos, nos moldes das adaptações promovidas pelos Estados brasileiros que aumentaram quantitativamente o número de servidores e conseguiram reduzir os gastos com pessoal. Os argumentos pronunciados pelo governo federal para acabar com a estabilidade dos servidores públicos estão enviesados com o único fim de obter apoio popular para promover a reforma administrativa. Constata-se que esta proposta de emenda à Constituição é um retrocesso aos direitos e garantias fundamentais propiciando um retorno à Administração Pública Patrimonialista, similar ao período Absolutista, o que pode ser visto na atualidade como Clientelismo Pós-Democrático.

Palavras-chave: Reforma Administrativa. Estabilidade. Administração Pública Gerencial. Clientelismo Pós-Democrático.

ABSTRACT

This research focuses on evaluating the need for stability in the public service for statutory employees. This is a guarantee for the exercise of public attributions in accordance with the Democratic Rule of Law and in accordance with the fundamentals of a Managerial Public Administration. The extinction of stability can result in clientelistic, unprofessional, corrupt or nepotistic practices, injuring the fundamental isonomic public service. The study is essentially bibliographic, dialectical,

¹ Analista Judiciário da Justiça Federal do Ceará; pesquisador mestrando do Programa de Pós-Graduação Strictu Sensu em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (UFC); pós-graduado em Direito Público pela Faculdade Entre Rios do Piauí; Advogado Cível (2010-2013).

systemic, hermeneutic and descriptive, of a qualitative nature, through doctrinal, historical, documentary and comparative evaluation using the deductive method. It is concluded that it is possible to carry out an administrative reform with a reduction in public expenditure, guaranteeing the efficiency and impersonality of public services, in the mold of the adaptations promoted by Brazilian states that quantitatively increased the number of public servants and managed to reduce personnel expenses. The arguments made by the federal government to end the stability of civil servants are biased with the sole aim of obtaining popular support to promote administrative reform. It appears that this proposed amendment to the Constitution is a setback to fundamental rights and guarantees, providing a return to Patrimonial Public Administration, similar to the Absolutist period, which can be seen today as Post-Democratic Clientelism.

Keywords: Administrative Reform. Stability. Managerial Public Administration. Post-Democratic Clientelism.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO; 2. DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CLIENTELISTA À GERENCIAL; 3. A ESTABILIDADE DO SERVIDOR PÚBLICO COMO GARANTIA FUNDAMENTAL DO SERVIÇO PÚBLICO; 4. A REFORMA ADMINISTRATIVA E O ESTADO BRASILEIRO PÓS-DEMOCRÁTICO; 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

O governo federal apesar dos problemas sanitários, econômicos e sociais ocasionados pela pandemia COVID-19 tem como foco da agenda política de 2021 a proposta de uma reforma administrativa: a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n.º 32 de 2020².

Segundo as informações do governo federal³, existe a promessa que esta proposta representaria uma economia entre 1,3 a 1,7 trilhão de reais nos 20 anos seguintes à sua aprovação. Além disso, traria maior liberdade dos gestores públicos na formalização de vínculos trabalhistas no setor estatal e isonomia das relações de trabalho entre os campos público e privado.

Observa-se com o presente estudo os argumentos retromencionados não condizem com um Estado Democrático de Direito, assegurado na Constituição Federal de 1988 (CF/88). A referida PEC retrocede a uma Administração Pública Patrimonialista. Verifica-se que o instituto da estabilidade no serviço público não denota privilégio ao agente estatal e não possui relação de causa e efeito com aspectos financeiros.

2 BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição n.º 32, de 2020**. Altera disposições sobre servidores, empregados públicos e organização administrativa. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2020. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2262083>>. Acesso em: 12 abr. 2021.

3 CAVALCANTI, Marco Antônio F. de H. et al. IPEA. **Nota Técnica n.º 48, 3º trimestre de 2020**. Ajustes nas despesas de pessoal do setor público: cenários exploratórios para o período 2020-2039. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/conjuntura/200914_cc_48_nt_ajuste_gastos_pessoal.pdf>. Acesso em 12 abr 2021.

Apesar de existirem institutos da administração pública que necessitam de reforma no contexto contemporâneo (a exemplo da necessidade de edição da Lei Complementar de demissão por insuficiência de desempenho), as justificativas falseadas utilizadas pelo executivo federal para acabar com a estabilidade do servidor público buscam apenas obter o apoio da opinião pública e ratificar um projeto de governo Pós-democrático.

Na primeira parte do trabalho será vista uma abordagem histórica dos modelos de administração pública, explicando as suas características básicas e suas diferenciações. Consta-se que, apesar da evolução de um modelo de administração pública gerencial focado nos resultados da prestação do serviço público e garantia dos direitos fundamentais, a reforma administrativa pode catalisar práticas típicas de um gerenciamento estatal patrimonial e clientelista indutor de práticas corruptivas, nepotismo e não realização de atividades estatais isonômicas.

Em seguida passa-se às principais características do instituto da estabilidade no serviço público. Demonstra-se que a existência de servidores estatutários proporciona ao gestor público, mediante legislação local, maior liberdade para moldar as obrigações e direitos de seus funcionários, ao contrário do regime de emprego público. Além disso, verifica-se que a estabilidade não é sinônimo de perpetuidade no serviço público mais garantia para a correta realização das atribuições públicas.

Por fim, compreende-se que as informações veiculadas pelo governo perante a sociedade são enviesadas na busca legitimidade e apoio popular para a aprovação da reforma. Relatório de organizações liberais, como a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e o Banco Mundial, apontam que a situação do serviço público brasileiro não representa que o Estado brasileiro possui uma grande máquina pública como a população geral imagina. Esta política de disseminação de informações falsas faz parte do Estado Pós-democrático, que tem como base as ideologias neoliberais e visa reduzir as conquistas sociais já sedimentadas.

Este exame terá como foco metodológico a pesquisa doutrinária bibliográfica de obras nacionais sobre os conceitos que delimitam o tema, enfatizando seus reflexos no âmbito jurídico, por meio da leitura de artigos, livros, publicações periódicas da academia jurídica e revistas, sobretudo referente aos modelos de gestão de pessoal na esfera governamental, estabilidade no serviço público e a PEC n.º 32/2020.

Assim, a pesquisa é de natureza bibliográfica, exploratória, descritiva e interpretativa, de cunho qualitativo, mediante análise doutrinária e documental, valendo-se da utilização do método dedutivo.

2. DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CLIENTELISTA À GERENCIAL

Historicamente, os padrões de Administração Pública são divididos em três modelos: patrimonialista, burocrático e gerencial.

A Administração Pública Patrimonialista é típica dos Estados Absolutistas europeus eclesiásticos em que o rei possuía figura divina, o que legitimava a simbiose entre patrimônio público e privado do monarca. Campelo⁴ afirma que os interesses do rei e a administração do governo faziam parte de uma amálgama que lidimava o nepotismo e atos que hoje seriam vistos como corrupção.

O Brasil teve sua experiência com este modelo desde o período colonial, quando os portugueses trouxeram esta forma de gestão pública. Segundo Faoro⁵, o rei indicava os funcionários públicos (geralmente amigos, membros da família ou da nobreza), os quais recebiam titulações, como: barões, condes, marqueses, viscondes, dentre outros.

Martim Afonso de Sousa, que tinha vínculos com Dom Manuel I e possuía parentesco com alguns membros do Conselho Real, foi o primeiro administrador do Brasil Colônia e recebeu amplos poderes do Rei. Posteriormente as capitâneas hereditárias foram concedidas pelo Imperador a doze donatários que tinham poderes para criar suas leis, conforme relata Raymundo Faoro⁶.

Com a invasão da França no território ibérico, a Coroa portuguesa mudou-se para o Brasil trazendo consigo cerca de 15 mil funcionários públicos de Portugal, o que gerou a necessidade de uma máquina estatal na Colônia, como constata Laurentino Gomes⁷, e criação de muitos cargos estatais sem qualquer utilidade simplesmente com o propósito de empregar a nobreza recém-chegada. Mesmo após a Independência, Faoro⁸ afirma que é possível verificar as práticas patrimonialistas perduraram no Brasil, a exemplo do Poder Moderador e do mandato vitalício dos senadores.

Em consequência do advento da República, apesar de alguns avanços institucionais, as práticas patrimonialistas mantiveram-se por meio do coronelismo. José Murilo de Carvalho⁹ afirma que nesta práxis político-social, própria do meio rural e das pequenas cidades de interior, latifundiários com poder econômico e político estabeleciam uma relação de subordinação com os eleitores mediante o voto de cabresto para perpetuar o *status quo* denominada de clientelismo.

O modelo de Administração Pública Patrimonialista, assim, é fomentador da troca de favores, da prevalência do interesse privado sobre o público, o que Graham Campelo¹⁰ denominou de Patrimonialismo Político-administrativo. No entanto, a gestão governamental clientelista demonstrou-se incompatível com o capitalismo industrial e com o surgimento dos Estados Democráticos do século XIX.

4 CAMPELO, Graham Stephan Bentzem. Administração Pública no Brasil: ciclos entre patrimonialismo, burocracia e gerencialismo, uma simbiose de modelos. **FUNDAJ**, v. 34, n. 2, 21 jan. 2013, p. 299-300 Disponível em: <<https://fundaj.emnuvens.com.br/CIC/article/view/871/592>>. Acesso em 26 fev 2021.

5 FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder: Formação do Patronato Político Brasileiro**. 5ª ed. São Paulo: Globo, 2012, p. 193.

6 FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder: Formação do Patronato Político Brasileiro**. 5ª ed. São Paulo: Globo, 2012, p. 169.

7 GOMES, Laurentino. **1808: como uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a História de Portugal e do Brasil**. São Paulo: Globo Livros, 2015.

8 FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder: Formação do Patronato Político Brasileiro**. 5ª ed. São Paulo: Globo, 2012, p. 319.

9 CARVALHO, José Murilo de. Mandonismo, Coronelismo, Clientelismo: Uma Discussão Conceitual. **SciELO**. 1997, v. 40, n. 2, pp. 229-250. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0011-52581997000200003>>. Acesso em 12 abr 2021.

10 CAMPELO, Graham Stephan Bentzem. Administração pública no Brasil: ciclos entre patrimonialismo, burocracia e gerencialismo, uma simbiose de modelos. **FUNDAJ**, v. 34, n. 2, 21 jan. 2013. Disponível em: <<https://fundaj.emnuvens.com.br/CIC/article/view/871/592>>. Acesso em 26 fev 2021.

As bases ideológicas liberais da sociedade industrial prezavam por uma clara distinção entre Estado e Mercado. A democracia só poderia ser implementada quando os cidadãos pudessem controlar o Estado. Estes fatores impulsionaram a criação de um modelo de gestão pública visando a separação dos interesses particulares dos atores políticos da finalidade pública por meio de um padrão burocrático racional-legal. Campelo¹¹ ainda esclarece que somente com o fim da primeira República e o advento do governo de Getúlio Vargas iniciou-se um processo de transição para um padrão de Administração Pública Burocrático¹².

A Administração Burocrática clássica tem como características principais o formalismo e a impessoalidade, que estão fundamentados na lei geral e abstrata. Este modelo tem sua origem nas ideologias liberais do século XIX, inspirado na organização hierárquica e autoritária do exército prussiano, atribuindo ao Estado o papel reducionista de controle social e administrador da justiça. A partir de uma ótica weberiana¹³ e enaltecimento do mérito profissional, este modelo tem como objetivo combater as imperfeições da gestão patrimonialista, como o nepotismo e o clientelismo, com controles rígidos dos processos públicos.

Nesta fase de administração governamental, o capitalismo influenciou o ordenamento jurídico para edição de leis racionais que garantisse segurança jurídica e propiciasse a realização dos negócios com redução de riscos. O poder sancionador do Estado somente era exercido naquilo que estivesse expressamente capitulado na legislação.

No Brasil, a administração burocrática iniciou no governo de Getúlio Vargas. Este período é conhecido como a primeira reforma administrativa brasileira, a burocrática de 1936, com a criação do Departamento Administrativo do Serviço Público. Campelo¹⁴ declara que, com as influências liberais capitalistas trazidas pelo processo de industrialização, tornava-se necessário um Estado que fomentasse o desenvolvimento nos moldes Keynesianos e a profissionalização dos serviços públicos, ou seja, a mudança de um padrão político de gerenciamento da máquina estatal para critérios tecnicistas.

Apesar deste padrão de gerenciamento ter impulsionado valores (como hierarquia funcional e profissionalismo), o excesso de burocracia provocou ineficácia nos processos públicos e não atendimento das demandas dos cidadãos no Estado Social Democrático de Direito. Nesse sentido Luiz Carlos Bresser Pereira afirma que:

11 Cumpre salientar que, apesar do advento do modelo burocrático da res publica, a forma patrimonialista de gestão não ficou estagnado no passado. Ainda hoje é possível verificar chefes do executivo nomeando ministros, secretários e demais cargos de confiança a pessoas sem qualquer preparo técnico, em uma clara alusão a troca de favores ainda presente na Administração Pública hodierna, conforme esclarece Gilberto Dimenstein. DIMENSTEIN, Gilberto. **A República dos Padrinhos. Chantagem e corrupção em Brasília**. 4ª ed. Brasília. Editora Brasiliense, 1988.

12 A Justiça Estadual do Paraná, no começo do ano de 2021 determinou que a Câmara de Vereadores de Balsa Nova exonerasse servidores comissionados sem qualificação para exercício de seus cargos. JUSTIÇA atende pedido do MPPR em ação civil pública e determina que Câmara de Balsa Nova exonere servidores comissionados sem qualificação. Patrimônio Público. **Ministério Público do Estado do Paraná**. Disponível em: <<https://mppr.mp.br/2021/01/23333.11/Justica-atende-pedido-do-MPPR-em-acao-civil-publica-e-determina-que-Camara-de-Balsa-Nova-exonere-servidores-comissionados-sem-qualificacao.html>>. Acesso em: 16 abr. 2021.

13 WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. 4ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 25.

14 CAMPELO, Graham Stephan Bentzem. Administração Pública no Brasil: ciclos entre patrimonialismo, burocracia e gerencialismo, uma simbiose de modelos. **FUNDAJ**, v. 34, n. 2, 21 jan. 2013, p. 309. Disponível em: <<https://fundaj.emnuvens.com.br/CIC/article/view/871/592>>. Acesso em 26 fev 2021.

No Estado liberal só eram necessários quatro ministérios – o da Justiça, responsável pela polícia, o da Defesa, incluindo o Exército e a Marinha, o da Fazenda e o das Relações Exteriores. Nesse tipo de Estado, o serviço público mais importante era o da administração da justiça, que o Poder Judiciário realizava. O problema da eficiência não era, na verdade, essencial. No momento, entretanto, que o Estado se transformou no grande Estado social e econômico do século XX, assumindo um número crescente de serviços sociais – a educação, a saúde, a cultura, a previdência e a assistência social, a pesquisa científica – e de papéis econômicos – regulação do sistema econômico interno e das relações econômicas internacionais, estabilidade da moeda e do sistema financeiro, provisão de serviços públicos e de infra-estrutura –, o problema da eficiência tornou-se essencial.¹⁵

Com o crescimento do *Welfare State* e aumento das demandas sociais a máquina estatal demonstrava-se cara, lenta e ineficiente, transparecendo as falhas do modelo de administração pública burocrática.

O Decreto-Lei n.º 200 de 1967 representa o início da transição da gestão burocrática para o modelo gerencial, descentralizado, com foco na autonomia da administração indireta. Entretanto, conforme verificado por Gileno Marcelino¹⁶, esta legislação permitia a contratação de funcionários sem celebração de concurso público, estimulando a manutenção de práticas clientelistas e não incentivando o desenvolvimento da formação da carreira de altos administradores. Somente com a crise do petróleo (no fim da década de 70) e conseqüente instabilidade do Estado é que uma nova reforma administrativa começou a ser tratada com maior veemência.

Visando a superação da crise econômica, o controle dos gastos públicos e efetividade social, o final do século XX foi marcado pela busca de um Estado moderno, ágil e eficiente moldado nos vieses pragmáticos típicos das empresas privadas. Além desses valores, pensava-se em uma concepção de gestão que tivesse o interesse administrativo voltado no atendimento de qualidade do cidadão¹⁷.

As concepções keynesianas de Estado interventor na economia, que impulsionam o crescimento econômico e o bem-estar social, balizaram as ideias de uma administração pública gerencial. Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹⁸ aponta a supremacia do interesse público e a impessoalidade dos agentes como finalidades primordiais deste modelo de gestão governamental.

15 BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração pública burocrática à gerencial. **Revista do Serviço Público**. Ano 47. Vol. 120. Número 1. Jan-Abr 1996. Disponível em: <<https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/702/550>>. Acesso em: 16 abr. 2021.

16 MARCELINO, Gileno Fernandes. Em busca da flexibilidade do Estado: o desafio das reformas planejadas no Brasil. **Rev. Adm. Pública**, Rio de Janeiro, v. 37, n. 3, p. 641-659, 2003.

17 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Administração Pública Gerencial. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Curitiba: Juruá, n. 2, 199, pp. 119-129. Disponível em: <<https://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/viewFile/14/756>>. Acesso em 14 abr 2021.

18 No entanto, antes da ocorrência desta reforma, o Brasil no período de transição democrática, entre os governos de Tancredo Neves e José Sarney, presenciou um ímpeto populista democrático de busca de desenvolvimento distorcendo o pensamento de Keynes e provocando aumento de gastos públicos e elevação forçada dos salários, o que gerou a hiperinflação e fracasso do Plano Cruzado, segundo Luiz Carlos Bresser Pereira. BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração pública burocrática à gerencial. **Revista do Serviço Público**. Ano 47. Vol. 120. Número 1. Jan-Abr 1996. Disponível em: <<https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/702/550>>. Acesso em: 16 abr. 2021.

O Governo de Fernando Collor inicialmente foi marcado por medidas de desestatização e abertura do capital estrangeiro. Em 1995, Fernando Henrique Cardoso promoveu a Reforma do Estado e posteriormente culminou na Emenda Constitucional (EC) n.º 19/98 e a reestruturação Administrativa.

Os vetores da Administração pública gerencial podem assim ser sintetizados pelas ideias de produtividade e eficiência com finalidade de superar as problemáticas originárias dos modelos patrimonialista e burocrático. Para tanto, uma das medidas foi a valorização técnica dos agentes estatais com ingresso no serviço público mediante concurso e implantação de planos de carreira para incentivar a efetividade da gestão pública.

Assim, o modelo gerencial conserva os princípios fundamentais da Administração Pública Burocrática, como: combate à corrupção e assistencialismo da Gestão governamental patrimonialista; impessoalidade na prestação dos serviços públicos; a profissionalização dos funcionários públicos e sua organização em carreira; o controle de abusos. A distinção entre os dois padrões de gerenciamento estatal estaria na forma de controle dos abusos, que deixou de se basear em aspectos formais para ter como objeto o alcance dos resultados.

No período de reformas administrativas do modelo gerencial ocorrido na década de 90, a estabilidade foi um dos institutos que sofreu mudanças pontuais. A estabilidade no serviço público tem o escopo de garantir os primados de uma administração pública gerencial alicerçada no Estado Democrático de Direito e na *res pública*. A Democracia e a República possuem como postulados o princípio da isonomia.

Como será visto adiante, a finalidade da estabilidade do servidor estatutário objetiva garantir a impessoalidade e continuidade da prestação dos serviços públicos, fazendo com que o trabalhador público tenha garantia da manutenção de seu labor contra influências arbitrárias de superiores hierárquicos ou políticos. Logo, a eventual extinção da estabilidade no serviço público proporciona a regressão da administração pública gerencial a um modelo de administração pública clientelista e ultrapassado sujeito às pressões políticas dominantes.

Desta forma, faz-se necessário traçar algumas conceituações pertinentes à estabilidade do servidor público e a sua necessidade para a garantia de prestação de serviços públicos de qualidade e efetivação de direitos fundamentais dos cidadãos.

3. **A ESTABILIDADE DO SERVIDOR PÚBLICO COMO GARANTIA FUNDAMENTAL DO SERVIÇO PÚBLICO**

A estabilidade é um instituto jurídico que surgiu no Brasil com a Lei n.º 2.924 de 1915¹⁹, a qual previa que um servidor com mais de 10 anos de atividade somente poderia ser demitido do seu cargo mediante processo administrativo disciplinar.

19 BRASIL. Câmara dos Deputados. **Lei n.º 2.294, de 5 de janeiro de 1915**. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1910-1919/lei-2924-5-janeiro-1915-574326-publicacaooriginal-97490-pl.html>>. Acesso em 16 abr de 2021.

A Constituição de 1934 foi a primeira Constituição Brasileira a prever expressamente a estabilidade em seu texto normativo no artigo 169²⁰, fixando em 2 anos de exercício como prazo para que o servidor público obtivesse acesso à referida garantia institucional. Desde então sempre esteve presente na administração pública brasileira.

Em 1946, a Lei Magna fez interessante distinção para aquisição da estabilidade, sendo de 2 anos para aqueles que ingressaram no serviço público mediante concurso e 5 anos para os que não se submeterem ao referido processo seletivo. A Carta Constitucional de 1967, no que lhe concerne, limitou a estabilidade apenas aos servidores concursados estipulando o prazo de 2 anos.

Com a Carta Cidadã de 1988 (CF/88), a estabilidade foi flexibilizada, sendo necessários 3 anos²¹ de efetivo exercício para a sua obtenção²², a qual não ocorreria de maneira automática sendo requisito para sua aquisição a elaboração de avaliação especial de desempenho, presidida por comissão funcional para esta finalidade.

Cumpra salientar que a estabilidade no serviço público é conferida unicamente aos servidores estatutários, não fazendo jus os agentes estatais, os empregados públicos e os temporários.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello²³, os servidores estatutários são aqueles detentores de cargos públicos efetivos que têm a sua relação laboral com a administração regulamentada em lei, a qual fixa direitos e obrigações. Logo, é possível a qualquer ente federado alterar, conforme a discricionariedade política local, a lei que rege os funcionários públicos detentores de estabilidade para mudar as relações laborais dos servidores estatutários.

Assim, a existência de servidores públicos estatutários permite maior flexibilidade aos gestores governamentais locais a adequarem as relações laborais com os funcionários estatais de acordo com a realidade específica²⁴.

Os empregados públicos são detentores de emprego público e regidos pelas leis trabalhistas no regime celetista. Américo Plá Rodríguez²⁵ afirma que nesta espécie de relação laboral existe o princípio da proteção ou princípio *pro operario*, segundo

20 BRASIL. [Constituição (1934)]. **Constituição de 1934**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [2021]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 1 fev. 2021.

21 Após o advento da Emenda Constitucional nº 19 de 1998.

22 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 1 fev. 2021.

23 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

24 Um exemplo disso são as recentes edições de leis municipais que têm atribuído competência para que guardas municipais – os quais possuem atribuição Constitucional de proteção patrimonial e de serviços públicos de caráter local – possam aplicar multas de trânsito, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n.º 658.570. Em Municípios de menor tamanho e com poucos recursos financeiros, é possível vislumbrar um cenário em que a carência de disponibilidade financeira impossibilite a realização de concurso público para um corpo de agentes municipais de trânsito com atribuições específicas. A edição de uma lei que trata do estatuto dos guardas municipais pode acrescentar a referida obrigação e assim permitir que o serviço público seja prestado sem grande ônus financeiro aos cofres públicos. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 658.570 Minas Gerais. Reclamante Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Reclamado Município de Belo Horizonte e outros. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília, 06 agosto de 2015. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9486497>>. Acesso em 14 abr. de 2021.

25 RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios do Direito do Trabalho**. Tradução Wagner D. Giglio. 4ª tiragem. São Paulo: Ltr, 1996.

Miguel Hernainz Marques²⁶, o qual privilegia a proteção do trabalhador diante do empregador. Segundo o autor em comento existem subdivisões deste princípio, quais sejam: *in dubio pro operario*, norma mais favorável e condição mais benéfica.

O Princípio do *in dubio pro operario* funciona como regra hermenêutica em que o julgador no caso de conflito de normas deve optar pela interpretação mais favorável ao trabalhador. O fundamento da norma mais favorável afirma que deve ser aplicada aquela norma mais benéfica ao empregado independentemente do *status* hierárquico desta norma. A doutrina da condição mais benéfica visa garantir o direito adquirido a determinadas condições laborais e assim a superveniência de uma lei prejudicial ao colaborador não afetará a relação jurídica já previamente instalada.

Cumprе salientar que a competência para legislar sobre direito do trabalho é privativa da União (art. 22, I da CF/88), não podendo os demais entes federados editar leis sobre relações trabalhistas. Desta forma, constata-se que os gestores do Distrito Federal, Estados e Municípios apesar de terem a liberdade de contratar empregados públicos no regime celetista possuem menor autonomia para regular as relações laborais com estes agentes públicos, se comparado com os estatutários.

Necessário ressaltar que a contratação de funcionários públicos prioritariamente pelo regime de emprego público, como propõe a reforma administrativa em trâmite, implica na transferência de ações judiciais, que atualmente são tratadas na Justiça Comum, para serem julgadas no Judiciário Trabalhista. Esta organização jurisdicional laboral, para a ala política liberal, profere decisões em prol do trabalhador²⁷, o que poderia onerar ainda mais os cofres estatais.

A perda da estabilidade é expressamente prevista na Constituição nas seguintes hipóteses: (I) sentença judicial transitada em julgado, (II) processo administrativo disciplinar, (III) procedimento de avaliação periódica de desempenho²⁸, conforme previsto no artigo 41 da CF/88, e nas situações de (IV) excesso de despesas de pessoal²⁹, nos termos do artigo 169, §4º da Carta Magna.

Percebe-se que a estabilidade não é um direito absoluto de todo e qualquer servidor público, bem como não é sinônimo de vitaliciedade do cargo ou de imunidade às sanções disciplinares. A finalidade de estabilidade do serviço público visa resguardar que o agente público exerça as suas atribuições legais de forma impessoal, eficiente e sem se submeter às pressões políticas ou interesses escusos, diversos dos objetivos estatais.

Assim como o Supremo Tribunal Federal (STF) exerce um papel contra majoritário na defesa dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos contra as eventuais maiorias políticas. A estabilidade busca resguardar o cargo do agente que atua de

26 HERNAINZ MARQUEZ, Miguel. **Tratado Elemental de Derecho del Trabajo**. 10ª ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1969.

27 JUSTIÇA do Trabalho é muito paternalista, diz presidente do TST. **Conjur**. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-29/justica-trabalho-paternalista-presidente-tst>>. Acesso em: 21 abr. 2021.

28 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 1 fev. 2021.

29 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 1 fev. 2021.

maneira correta contra eventuais arbítrios de superiores hierárquicos ou políticos para evitar que a máquina pública seja objeto de nepotismos, ou corrupções.

Uma segunda finalidade da estabilidade está associada ao princípio da continuidade do serviço público. A existência de servidores estatutários proporciona que as atividades governamentais essenciais à coletividade não parem de funcionar, principalmente durante os períodos de mudanças de chefias, prática comum no âmbito político do Poder Executivo. É inegável que para o bom exercício de suas atribuições os agentes políticos precisam ter funcionários de sua confiança³⁰. Este papel já é desempenhado pelos funcionários públicos comissionados, os quais já estão expressamente capitulados no texto da Constituição Federal. Entretanto, o excesso de agentes governamentais sem as garantias devidas para o bom exercício da atividade pública, proporcionadas pela estabilidade, poderá redundar em descontinuidade do serviço público, especialmente durante o período de transição dos dirigentes políticos. Até mesmo durante um único governo é possível verificar que a infinidade de trocas de cargos comissionados tem gerado problemas de descontinuidade e qualidade nas políticas e serviços públicos³¹.

Constata-se que a estabilidade visa garantir o efetivo cumprimento das atribuições públicas do servidor em obediência aos princípios da moralidade, impessoalidade e eficiência da Administração Pública. Estes fundamentos objetivam garantir ao cidadão um serviço público de qualidade e eficiência. Assim, fixadas estas premissas, o tópico a seguir traz os argumentos inverídicos tentam justificar a reforma administrativa. Estas alegações são frutos de um projeto de governo neoliberal que objetiva legalizar a precarização laboral reduzindo direitos fundamentais de servidores públicos e dos cidadãos ao acesso às atividades governamentais isonômicas, efetivas e de qualidade.

4. A REFORMA ADMINISTRATIVA E O ESTADO BRASILEIRO PÓS-DEMOCRÁTICO

A Reforma Administrativa foi uma das promessas de campanha do Presidente da República Jair Messias Bolsonaro³², em razão da crise econômica que o país tem passado desde 2013 para recuperar o equilíbrio fiscal e os investimentos na iniciativa privada. Esta agenda de reformas do Estado vem acontecendo desde o governo de Michel Temer, a exemplo da emenda do teto dos gastos públicos³³ e da reforma trabalhista, com flexibilização de direitos sociais dos trabalhadores³⁴.

30 EVANS, Peter. O Estado como problema e solução. Lua Nova: Revista de Cultura e Política [online]. 1993, n. 28-29, pp. 107-157. Scielo. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0102-64451993000100006>>. Acesso em: 15 abr 2021.

31 BARONE, Isabelle. Educação tem 3 ministros em 18 meses: como entra e sai prejudica o país. **Gazeta do Povo**. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/educacao/tres-ministros-da-educacao-em-18-meses-como-o-entra-e-sai-e-danoso-para-o-pais/>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

32 JAIR Bolsonaro: as promessas do candidato do PSL à Presidência. Eleições 2018. **G1**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2018/noticia/2018/10/11/jair-bolsonaro-as-promessas-do-candidato-do-psl-a-presidencia.ghtml>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

33 BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição nº 95, de 2016**. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2016. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/2016/emendaconstitucional-95-15-dezembro-2016-784029-publicacaooriginal-151558-pl.html>>. Acesso em 15 abr. 2021.

34 BRASIL. Câmara dos Deputados. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2007**. Reforma Trabalhista. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2017. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2017/lei-13467-13-julho-2017-785204-norma-pl.html>>. Acesso em 15 abr. 2021.

Há época que antecedia a votação da emenda do teto dos gastos públicos, a ala política favorável a esta reforma declarava publicamente que a proposta traria uma série de benefícios, como: equilíbrio das contas fiscais, estímulo a economia brasileira³⁵ e gerenciamento do orçamento governamental mais eficiente³⁶. Apesar de os impactos preliminares terem sido positivos para a gestão fiscal do país, Félix Gomes³⁷ percebe que esta reforma afetou os hipossuficientes, piorando a qualidade de vida das pessoas que mais dependem do serviço público e afetando o princípio da dignidade da pessoa humana.

No mesmo sentido, durante a proposta da remodelação trabalhista o governo afirmava que o projeto de lei aumentaria a quantidade de empregos, bem como estimularia a economia brasileira³⁸ melhoraria a renda dos trabalhadores e as condições de trabalho. Todavia, conforme constatado por Adalberto Cardoso³⁹, as consequências advindas deste reformismo proporcionaram a fragilização dos direitos laborais, mediante a flexibilização do contrato de trabalho, crescimento de formas precárias de emprego, redução dos custos de demissão, enfraquecimento dos sindicatos e diminuição da proteção social.

Entre as reformas já efetuadas retromencionadas, teto dos gastos e trabalhista, e a nova proposta de reestruturação administrativa é possível visualizar pontos em comum: a existência de um estado de crise e uma promessa de crescimento econômico com a elaboração de novos arranjos. Entretanto, os resultados até agora não demonstram, de maneira clara, pontos positivos, principalmente aos mais pobres.

Nota-se que o poder econômico tem dominado a agenda política estatal, intensificando o processo de desigualdades sociais. Isso é o que Rubens Casara denomina de Estado Pós-Democrático:

... o Estado Pós-Democrático revela-se um Estado forte e com tendências arbitrárias, possivelmente o Estado menos sujeito a controle desde a criação do Estado Moderno. A pós-democracia é um modelo estatal aberto a novos despotismos, no qual se permite tanto a concentração de poderes quanto a existência daquilo que Luigi Ferrajoli chamou de 'poderes selvagens', poderes sem limites.⁴⁰

O Estado pós-democrático se comporta praticando arbitrariedades dentro da legalidade, ou seja, proporcionando a redução de direitos e garantias fundamentais por meio de reformas legislativas. Logo, o trâmite legislativo serve como simulacro de legitimidade para a violação de direitos dentro do Estado Democrático.

35 PEC 241 – Um teto para os gastos públicos. **G1**, Economia, 2016. Disponível em: <<http://especiais.g1.globo.com/economia/2016/pec241-umtetoparaosgastospblicos/>>. Acesso em: 16 abr. 2021.

36 PEC do teto de gastos vai trazer benefícios imediatos, diz Tesouro — Português (Brasil). **Governo Federal**. Disponível em: <<https://www.gov.br/fazenda/pt-br/assuntos/noticias/2016/outubro/pec-do-teto-de-gastos-vai-trazer-beneficios-imediatos-diz-tesouro>>. Acesso em: 16 abr. 2021.

37 FÉLIX GOMES, José Welington et al. Efeitos fiscais e macroeconômicos da emenda constitucional do teto dos gastos (no 95/2016). **Scielo**. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-63512020000300893&lang=pt#B41>. Acesso em: 16 abr. 2021.

38 GOVERNO propõe reforma trabalhista; veja o que pode mudar nas regras atuais. Publicado em 22 dez. 2016. **UOL**. Economia. Disponível em: <<https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2016/12/22/governo-propoe-reforma-trabalhista-veja-o-que-pode-mudar-nas-regras-atuais.htm>>. Acesso em: 16 abr. 2021.

39 CARDOSO, Adalberto; AZAÍS, Christian. REFORMAS TRABALHISTAS E SEUS MERCADOS: uma comparação Brasil-França. Caderno CRH [online]. 2019, v. 32, n. 86, pp. 307-324. **Scielo**. Disponível em: <<https://doi.org/10.9771/ccrh.v32i86.30696>>. Acesso em 15 abr. 2021.

40 CASARA, Rubens R. R. **Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. 1ª ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017, p. 25-26.

Assim, segundo Casara⁴¹, as conquistas democráticas advindas do Constitucionalismo Moderno — como a separação entre poder político e econômico, a limitação do domínio estatal e garantia de direitos fundamentais — estão passando por uma regressão, ou seja, o cidadão está retornando a uma posição de oprimido pelo Estado por um “absolutismo de mercado”.

O objetivo deste estudo não é negar a necessidade de qualquer reforma. Ao contrário, existem mudanças necessárias à máquina pública que podem trazer resultados eficientes em prol do serviço estatal e dos cidadãos. Contudo, a estabilidade do servidor é uma garantia institucional que tem o escopo de impedir que sejam criadas forças paralelas de domínio ao lado do poder governamental e, com isso, resguardar o interesse público coletivo.

Apesar de propagarem pontos positivos, o que se viu anteriormente é que a reforma do teto dos gastos estatais teve como consequência a diminuição da oferta de serviços públicos aos mais necessitados, a reestruturação da legislação trabalhista redundou na precarização das relações laborais e na diminuição de direitos sociais. Ante o exposto, a extinção da estabilidade no serviço público proporcionará prejuízos aos cidadãos por dificultar o acesso e a qualidade das atividades governamentais essenciais à população.

Cumprе salientar que um argumento secundário ainda pronunciado em prol da reforma administrativa para acabar com a estabilidade seria que o agente estatal possuiria remuneração maior que os empregados da iniciativa privada. O governo, com o intuito de equiparar os serviços públicos aos privados, acaba fomentando uma cultura de desinformação colocando os funcionários estatais como “privilegiados”. Este argumento demonstra-se equivocado, uma vez que a estabilidade não tem nenhuma correlação com a remuneração do servidor.

Conforme mencionado anteriormente, a estabilidade tem o propósito de garantir o zelo e probidade do exercício das atribuições públicas fazendo com que o funcionário público tenha a garantia do seu cargo contra eventuais arbitrariedades de superiores hierárquicos ou influências políticas.

Entretanto, se o objetivo é minorar as desigualdades remuneratórias, o objeto a sofrer mudanças deve ser o salário dos trabalhadores, em especial os empregados da iniciativa privada que estão com os salários sub-precificados. O atual salário-mínimo, de R\$ 1.100,00 (mil e cem reais), está aquém do ideal para resguardar os direitos elencados na constituição como mínimo vital, capitulados no artigo 7.º, inciso IV da Constituição.

O Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos publicou estudo⁴² cuja conclusão foi que o valor mínimo necessário para o sustento de uma família composta por dois adultos e duas crianças deveria ser de R\$ 5.315,74 (cinco mil, trezentos e quinze reais e setenta e quatro centavos).

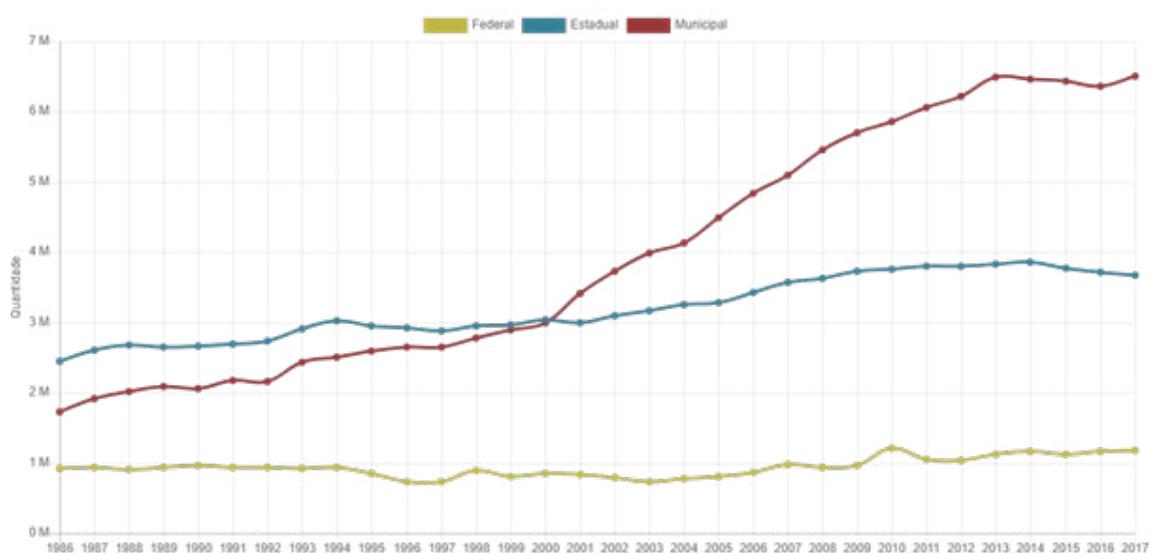
41 CASARA, Rubens R. R. **Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. 1ª ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017, p. 22.

42 ANÁLISE cesta básica – Salário mínimo nominal e necessário – DIEESE, abril/2021. Disponível em: <<https://www.dieese.org.br/analisecestabasica/salarioMinimo.html>>. Acesso em: 20 abr. 2021.

Uma pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA)⁴³ demonstrou que tanto trabalhadores privados quanto servidores possuem uma renda média mensal inferior ao salário-mínimo ideal. Assim, para a redução das desigualdades sociais são necessárias políticas de incentivo ao aumento das remunerações no setor público e privado.

Outra conclusão advinda deste estudo foi que os vínculos de trabalho no setor público, por nível federativo, entre os anos de 1986 a 2017, se mantiveram estáveis no âmbito federal, enquanto obtiveram aumento de servidores na seara estadual (aumento de 50%) e, principalmente, na esfera municipal (aumento de 123%).

Figura 1 – Vínculos de Trabalho no setor público por nível federativo



Fonte: Atlas do Estado Brasileiro v.2.6.4⁴⁴.

Percebe-se desta forma que a quantidade de vínculos de trabalho no setor público cresceu principalmente nos entes federativos que possuem a maior proximidade de seus serviços públicos com o cidadão, ou seja, Estados e Municípios. Assim demonstra-se que a alegação do governo federal para a realização da reforma administrativa não possui fundamentos verídicos.

Em 32 anos de estudos do IBGE, a população brasileira⁴⁵ teve um aumento de aproximadamente 49,56% de habitantes. Apesar desse crescimento populacional expressivo, na seara federal, pouco ocorreu o acréscimo de vínculos de trabalho no setor público, redundando em prejuízos àqueles que necessitam de atividades estatais essenciais e de qualidade⁴⁶ neste âmbito federativo.

43 ATLAS do Estado Brasileiro v.2.6.4. IPEA. Disponível em: <<https://www.ipea.gov.br/atlasestado/>>. Acesso em: 20 abr. 2021.

44 ATLAS do Estado. IPEA. Disponível em: <<https://www.ipea.gov.br/atlasestado/>>. Acesso em: 20 abr. 2021.

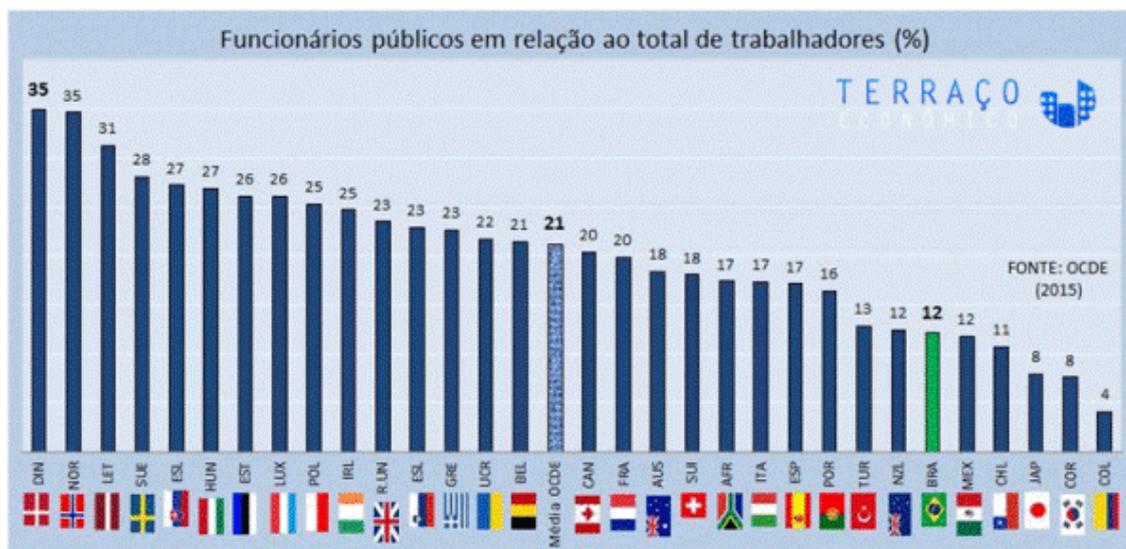
45 Que em 1986 era de aproximadamente 138,4 milhões de habitantes e em 2017 possuía aproximadamente 207 milhões de habitantes.

46 Nesse sentido é possível observar os problemas enfrentados pelo INSS, o qual não dispõe de servidores públicos suficientes para atendimento da demanda, gerando problemas de atendimento e análise de benefícios. COM FILAS, atrasos em concessões e falta de pessoal, INSS não tem concurso público previsto. Concursos e Emprego. G1. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/concursos-e-emprego/noticia/2020/01/30/com-filas-atrasos-em-concessoes-e-falta-de-pessoal-inss-nao-tem-concurso-publico-previsto.ghtml>>. Acesso em: 20 abr. 2021.

Em pesquisa realizada pela OCDE⁴⁷, este organismo internacional identificou que o Brasil possui uma taxa de 12,5% de servidores públicos em relação à população empregada (estando bem próximo da média da América Latina e Caribe que ficou em 12,3%), o índice dos países-membros ficou em 22%.

Quanto ao crescimento anual, o estudo em comento apontou que a taxa média de extensão do funcionalismo público brasileiro é de 0,3%, metade do índice dos países da OCDE (0,6% de aumento de agentes estatais por ano) e abaixo do crescimento anual das nações latino-americanas e caribenhas, que ficou com taxa de 1,4%.

Figura 2 - Funcionários públicos em relação ao total de trabalhadores



Fonte: Funcionalismo Público no Brasil: um gráfico para mudar sua visão | InfoMoney.⁴⁸

Desta análise é possível perceber que diversos países europeus⁴⁹ possuem uma quantidade superior de funcionários públicos por população economicamente ativa se comparado com os índices brasileiros. Isto demonstra a importância da intervenção do estado nas economias, pois consegue inserir no mercado de trabalho governamental os cidadãos não absorvidos pelo setor privado.

Estudo realizado pelo Banco Mundial⁵⁰ apontou que o gasto do governo federal brasileiro com funcionalismo público de 1997 a 2018 obteve uma média de 3,7% do PIB. Os dispêndios mantiveram-se estáveis durante esse período em que o menor gasto aconteceu em 2013 (3,8% do PIB) e pico no ano de 2000 (4,31% do PIB). Esta pesquisa afirma ainda que desde 2014, no âmbito estadual, e desde 2016, na esfera federal, tem acontecido redução dos gastos públicos com o funcionalismo público.

47 GOVERNMENT at a Glance 2019. OECD iLibrary. **OCDE**. Disponível em: <<https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/8ccf5c38-en.pdf?expires=1618956505&id=id&accname=guest&checksum=0132A611FFA7E14FA71908722E7DE2EA>>. Acesso em: 20 abr. 2021.

48 FUNCIONALISMO Público no Brasil: um gráfico para mudar de visão. Publicado em 05 ago. 2016. **Infomoney**. Disponível em: <<https://www.infomoney.com.br/colunistas/terraceo-economico/funcionalismo-publico-no-brasil-um-grafico-para-mudar-sua-visao/>>. Acesso em: 20 abr. 2021.

49 A exemplo da Dinamarca, Noruega, Letônia, Suécia, Eslováquia, Hungria, dentre outros.

50 GESTÃO De Pessoas E Folha De Pagamentos No Setor Público Brasileiro O Que Os Dados Dizem? **Banco Mundial**. Disponível em: <<http://documents1.worldbank.org/curated/en/449951570645821631/pdf/Gestao-de-Pessoas-e-Folha-de-Pagamentos-no-Sector-Publico-Brasileiro-o-Que-Os-Dados-Dizem.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2021.

Comparando os estudos do IBGE, OCDE e do Banco Mundial, é possível concluir que no âmbito federal, os níveis quantitativos de funcionários mantiveram-se estáveis durante 32 anos e que com o aumento populacional ocorreu uma piora significativa da qualidade do serviço público. Na esfera estadual, é possível concluir que o aumento de servidores nesses entes federativos e consequente constatação de redução de gastos públicos demonstra a eficiência como os Estados brasileiros estão conseguindo adequar a sua realidade local à eficácia econômica e administrativa. Neste ínterim, o instituto jurídico da estabilidade não foi questionado por tais entes federativos, o que pode indicar que os modelos de reformas dos Estados Brasileiros podem ser estudados com maior afinco para uma eventual reforma administrativa de caráter nacional.

Apesar de ainda existirem falhas estruturais necessárias, o aumento de serviços e servidores públicos para Estados e Municípios proporciona maior qualidade no atendimento por habitante. Além disso, o crescimento quantitativo de servidores públicos, principalmente nas esferas estadual e municipal, pode ser vista como uma política de inclusão de emprego da população economicamente ativa que não consegue se inserir no mercado de trabalho da iniciativa privada⁵¹. Em cidades de menor infraestrutura e condições socioeconômicas, são as verbas públicas dos servidores associadas aos benefícios assistenciais e previdenciários que conseguem movimentar a economia local e fazer com que os mais carentes possuam algum tipo de renda para manutenção da sua subsistência.

Os estudos demonstram a viabilidade em propor uma reforma administrativa de âmbito nacional que consiga aumentar a quantidade de servidores, melhorar a agilidade e qualidade dos serviços públicos. Ainda é possível reduzir os gastos governamentais (de acordo com o princípio da eficiência da administração pública) e garantir o exercício probo das atribuições dos agentes estatais por intermédio da estabilidade. Este modelo de gestão administrativa está presente nos próprios Estados brasileiros. É preciso compreender as experiências exitosas e de fracasso dos modelos gerenciais já presentes no Brasil para que seja adaptado a uma proposta de emenda à Constituição condizente com os valores de uma Administração Pública gerencial e com o Estado Democrático de Direito.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim a proposta de uma reforma administrativa, que tenha como objetivo a extinção da estabilidade dos servidores públicos estatutários, será prejudicial para os agentes estatais e impactará na qualidade e eficiência dos serviços governamentais essenciais aos cidadãos.

Tradicionalmente os modelos de gestão pública passaram por três fases: Patrimonialista, Burocrática e Gerencial.

51 Política presente em países desenvolvidos da Europa, como Dinamarca, Noruega e Suécia.

Na Administração Pública Patrimonialista e Clientelista o interesse público se confundia com a cobiça do príncipe no período Absolutista. Com a ascensão das ideias do Estado de Direito e fortalecimento do capitalismo, a gestão governamental patrimonial ficou ultrapassada, surgindo o modelo burocrático baseado em critério racional-legal. Um dos objetivos deste padrão de gerenciamento é o combate à corrupção e nepotismo do modelo anterior.

Com a expansão do Estado Social e aumento na prestação dos serviços públicos, os formalismos e excessos de controle dos abusos do modelo de administração burocrático demonstraram causar empecilhos para a eficiência das atividades estatais prestadas ao cidadão. Na segunda metade do século XX surge o modelo Gerencial de administração pública que visa trazer eficiência aos serviços públicos, com menor gasto público e priorizando os resultados em prol do cidadão.

A estabilidade do servidor público visa garantir que este não se submeta aos arbítrios de eventuais superiores hierárquicos ou às pressões de agentes políticos para garantir atividades estatais isonômicas, conforme o Estado Democrático de Direito e o modelo de administração pública gerencial.

Da mesma maneira que os modelos de gestão governamental evoluíram para uma administração pública que tinham como valores a eficiência dos gastos e o foco no atendimento do cidadão-cliente de acordo com o Estado Democrático de direito, a estabilidade sofreu alterações para se adequar às evoluções de padrão estatal gerencial e assim garantir um serviço público impessoal e que evitasse práticas clientelistas.

Uma reforma administrativa que objetive a extinção da estabilidade submeterá os funcionários públicos a abusos de poder, ocasionando prejuízos na prestação de serviços públicos. As atividades estatais não serão realizadas de forma isonômica. A extinção desta garantia viabiliza aos administradores governamentais a prática, de maneira irrazoável, de demissões de agentes estatais visando a implementação de atitudes nepotistas, em um retorno à ideia de Administração Pública Patrimonialista e Clientelista ferindo os princípios fundamentais da CF/88.

O instituto jurídico da estabilidade surgiu no ordenamento jurídico brasileiro há mais de 100 anos e atualmente na CF/88 faz jus unicamente aos servidores públicos estatutários. Os demais agentes públicos não têm direito a esta garantia. A atual classificação de agentes públicos entre estatutários, celetistas e temporários permite uma maior diversidade de regimes e maior discricionariedade para que administradores locais avaliem a conveniência e oportunidade da contratação de novos trabalhadores estatais.

Os servidores estatutários, detentores de estabilidade, possuem suas obrigações fixadas em lei de cada ente federado. Esta possibilidade enaltece a autonomia dos executivos locais permitindo que estes avaliem qual será o melhor regime para a contratação de pessoal. Os gestores políticos conseguem adaptar com maior

discricionariedade política as regras de seus agentes estatais à realidade local e necessidade de seus serviços públicos proporcionando maior eficiência na prestação das atividades estatais e garantindo a concretização dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Deixar os gestores locais com a obrigação de contratar somente através do regime de emprego público, sem as demais garantias institucionais da estabilidade para o serviço público, fomentará a prática de nepotismo, corrupção e clientelismos. Além disso, sujeitará os administradores locais a uma série de obrigações orçamentárias advindas do regime celetista, a exemplo do pagamento de Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e demais ônus trabalhistas e tributários que não estão presentes no regime estatutário.

Somente a União é detentora da competência para legislar sobre direito do trabalho. Estados e Municípios, que são os entes federados que abrigam 90% dos funcionários públicos do país, se aprovada esta reestruturação administrativa, não terão autonomia de regular as suas relações laborais com seu corpo de agentes estatais. Além disso, os problemas decorrentes das relações laborais dos trabalhadores do governo passariam a ser julgadas na Justiça do Trabalho, a qual possui um histórico de concessão de decisões paternalistas em prol do trabalhador. O aumento de decisões favoráveis *pro operario* prejudicaria as contas públicas.

A estabilidade não é garantia de que o agente público nunca poderá ser demitido. Ao contrário, representa uma proteção para que o funcionário público exerça as suas atribuições com zelo, eficiência, presteza, impessoalidade e isonomia sem estar sujeito a eventuais abusos de chefes ou políticos.

A Constituição Federal prevê a existência de formas para exonerar o servidor público estatutário, estável ou não. Isso não quer dizer, entretanto, que o instituto não deva ser revisto para se adequar às novas formas de eficiência na prestação do serviço público. Se o objetivo da reforma visa trazer maior eficiência e rigor técnico na efetivação de funcionários públicos detentores de estabilidade, uma alternativa viável seria, por exemplo, aumentar em 7 anos o prazo para a obtenção de estabilidade de maneira progressiva para futuros servidores públicos⁵². Um prazo de 10 anos para aquisição de estabilidade é tempo razoável para a aquisição deste direito fazendo com que os superiores hierárquicos tenham mais tempo para avaliar com base em critérios objetivos o profissionalismo do agente público.

No mesmo sentido, a Reforma administrativa não trata do processo de avaliação periódica de desempenho, que foi inserido na EC n.º 19/98 — art. 41, III — e nunca foi regulamentado. A edição desta lei baseada em níveis objetivos e transparentes de assiduidade, capacidade de iniciativa, proatividade, disciplina, subordinação, produtividade e a responsabilidade profissional⁵³ seriam ótimos indutores de

52 A Reforma Administrativa poderia colocar em seu texto que a estabilidade a partir de sua aprovação seria de 10 (dez) anos de efetivo serviço para os que servidores que adentrassem no serviço público após a promulgação de referida reforma administrativa.

53 Em analogia ao que estipula o artigo 20 da Lei Federal n.º 8.112 de 1990.

eficiência na prestação do serviço público brasileiro. Um exemplo disso pode ser visto nas metas de produtividades fixadas pelo Conselho Nacional de Justiça que paulatinamente conseguem angariar melhores resultados na prestação de serviços públicos judiciais nos diversos órgãos jurisdicionais possuindo em seus quadros servidores estatutários detentores de estabilidade.

A Reforma Administrativa, segundo informado pelo governo, teria o objetivo de reduzir gastos com pessoal, garantir eficiência na prestação das atividades públicas e proporcionar isonomia entre os setores governamental e privado. Apesar da crise financeira que o Brasil está passando, provocada pelos desajustes econômicos e faltas de políticas estatais eficientes, a estabilidade do servidor estatutário não possui nenhuma relação com o gasto público, mas sim com a correta prestação do ofício isonômico à população.

Para a redução dos gastos com funcionalismo público outra medida viável seria a reorganização dos quadros de carreira com fixação de vencimentos menores para futuros servidores públicos. A progressão funcional baseada em critérios de antiguidade e eficiência é prevista na Constituição Federal. A determinação de vencimentos menores para as classes iniciais das carreiras de agentes estatais pode ser reajustada de uma maneira politicamente mais fácil e ágil. Um projeto de lei, o qual demanda quórum simples de votação no Congresso, permite minimizar emolumentos de futuros agentes estatais sem passar por aspectos traumáticos e escusos que uma eventual reforma à Constituição possa omitir. Todavia, uma PEC necessita de quantidade mínima de votos qualificada mediante um procedimento solene para a sua aprovação.

Um projeto de lei com objetivo de determinar novas remunerações com valores nominais menores que os atuais, garantindo a irredutibilidade dos vencimentos àqueles já pertencentes aos quadros da Administração Pública, seria politicamente mais fácil de implementar com o apoio dos parlamentares. Ao mesmo tempo, não feriria os direitos dos atuais agentes estatais na irredutibilidade dos seus vencimentos e proporcionaria qualidade nos serviços governamentais.

Cumprir frisar que este projeto de lei ainda poderia albergar a revisão geral anual dos servidores públicos⁵⁴ (art. 37, X da CF/88), fixando critérios objetivos para os reajustes anuais. Assim os funcionários públicos não seriam prejudicados ao longo da sua carreira com perdas inflacionárias. Se o objetivo é garantir maior eficiência com redução de gastos públicos sem comprometimento da eficiência, políticas paulatinas de redução gradual de quadro⁵⁵ podem se mostrar eficientes desde que sejam mantidos quantitativo adequado às necessidades de prestação de atividades estatais à população.

54 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 1 fev. 2021.

55 A redução paulatina do quadro de pessoal pode ser feita através da não nomeação de novos servidores para cargos vagos. Por exemplo, a cada 4 concessões de aposentadorias para servidores pertencentes ao mesmo quadro funcional poderiam ser feitas tão somente 3 nomeações de novos servidores para preenchimento das vacâncias, o que representaria uma redução de 25% do quadro funcional. Esta política de redução de servidores públicos associados a nova fixação de faixas remuneratórias para os futuros servidores pode gerar economia para os cofres públicos. E por estar condicionada à concessão de aposentadoria permite que o serviço público vá se adaptando gradativamente a esta redução sem comprometimento da qualidade na prestação do serviço público.

Por fim, para garantir a isonomia entre o setor público e setor privado, constatou-se que ambos os setores no Brasil estão com remunerações médias defasadas, o que requer políticas públicas de maior intervenção econômica para garantir renda mínima digna para trabalhadores privados e governamental. Pesquisas demonstram que há anos o Brasil tem diminuído sua despesa com pessoal. A reforma que o Brasil deve almejar precisa manter um padrão de administração gerencial, com respeito aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, probidade e eficiência. Para isto não deve extinguir o instituto da estabilidade jurídica no serviço público.

A diferenciação das categorias de funcionários governamentais entre agentes políticos, servidores estatutários, empregados públicos, temporários e comissionados já permite que os administradores locais consigam melhor dimensionar o seu quadro de pessoal de acordo com as necessidades locais e discricionariedades políticas. O modelo de reforma administrativa a ser estudado e perseguido são aqueles realizados nos últimos anos pelos Estados-membros brasileiros. As administrações regionais dos Estados conseguiram aumentar seu quadro de pessoal, reduzir gastos com o funcionalismo público e melhorar a qualidade do serviço estatal em prol do cidadão.

Constata-se que a Reforma Administrativa proposta na PEC n.º 32/2020, em verdade, é reflexo de um Estado Brasileiro Pós-Democrático que tem como objetivo reduzir os direitos fundamentais sociais já conquistados pelos cidadãos. O governo, com a promessa de geração de emprego e renda, dissemina informações falsas na sociedade para obter legitimidade da sociedade para a implementação de uma reforma administrativa controversa. Esta reestruturação permitirá que o governo saia do modelo de administração pública gerencial, baseada nos postulados constitucionais e no Estado Democrático de Direito, para re-institucionalizar funcionários públicos sem estabilidade, sujeitos às pressões políticas, econômicas e arbitrárias das maiorias eventuais que possam estar no poder.

Assim a PEC n.º 32/2020 promoverá um retorno da Administração Pública Paternalista, travestida de caráter democrático, o que poderia ser chamado de Clientelismo Pós-democrático.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANÁLISE cesta básica – Salário mínimo nominal e necessário – **DIEESE**, abril/2021. Disponível em: <<https://www.dieese.org.br/analisecestabasica/salarioMinimo.html>>. Acesso em: 20 abr. 2021.

ATLAS do Estado Brasileiro v.2.6.4. **IPEA**. Disponível em: <<https://www.ipea.gov.br/atlasestado/>>. Acesso em: 20 abr. 2021.

BARONE, Isabelle. Educação tem 3 ministros em 18 meses: como entra e sai prejudica o país. **Gazeta do Povo**. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/educacao/tres-ministros-da-educacao-em-18-meses-como-o-entra-e-sai-e-danoso-para-o-pais/>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Constituição de 1934**. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1930-1939/constituicao-1934-16-julho-1934-365196-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em 16 de abril de 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 1 fev. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Lei nº 2.294, de 5 de janeiro de 1915**. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1910-1919/lei-2924-5-janeiro-1915-574326-publicacaooriginal-97490-pl.html>>. Acesso em 16 abr de 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2007**. Reforma Trabalhista. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2017. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2017/lei-13467-13-julho-2017-785204-norma-pl.html>>. Acesso em 15 abr. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição n.º 32, de 2020**. Altera disposições sobre servidores, empregados públicos e organização administrativa. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2020. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2262083>>. Acesso em: 12 abr. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição nº 95, de 2016**. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2016. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/2016/emendaconstitucional-95-15-dezembro-2016-784029-publicacaooriginal-151558-pl.html>>. Acesso em 15 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 658.570 Minas Gerais. Reclamante Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Reclamado Município de Belo Horizonte e outros. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília, 06 agosto de 2015. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9486497>>. Acesso em 14 abr de 2021.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração pública burocrática à gerencial. **Revista do Serviço Público**. Ano 47. Vol. 120. Número 1. Jan-Abr 1996. Disponível em: <<https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/702/550>>. Acesso em: 16 abr. 2021.

CAMPELO, Graham Stephan Bentzem. Administração Pública no Brasil: ciclos entre patrimonialismo, burocracia e gerencialismo, uma simbiose de modelos. **FUNDAJ**, v. 34, n. 2, 21 jan. 2013, p. 299-300 Disponível em: <<https://fundaj.emnuvens.com.br/CIC/article/view/871/592>>. Acesso em 26 fev 2021.

CARDOSO, Adalberto; AZAÏS, Christian. REFORMAS TRABALHISTAS E SEUS MERCADOS: uma comparação Brasil-França. Caderno CRH [online]. 2019, v. 32, n. 86, pp. 307-324. **Scielo**. Disponível em: <<https://doi.org/10.9771/ccrh.v32i86.30696>>. Acesso em 15 abr. 2021.

CARVALHO, José Murilo de. Mandonismo, Coronelismo, Clientelismo: Uma Discussão Conceitual. **Scielo**. 1997, v. 40, n. 2, pp. 229-250. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0011-52581997000200003>>. Acesso em 12 abr 2021.

CASARA, Rubens R. R. **Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

CAVALCANTI, Marco Antônio F. de H. et al. IPEA. **Nota Técnica n.º 48, 3º trimestre de 2020**. Ajustes nas despesas de pessoal do setor público: cenários exploratórios para o período 2020-2039. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/conjuntura/200914_cc_48_nt_ajuste_gastos_pessoal.pdf>. Acesso em 12 abr 2021.

COM FILAS, atrasos em concessões e falta de pessoal, INSS não tem concurso público previsto. Concursos e Emprego. **G1**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/concursos-e-emprego/noticia/2020/01/30/com-filas-atrasos-em-concessoes-e-falta-de-pessoal-inss-nao-tem-concurso-publico-previsto.ghtml>>. Acesso em: 20 abr. 2021.

DIMENSTEIN, Gilberto. **A República dos Padrinhos. Chantagem e corrupção em Brasília**. 4ª ed. Brasília. Editora Brasiliense, 1988.

EVANS, Peter. O Estado como problema e solução. Lua Nova: Revista de Cultura e Política [online]. 1993, n. 28-29, pp. 107-157. **Scielo**. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0102-64451993000100006>>. Acesso em: 15 abr 2021.

FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder: Formação do Patronato Político Brasileiro**. 5ª ed. São Paulo: Globo, 2012.

FÉLIX GOMES, José Weligton et al. Efeitos fiscais e macroeconômicos da emenda constitucional do teto dos gastos (no 95/2016). **Scielo**. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-63512020000300893&lang=pt#B41>. Acesso em: 16 abr. 2021.

FUNCIONALISMO Público no Brasil: um gráfico para mudar de visão. Publicado em 05 ago. 2016. **Infomoney**. Disponível em: <<https://www.infomoney.com.br/colunistas/terraceo-economico/funcionalismo-publico-no-brasil-um-grafico-para-mudar-sua-visao/>>. Acesso em: 20 abr. 2021.

GESTÃO De Pessoas E Folha De Pagamentos No Setor Público Brasileiro O Que Os Dados Dizem? **Banco Mundial**. Disponível em: <<http://documents1.worldbank.org/curated/en/449951570645821631/pdf/Gestao-de-Pessoas-e-Folha-de-Pagamentos-no-Setor-Publico-Brasileiro-o-Que-Os-Dados-Dizem.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2021.

GOMES, Laurentino. **1808: como uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a História de Portugal e do Brasil**. São Paulo: Globo Livros, 2015.

GOVERNMENT at a Glance 2019. OECD iLibrary. **OCDE**. Disponível em: <<https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/8ccf5c38-en.pdf?expires=1618956505&id=id&accname=guest&checksum=0132A611EEA7E14FA71908722E7DE2EA>>. Acesso em: 20 abr. 2021.

GOVERNO propõe reforma trabalhista; veja o que pode mudar nas regras atuais. Publicado em 22 dez. 2016. **UOL**. Economia. Disponível em: <<https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2016/12/22/governo-propoe-reforma-trabalhista-veja-o-que-pode-mudar-nas-regras-atuais.htm>>. Acesso em: 16 abr. 2021.

HERNAINZ MARQUEZ, Miguel. **Tratado Elemental de Derecho del Trabajo**. 10ª ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1969.

JAIR Bolsonaro: as promessas do candidato do PSL à Presidência. Eleições 2018. **G1**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2018/noticia/2018/10/11/jair-bolsonaro-as-promessas-do-candidato-do-psl-a-presidencia.ghtml>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

JUSTIÇA atende pedido do MPPR em ação civil pública e determina que Câmara de Balsa Nova exonere servidores comissionados sem qualificação. Patrimônio Público. **Ministério Público do Estado do Paraná**. Disponível em: <<https://mppr.mp.br/2021/01/23333.11/Justica-atende-pedido-do-MPPR-em-acao-civil-publica-e-determina-que-Camara-de-Balsa-Nova-exonere-servidores-comissionados-sem-qualificacao.html>>. Acesso em: 16 abr. 2021.

JUSTIÇA do Trabalho é muito paternalista, diz presidente do TST. **Conjur**, 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-29/justica-trabalho-paternalista-presidente-tst>>. Acesso em: 21 abr. 2021.

MARCELINO, Gileno Fernandes. Em busca da flexibilidade do Estado: o desafio das reformas planejadas no Brasil. **Rev. Adm. Pública**, Rio de Janeiro, v. 37, n. 3, p. 641-659, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Administração Pública Gerencial. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Curitiba: Juruá, n. 2, 199, pp. 119-129. Disponível em: <<https://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/viewFile/14/756>>. Acesso em 14 abr 2021.

PEC do teto de gastos vai trazer benefícios imediatos, diz Tesouro. Português (Brasil). **Governo Federal**. Disponível em: <<https://www.gov.br/fazenda/pt-br/assuntos/noticias/2016/outubro/pec-do-teto-de-gastos-vai-trazer-beneficios-imediatos-diz-tesouro>>. Acesso em: 16 abr. 2021.

PEC 241 – Um teto para os gastos públicos. **G1**, Economia, 2016. Disponível em: <<http://especiais.g1.globo.com/economia/2016/pec241-umtetoparaosgastospblicos/>>. Acesso em: 16 abr. 2021.

RODRIGUEZ, Amédico Plá. **Princípios do Direito do Trabalho**. Tradução Wagner D. Giglio. 4ª tiragem. São Paulo: Ltr, 1996.

WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. 4ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2009.

FREEDOM AND DEVELOPMENT: THE ROLE OF EXTERNAL CONTROL AGENCIES**LIBERDADE E DESENVOLVIMENTO: O PAPEL DOS ÓRGÃOS DE CONTROLE EXTERNO**artigos
científicosLarissa Mesquita França¹
larissamfranca@gmail.comRecebido/Received: 13.05.2021/ May 13th, 2021.
Aprovado/Approved: 08.07.2021/ July 8th, 2021.**RESUMO**

A liberdade é direito fundamental garantido constitucionalmente, assim como o desenvolvimento. O que estes dois direitos guardam em comum é o fato de que o primeiro resulta do segundo. Isto porque, no momento em que uma sociedade democrática fiscaliza as contas públicas junto às Instituições de controle externo, como os Tribunais de Contas e Ministério Público de Contas, a consequência é o correto destino dos recursos públicos, investidos de forma adequada para que resultem em benefícios à sociedade, dentre os quais o desenvolvimento social e econômico. Este fator tem como implicação assegurar que as espécies de liberdades constitucionais possam ser desfrutadas pelos cidadãos de um Estado Democrático de Direito. Assim, a partir das matrizes conceituais e aportes teóricos do economista indiano Amartya Sen, em sua obra seminal "Desenvolvimento como liberdade", demonstrar-se-á que esses órgãos de controle externo são fundamentais para certificar o acesso aos direitos básicos pelos cidadãos, através de sua função como órgãos representantes dos interesses da sociedade. Em um Estado onde o desvio de recursos públicos é uma realidade, é essencial que se exerça a função fiscalizadora, com vistas ao desenvolvimento e, conseqüentemente, à liberdade.

Palavras-chave: Democracia; Fiscalização; Desenvolvimento; Liberdade.

ABSTRACT

Freedom is a constitutionally assured Fundamental Right, in the same way as Development. What both these rights have in common is that the first results in the second. This happens because at the moment that a democratic society surveys the public expenditures along with the institutions of external control, such as the Tribunais de Contas and Ministério Público de Contas, the consequences are the proper usage of public resources, invested correctly as to enable benefits to society, with social and economical development among them. This factor has as a consequence the assurance that the different kinds of constitutional freedoms can be exercised by the citizen of a Democratic Estate of Law. Therefore, from the conceptual matrices and theoretical basis of the indian economist Amartya Sen, in his seminal

¹ Acadêmica do 8º período do curso de Direito no Centro Universitário de Curitiba (Unicuritiba). É estagiária na 2ª Procuradoria de Contas do Ministério Público de Contas do Estado do Paraná.

work “Development as Freedom”, shall be demonstrated that these external control agencies are fundamental to certify access by citizens’ rights by fulfilling its function as a representative of society’s interests. In a State where misappropriation of funds is a reality, the execution of the surveillance function is essential to development and, therefore, to freedom.

Keywords: Democracy; Surveillance; Development; Freedom.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO; 2. A OBRA “DESENVOLVIMENTO COMO LIBERDADE”, DE AMARTYA SEN; 3. DA LIBERDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL E DIGNIFICADORA DO SER HUMANO; 3.1 DA LIBERDADE NEGATIVA E POSITIVA; 4. DAS DIVERSAS ESFERAS DAS LIBERDADES CONSTITUCIONAIS; 4.1 DA LIBERDADE CORPÓREA (FÍSICA); 4.2 DA LIBERDADE DE ALMA (PSÍQUICA); 4.3 DA LIBERDADE ECONÔMICA; 5. DO DESENVOLVIMENTO COMO LIBERDADE; 6. DA DEMOCRACIA COMO GARANTIDORA DE LIBERDADES E DIREITOS; 7. DA LIBERDADE ATRAVÉS DA DEMOCRACIA: O TRIBUNAL DE CONTAS E O MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS COMO CUSTOS LEGIS; 8. CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

A liberdade é fator essencial à vida de todo ser humano. Refletir sobre esta palavra permite o vislumbre de inúmeras indagações sobre suas mais diversas nuances. Fato é, que a liberdade é o instrumento pelo qual o ser humano sente-se livre de qualquer amarra – seja ela física ou psíquica.

O objetivo deste estudo é compreender como a liberdade é conquistada em sociedades democráticas, e como ela exerce uma função social primordial, no momento em que altera a dinâmica de pensamento e, até mesmo, de vida dos seres humanos.

Através do enfoque na obra “Desenvolvimento como liberdade”, do economista indiano Amartya Sen - a qual será a base para esta pesquisa - será possível perceber que as liberdades são conquistadas a partir do processo de desenvolvimento, pelo qual conquistar-se-á também o progresso. Este fator se revela no momento em que, se uma sociedade tem acesso às liberdades, assim serão concedidas diversas oportunidades sociais e, portanto, será desenvolvida economicamente, no mesmo momento em que será justa, com condições justas aos seus cidadãos.

Note-se que, partindo da análise de duas Instituições democráticas, quais sejam o Tribunal de Contas e o Ministério Público de Contas, será possível perceber que, por meio do exercício de suas funções democráticas, de controle externo, fiscalização, entre outras, ambos os órgãos influenciam positivamente no desenvolvimento, e, conseqüentemente, na concessão material das liberdades previstas na Constituição da República Federativa do Brasil.

Entende-se que, partindo de suas funções, os órgãos mencionados realizam, como uma de suas precípuas atividades, a fiscalização das contas públicas, que objetivam o enfrentamento ao desvio de verbas públicas, ou seu investimento equivocado, e inibe condutas ilícitas ou irregulares por parte dos gestores da coisa pública.

Estes gestores detêm o poder de decisão que mais influencia a vida de um ser humano e seu desenvolvimento, e, portanto, deve ser utilizado com responsabilidade, com vistas aos princípios da Administração Pública, contemplados no artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil sejam eles, especialmente, o princípio da legalidade, que autoriza condutas específicas do gestor público; e da publicidade, que se refere aos atos administrativos (e, portanto, executivos), os quais serão divulgados mediante Portais da Transparência para informar aos cidadãos das práticas administrativas daquele responsável.

Em que pese seja dever do Estado e da Administração Pública assegurar a legalidade das contas públicas, e que os recursos públicos sejam utilizados de forma correta, o controle público se mostra efetivo a este fator, no momento em que a sociedade tem o poder de questionar administrativamente, ou ingressar em juízo frente à notícia de alguma irregularidade nas contas públicas.

2. A OBRA “DESENVOLVIMENTO COMO LIBERDADE”, DE AMARTYA SEN

Esta pesquisa se aterá, principalmente, à obra de Amartya Sen: “Desenvolvimento como liberdade”, e por este motivo, em primeiro lugar, deve-se voltar os olhos para seus fundamentos, para que posteriormente seja possível compreender como o desenvolvimento resulta na liberdade.

O economista leciona que a liberdade é, também, oportunidade, já que, se há duas ou mais opções, o sujeito tem o poder de escolha sobre aquilo que é relevante para ele, proporcionando através da escolha, oportunidades que alterem os rumos de sua vida, e o conduzam ao desenvolvimento pessoal e econômico. Ele entende que as oportunidades são um dos elementos que culminam no desenvolvimento, e, ainda, que a liberdade é uma forma de capacidade, pois, ao ser livre, o ser humano terá a escolha de utilizar suas capacidades para se desenvolver. Ainda, Sen ensina que, se o indivíduo faz jus à liberdade, e como consequência, é desenvolvido, terá capacidades, da mesma forma, para participar da vida social², com o fim de que exerça sua liberdade política enquanto agente na sociedade, ou seja, aquele que age, e por isso promove mudanças em sua vida, e na vida da sociedade.

A liberdade de escolha, enquanto liberdade que integra o ser humano, se revela como uma forma de proporcionar oportunidades. Portanto, terá a capacidade de

² “Liberdade como capacidade significa estar habilitado a funcionar, conduzir suas escolhas, construir sua identidade, estabelecer relações sociais, ser reconhecido como membro e participar da vida da sociedade”. FRÖHLICH, Sandro. **Reflexões sobre a liberdade: uma perspectiva a partir de Amartya Sen**. Controvérsia, São Leopoldo, v. 9, n. 1, p. 23-31, jan.-abr. 2013. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/controversia/article/view/9646>>. Acesso em: 30 abr. 2021.

realizar uma escolha, e assim, pressupõe-se que será livre. Se é livre, e tem igualdade de oportunidades, isso possibilita o desenvolvimento humano, e conseqüentemente, econômico. Essa liberdade permite a realização de desejos e resultados. No entanto, não é apenas o resultado que importa, mas sim, a possibilidade de escolher também traz a liberdade, já que as capacidades são o direito de escolha.

Assim, a liberdade pode ser vista como capacidade, que é a habilidade de realizar escolhas que façam parte da identidade do ser humano, ao mesmo tempo que se firma como relação social, como agente que participa e integra a sociedade, e como integrante, tem a oportunidade de se desenvolver³.

Em seu artigo sobre Amartya Sen e o Utilitarismo⁴, André Folloni entende que as capacidades se mostram necessárias no momento em que concedem alternativas para àqueles que desejam escolher os rumos de sua vida, e de seu bem-estar, bem como, levando em consideração seus deveres, para que, deste modo, possa tomar decisões que auxiliem a sociedade⁵.

A liberdade, para Amartya Sen, é ter alternativas para escolher, e após isso, ter condições para realização e concretização da seleção; ter o direito, condições e oportunidade de desejar e escolher, e assim, se desenvolver a partir de suas opções.

Da mesma forma, em sua Teoria da Justiça, o economista entende que a liberdade é essencial para avaliação da justiça na sociedade, já que, se as pessoas detêm condições para exercer suas liberdades, e para desenvolver suas capacidades enquanto sujeitos ativos, então essa sociedade será justa. Por outro lado, uma sociedade será injusta no momento em que houverem desigualdades que impeçam as pessoas de serem livres, e de desenvolverem suas capacidades, pois a desigualdade impede o equilíbrio das relações humanas e da boa qualidade de vida.

Assim, como se verá a seguir, o papel de órgãos de controle externo se mostra imprescindível, pois ao tempo em que o desenvolvimento promove a liberdade, é inafastável o exercício de fiscalização sobre os recursos públicos, já que, se esses forem destinados corretamente, com vistas ao desenvolvimento econômico, logo, se terá uma sociedade de liberdades, igualdade e justiça.

Ao mesmo tempo, Amartya Sen se debruça sobre a questão da igualdade como condição premente da justiça. A eliminação das desigualdades remete a existência da igualdade, significando oportunidades isonômicas para todos. Para tanto, se pode

3 "Liberdade é ter as condições de desenvolver e poder interagir nesses diversos fatores, é poder funcionar para realizar suas capacidades". FRÖHLICH, Sandro. **Reflexões sobre a liberdade: uma perspectiva a partir de Amartya Sen**. Controvérsia, São Leopoldo, v. 9, n. 1, p. 23-31, jan.-abr. 2013. Disponível em: <<http://revistas.unisinus.br/index.php/controversia/article/view/9646>>. Acesso em: 30 abr. 2021.

4 "Liberdade em Amartya Sen é ter, de fato e não apenas por direito, as condições, as oportunidades e as reais possibilidades de efetivamente examinar, avaliar, decidir e obter os resultados relativos àquilo que temos boas razões para desejar". FOLLONI, André. **Liberdade como capacidade em Amartya Sen desde sua crítica ao utilitarismo**. Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 20, n. 80, p. 103-124, abr.-jun. 2020. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaec/article/view/1329>>. Acesso em: 01 mai. 2021.

5 "Liberdade é estar livre para funcionar, para realizar suas capacidades. Não é ter uma mera liberdade ou garantia formal, é ter condições reais para eleger suas preferências e, efetivamente sentir-se habilitado para buscar realizar os seus propósitos. Liberdade tem um valor instrumental, como uma ferramenta para realizar fins e propósitos. E mais, a liberdade tem um valor e um fim em si mesmo, a liberdade é uma meta a ser alcançada. Se a liberdade é meio para funcionar e se realizar enquanto ser humano, também uma vida boa é uma vida livre". *Idem*.

resumir que, uma sociedade igualitária promove a igualdade de oportunidades, e por consequência a justiça, que por sua vez resulta no desenvolvimento e nas liberdades. Ele entende que a desigualdade gera governos tirânicos, que rompem com a identidade e condições da vida coletiva, o que a desestabiliza e incentiva que ocorram corrupções públicas e privadas.

Sen ainda destaca a importância da democracia, pois é um valor fundamental para que a sociedade seja equilibrada, e proporcione os direitos individuais e coletivos. Quando ocorre o distanciamento da economia e da política, por exemplo, isso resulta na instrumentalização das instituições democráticas⁶, que submete as pessoas a decisões arbitrárias, estranhas à maioria, e que pode tolher os direitos individuais e coletivos. Por isso, em uma sociedade democrática, há instituições e mecanismos que funcionam concomitantemente para garantir a estabilidade, atuar em prol dos interesses sociais e equilibrar o uso dos bens públicos (como, por exemplo, as instituições democráticas: Tribunal de Contas e Ministério Público de Contas).

Ao mesmo tempo, o poder conquistado por vias não democráticas, influi no “retrocesso político”⁷, que, a partir do uso da força, gera injustiças que desestabilizam a sociedade e seu desenvolvimento.

Isso se dá, do mesmo modo, quando uma sociedade se preocupa apenas com o crescimento econômico sem se ater às questões da sociedade, moralidade e liberdades. Ocorre que, se uma sociedade não se atém às liberdades substantivas, não será desenvolvida, e assim, não poderá ser considerada uma sociedade justa.

Uma das principais formas de desenvolvimento a que Amartya Sen se atém é, notadamente, o desenvolvimento econômico, pois, sem as garantias mínimas⁸ ao ser humano, não há que se falar em uma sociedade desenvolvida, já que uma nação pobre é desigual, injusta, e, portanto, subdesenvolvida, ou não desenvolvida.

3. DA LIBERDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL E DIGNIFICADORA DO SER HUMANO

Em um primeiro momento, deve-se o enfoque a informações importantes sobre o conceito de liberdade, palavra esta que será trabalhada para que se compreenda sua origem, sua função frente a um Estado Democrático de Direito, e como se verá nos próximos tópicos, se revela como dignificadora do ser humano a partir da ideia do desenvolvimento como sua antecessora.

Desde os primórdios da civilização humana tem-se o conhecimento de reflexões sobre o significado da palavra “liberdade”. Não é objeto deste estudo discutir qual

6 “[...] democracia como valor fundamental e irrenunciável para a organização equilibrada da sociedade e com os direitos individuais coletivos”. ZAMBAM, Neuro José. **A teoria da justiça de Amartya Sen: liberdade e desenvolvimento sustentável**. Tese (Doutorado em Filosofia) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, p. 13. 2009.

7 *Ibidem*, p. 146.

8 “A pobreza econômica, a ausência de serviços públicos básicos e assistência social, ou a negação da livre atuação política e civil, entre outras, configuram as principais causas que impedem o desenvolvimento das condições para a liberdade, diretamente relacionadas com a qualidade de vida, a condição de agente e o desenvolvimento social”. SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 26.

conceito melhor se aplica à palavra, já que tal discussão não foi concluída até os dias atuais. Este é um debate importante, porém, o presente estudo se aterá à liberdade concebida a partir de uma ideia de desenvolvimento humano, que objetiva a garantia de uma sociedade democrática e igualitária, produto de Instituições democráticas que zelam pelo bem-estar social.

Em um primeiro momento, é forçoso elaborar um breve histórico do surgimento da liberdade como direito fundamental, que tem como origem a Revolução Francesa, em 1789, no momento em que surgem os intitulados “Direitos fundamentais de primeira geração”, entendidos como vitais para a dignificação do ser humano e inibidoras do autoritarismo⁹.

Partindo-se da visão em que, até o advento da Revolução Francesa, a sociedade vivia sob forte influência absolutista, e, portanto, sem dispor de liberdade, igualdade e sequer dignidade, o lema desta Revolução passou a ser “liberdade, igualdade e fraternidade”. Esta liberdade era, neste momento, entendida como a liberdade política, de não submissão a um monarca que, sozinho, tomava decisões pelo povo. Sendo assim, pregavam por uma participação social na medida em que as ideias iluministas estavam sendo amplamente disseminadas. Por igual medida, objetivavam a concessão de direitos fundamentais, dentre os quais principalmente a liberdade (1ª geração de direitos), igualdade, e a fraternidade.

Portanto, verifica-se, desde logo, a importância da existência da democracia como libertadora e dignificadora do ser humano, e não apenas, como também, facilitadora do desenvolvimento humano e da justiça¹⁰.

Neste estudo, o que se pretende é compreender o significado da liberdade e suas diversas espécies elencadas na Constituição da República Federativa do Brasil, que possibilitará a compreensão da importância de um Estado Democrático de Direito que assegura o desenvolvimento e, conseqüentemente as liberdades.

Deste modo, neste momento se deve ater à Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, sobre a qual se irá debruçar para compreensão de sua importância enquanto Constituição “Cidadã”, ou seja, de Estado Social.

Como se nota em seu preâmbulo, um Estado que tem como base a união e apoio a valores igualitários e humanitários, objetiva o desenvolvimento de todos conjuntamente, o que resulta na liberdade de todos ao acesso dos benefícios do Estado Social. É de se notar que esse preâmbulo transmite a finalidade do constituinte, que objetiva conduzir a sociedade a realização de valores supremos com status de Cláusula Pétrea, como justiça, liberdade e igualdade, que ensejam na dignificação do ser humano, como merecedor de igualdade de direitos e oportunidades, conforme

9 “[...] a desigualdade de tratamento ofertada pelo Estado no que pertine aos referidos direitos, ainda que por omissão, afronta a dignidade da pessoa humana, e daí sim, sem dignidade, sem a efetivação de direitos basilares de primeira dimensão, não há democracia real”. COELHO, Denian Couto. **Liberdade de Expressão: o mito da universalidade de acesso ao direito de informação no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 24.

10 “Paz sem justiça é opressão, espoliação e violação da dignidade. A dignidade sem justiça promove guerras pelo que é devido por direito e pela liberdade. Somente a justiça permite o reino da paz e da dignidade”. KOLM, Serge-Christophe. **Teorias modernas da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 592.

dita o artigo 1º, inciso III da Constituição da República Federativa do Brasil¹¹, o que propicia a redução das desigualdades econômicas, e no aumento das liberdades.

Ou seja, a liberdade faz parte dos objetivos da sociedade enquanto República, na medida em que “República” significa “coisa pública”, e sendo assim, pressupõe-se que todos os cidadãos têm interesse e liberdade para participar da gestão da coisa pública, já que pertencentes a um governo de todos para todos. Por isso, partindo da ideia de um Estado Democrático de Direito, este existe na medida em que é considerada a dignidade da pessoa humana e em sua liberdade de participar nas decisões da gestão que atinjam o interesse público.

De todo modo, em síntese, a Constituição da República Federativa do Brasil tem como finalidade asseverar o exercício dos direitos sociais e individuais, bem como, o desenvolvimento, a liberdade, justiça e a igualdade como valores sociais supremos¹². Assim, há que se falar em um Estado garantidor dos direitos fundamentais, tidos como essenciais à sua manutenção. Ora, sem liberdade não se terá uma sociedade que desempenhe seus direitos políticos e fundamentais, e como se poderá imaginar que uma sociedade sem tais garantias basilares será democrática e igualitária?

Por fim, deve-se notar que a liberdade enquanto direito fundamental, resulta, também, de garantias democráticas que asseguram seu cumprimento, pois, posto que a sociedade se considera livre, assim será para o exercício de seus direitos políticos, o que contribui, ainda, para uma sociedade participativa.

3.1. DA LIBERDADE NEGATIVA E POSITIVA

Isaiiah Berlin, em sua obra “Quatro ensaios sobre a liberdade”, conceitua as duas formas de liberdade, as quais, anterior à análise de suas manifestações na Constituição da República Federativa do Brasil, devem ser tratadas, para que seja possível compreender a dimensão de tais liberdades para que uma sociedade seja desenvolvida.

A liberdade negativa é tida como aquela que se opõe a qualquer tipo de interferência, ou coerção. José Guilherme Merquior, ao se referir a Isaiiah Berlin, a conceitua como sendo “estar-livre-de”¹³ ou *freedom of*. Por isso, a autonomia se revela como uma de suas manifestações, no momento em que se desprende de padrões pré-concebidos socialmente, sem qualquer coerção (seja ela física ou psíquica). Ou seja, sendo titular da liberdade negativa, pode-se realizar o que deseja sem que haja interferência sobre a conduta, pois, sem restrições ou proibições, o indivíduo poderá viver conforme suas escolhas lhe permitem e lhe aprazem.

11 Art. 1, III – “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - dignidade da pessoa humana”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

12 “[...] Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos [...]”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

13 “[...] a liberdade negativa é sempre liberdade contra a possível interferência de alguém. São exemplos disso a autonomia de fruir intitulentamentos (contra possíveis abusos); a autonomia de expressar crenças (em oposição à censura); a liberdade de satisfazer pessoalmente gostos e a livre procura de objetivos individuais (em oposição a padrões impostos)”. MERQUIOR, José Guilherme. **O liberalismo antigo e moderno**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991. p. 25.

Por outro lado, mas no mesmo sentido de obter a liberdade, sua forma positiva se mostra como o desejo de se auto governar, uma completa autonomia, “estar-livre-para”¹⁴ (*freedom to*). Logo, decidir com autonomia significa liberdade para ser, guiar-se, controlar a si mesmo, e fazer o que deseja para realização de seus objetivos. Sendo assim, tal liberdade ocorre quando o sujeito assume o protagonismo de sua vida, tomando as decisões necessárias para o desenvolvimento de suas capacidades.

4. DAS DIVERSAS ESFERAS DAS LIBERDADES CONSTITUCIONAIS

Como visto anteriormente, a liberdade é direito fundamental assegurado na Constituição da República Federativa do Brasil, e se mostra própria à democracia. Agora, é necessário elencar, de forma cristalina e objetiva, as principais formas de liberdade previstas constitucionalmente. Isto porque, é necessário que se compreenda de que formas a liberdade se manifesta, e como essas manifestações decorrem do processo de evolução histórica.

Por isso, tal análise servirá de compreensão no papel fundamental das liberdades para o exercício da democracia, proteção ao princípio da dignidade da pessoa humana, e em como as Instituições democráticas, sobre as quais se aterá nos tópicos seguintes, prezam para que tais liberdades e direitos sejam assegurados.

4.1. DA LIBERDADE CORPÓREA (FÍSICA)

A liberdade corpórea deve ser entendida através de uma análise constitucional do artigo 5º, inciso XV da Constituição da República Federativa do Brasil¹⁵, que dispõe sobre a liberdade de locomoção. A dita liberdade corpórea se refere à liberdade de locomoção, dada sua característica eminentemente física, onde, se o indivíduo se locomove livremente, sem qualquer empecilho, este detém de liberdade corpórea.

A liberdade de ir e vir significa não estar sob amarras ou qualquer tipo de obstáculo que impossibilite sua locomoção. Pensar isso do ponto de vista prático significa que todos nascem livres, e assim devem permanecer, sem qualquer coerção (com exceção de quem é punido com a pena de reclusão ou detenção por algum crime praticado).

Esta liberdade física significa, também, a titularidade da vontade de locomoção e permanência. Ou seja, hodiernamente, a prisão do corpo é, em regra, inviável, na medida em que seu cárcere é a exceção.

Estar sob uma prisão pressupõe a restrição à liberdade de locomoção. No entanto, não significa que todas as formas de liberdade estarão sob completo

¹⁴ “A liberdade positiva, por outro lado, é essencialmente um desejo de governar-se, um anseio de autonomia. Contrariamente à liberdade negativa, não é liberdade de, mas liberdade para: a aspiração de autogoverno, a decidir com autonomia em vez de ser objeto de decisão”. MERQUIOR, José Guilherme. **O liberalismo antigo e moderno**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991. p. 25.

¹⁵ Art. 5, XV – “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: é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

cerceamento, pois, o tolhimento da liberdade física não significa, necessariamente, remoção da liberdade psíquica, a qual será tratada posteriormente.

No inciso LXVIII¹⁶ do supracitado artigo é estabelecido o *habeas corpus*. No momento em que a liberdade de locomoção é posta em risco pelos motivos enunciados no dispositivo legal, há cabimento de tal remédio constitucional.

Frente à democracia, essa liberdade se mostra essencial, pois em tempos ditatoriais e autoritários, não há plena liberdade de locomoção, já que, no momento em que há expressão da opinião diversa à estimada pelo governo autoritário, isto implica, necessariamente no exílio e prisão política, ocasionando a subtração da humanidade de quem sofreu tais privações. Assim, se mostra necessário o controle sobre o Estado para que este não incida em um autoritarismo flagrante. Dessa forma, diferente do governo democrático, ambas as liberdades (de locomoção e de expressão) sofrem reprimendas. Neste cenário, é significativa a função das Instituições democráticas na proteção das liberdades.

4.2. DA LIBERDADE DE ALMA (PSÍQUICA)

A liberdade de alma compreende diversas formas de liberdade, as quais devem ser pontualmente revisitadas.

Em um primeiro momento, a partir de uma releitura constitucional, entende-se como inerente ao artigo 5º, inciso IV da Constituição da República Federativa do Brasil¹⁷, a liberdade de expressão. Esta é, senão, a liberdade de exteriorizar seus pensamentos, a liberdade negativa, de expressão, e de estar livre para exterioriza-los.

Luís Roberto Barroso¹⁸ entende como um dos requisitos à uma existência digna a liberdade de expressão. Neste mesmo raciocínio é o papel primordial da liberdade de expressão para uma sociedade democrática. Como visto anteriormente, um dos principais elementos para que se possa considerar a democracia, é a liberdade como sentido amplo, e, sobretudo, na liberdade de expressão. Isso se dá pelo fato de que, tão logo a exteriorização do pensamento sofra restrições, isso implica no cerceamento social da participação nas decisões políticas que envolvam o interesse público, ocasionando a coibição de um dos princípios norteadores da democracia: o interesse público como basilar às decisões administrativas. Denian Couto preconiza que a liberdade de expressão encontra, também, guarida na liberdade de imprensa. No entanto, sem acesso ao público, acaba por privar os cidadãos desses direitos¹⁹.

16 Art. 5, LXVIII – “conceder-se-á habeas-corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

17 Art. 5, IV – “É livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”. *Ibidem*, inciso IV.

18 “[...] a Liberdade de Expressão é considerada um dos valores essenciais para a existência humana digna”. BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 249-250.

19 “[...] sob o prisma da realidade nacional, é de que a comunicação de massa comercializa a informação, o que, forçosamente, só interessa ao poder econômico. Como os excluídos não falam no rádio e nem na televisão, não têm suas demandas propagadas e não apreendem ou se apropriam da informação divulgada, cidadão de direitos não é”. COELHO, Denian Couto. **Liberdade de Expressão: o mito da universalidade de acesso ao direito de informação no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 95.

Na sequência, veja-se o disposto constitucionalmente no artigo 5º, inciso VI²⁰, que se refere à inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença. Essa liberdade é ampla, e não abrange apenas a liberdade de crença como religião. Pode-se perceber que compreende, por exemplo, a autodeterminação, e, portanto, a liberdade negativa de autonomia, sem coerção sobre si, mas com a possibilidade de expressar crenças, o que justifica a existência de alguém, e, ainda, o domínio interno de sua consciência, resultando na liberdade psíquica e na liberdade de escolha. O inverso da liberdade de consciência é estar preso a si, às convicções morais e dogmáticas, que limitam o agir humano e a liberdade de pensamento.

Sendo assim, a liberdade de consciência geral é entendida como crer em algo, ausentando-se das crenças dogmáticas, possibilitando a propagação de conhecimento próprio, para auxiliar os que não apresentam essas ideias, o que facilita o exercício da solidariedade, pois, segundo Carlos Aurélio Mota de Souza, o homem é, por natureza, um ser social, onde, ser humano não significa tão somente cumprir com os deveres políticos ou individuais, mas também, se solidarizar com o próximo, o que acaba por alcançar uma dimensão social e cidadã²¹, e, ainda, a liberdade como fortalecedora das relações, possibilita que haja tal solidariedade e cooperação social, a fim de que o desenvolvimento econômico possa existir, e que as liberdades substantivas possam ser exercidas²².

Em um contexto moderno, cidadania é, muitas vezes, entendida como exercício e gozo dos direitos políticos. Essa visão não é equivocada, mas auxilia na compreensão de que, deve-se ter como finalidade realizar obras boas ao próximo, visando atingir o bem comum. Desta forma, acaba por alcançar uma dimensão política de seus feitos, no sentido de que, ao olhar para o outro, cumpre parte do papel de cidadão de que todos devem exercer.

Na seara da Declaração Universal dos Direitos Humanos, ser cidadão é ter direitos civis, dentre os quais, a liberdade de expressão e de consciência. Por esse motivo fora dito que há o exercício da cidadania, pois, se há ausência de direitos civis (direitos básicos em uma sociedade), haverá ausência de liberdade, e de igualdade.

Por fim, o artigo 5º, inciso IX²³, do referido diploma legal, prevê a liberdade de expressão artística, intelectual, científica e de comunicação. Nessa acepção entende-se que se refere, em síntese, à liberdade intelectual. A literatura e a educação como formas de alterar o pensamento e a consciência, e é o que se denomina (coloquialmente) de “filosofia de vida”, que pode explicar, originariamente como tal liberdade surge. Propagar isso, significa exteriorizar o entendimento, e a filosofia que cada um traz consigo.

20 Art. 5, VI – “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos [...]”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

21 “Ser humano significa comunicar-se, solidarizar-se, e estas são atividades eminentemente sociais. Quando expande seus círculos familiares e sociais, e age visando o bem comum da sociedade, alcança a dimensão política, no sentido amplo da cidadania”. SOUZA, Carlos Alberto Mota de. **O cidadão, a sociedade, a mídia e a justiça**. Disponível em <<http://www.academus.pro.br/Upl/PaginaGenerica/C5B683DD63B04114915EB3E51A3EC62B.pdf>>. Acesso em 14 mar. 2021.

22 ZAMBAM, Neuro José. **A teoria da justiça de Amartya Sen: liberdade e desenvolvimento sustentável**. Tese (Doutorado em Filosofia) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, p. 17. 2009.

23 Art. 5, IX – “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação [...]”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

É salutar que se frise que sem direitos civis, não há dignidade da pessoa humana, pois os direitos fundamentais (dentre os quais se encontram as liberdades) têm o objetivo de cumprir com a função de defesa do cidadão.

A partir da ideia de universalidade, todos são titulares dos direitos fundamentais. No entanto, quantos realmente compreendem o relevo e o significado disso? O exercício de tais liberdades em uma sociedade democrática, possibilita que, finalmente, se possa vislumbrar aquele ser humano como tratado dignamente.

Nesse diapasão, entende José Afonso da Silva que a democracia é o regime político garantidor de efetividade aos direitos, e é capaz de dignificar o cidadão, tendo como valor supremo a dignidade da pessoa humana²⁴.

Sem a efetivação e concretização dos direitos fundamentais discutidos (sejam justiça, liberdade e igualdade), e das liberdades psíquicas contidas na Constituição da República Federativa do Brasil, não se pode imaginar que a dignidade da pessoa humana (como Cláusula Pétrea) está sendo, efetivamente, cumprida.

4.3. DA LIBERDADE ECONÔMICA

O artigo 170 da Constituição da República Federativa do Brasil²⁵ dispõe que a ordem econômica do Estado tem como fim assegurar a todos uma existência digna. O que remete à importância da liberdade econômica e financeira para o desenvolvimento e conseqüentemente para a liberdade. Quanto mais liberdade econômica, mais desenvolvimento social, ensejando no aumento das demais liberdades.

Partindo de uma visão puramente econômica, a forma como as pessoas vivem, não corresponde, muitas vezes, à liberdade para viver como desejam. Nesse sentido, adquirir bens não se refere ao bem em si, mas sim, na liberdade que a posse deste bem traz a quem o detém. Essa é a liberdade gerada pelos bens, que, da mesma forma, pode resultar na falta de liberdade quando de sua ausência.

Sendo assim, a liberdade econômica/financeira, traz consigo o desenvolvimento, conseqüência da liberdade negativa, pois, uma vez existente a liberdade econômica, há a autonomia dos cidadãos, para que se oponham a possíveis censuras, e ainda, possam se opor a padrões socialmente concebidos.

Com efeito, se as pessoas são titulares dos direitos mais básicos²⁶ assegurados a elas sem qualquer restrição, isso resulta no fato de que esta sociedade terá

24 "Em todas as suas dimensões, e, como a democracia é o único regime político capaz de propiciar a efetividade desses direitos, o que significa dignificar o homem, é ela que se revela como o seu valor supremo, o valor que a dimensiona e humaniza". SILVA, José Afonso da. **Anais do I Seminário de Direito Constitucional Administrativo**. A íntegra se encontra transcrita no site do Tribunal de Contas de São Paulo. Disponível em <http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/30a03_06_05/jose_afonso1.htm>. Acesso em: 14 abri. 2021.

25 Art. 170 – "A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social [...]". BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

26 "O Estado, em conjunto com a sociedade, tem a responsabilidade de promover e garantir as liberdades em vista da proteção das capacidades, da garantia para o exercício da liberdade econômica e das condições necessárias à sobrevivência". ZAMBAM, Neuro José. **A teoria da justiça de Amartya Sen: liberdade e desenvolvimento sustentável**. Tese (Doutorado em Filosofia) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, p. 37. 2009.

acesso a direitos essenciais à fiscalização. Deve-se explicar que, neste momento, os direitos basilares se referem à saúde²⁷, alimentação, moradia e educação, que promovem a libertação física, psíquica e econômica destes cidadãos que, portanto, poderão melhor controlar os atos de gestão, já que verão satisfeitos seus direitos constitucionais mais precípuos.

5. DO DESENVOLVIMENTO COMO LIBERDADE

No momento em que se compreende o papel essencial da garantia dessas espécies de liberdades, e em como elas se mostram essenciais ao exercício pleno da cidadania frente a um Estado Democrático de Direitos, se deve visualizar suas origens e o que assegura o seu cumprimento.

Em que pese sejam garantidas na Constituição da República Federativa do Brasil, para que se compreenda como são concretizadas, deve-se entender o papel fundamental desempenhado pelo desenvolvimento na conquista das liberdades, sobretudo aos conceitos e fundamentos desenvolvidos pelo economista Amartya Sen, pois é objetivo principal do desenvolvimento, a liberdade. Isso significa que, na medida em que um Estado é desenvolvido, também será livre.

Amartya Sen entende que o desenvolvimento econômico, objetiva, concede, e expande as liberdades. Não somente, mas também a expansão da capacidade humana, através do desenvolvimento humano, pois as pessoas não são fins em si mesmas²⁸, mas sim, objetivam sua liberdade, igualdade e justiça.

A expansão das liberdades são o fim e o meio do desenvolvimento, que determinam a eliminação das privações, e a expansão das escolhas e oportunidades do ser humano. Em suma, a liberdade é norteadora do desenvolvimento²⁹. E, na mesma esteira, John Stuart Mill em sua obra “Sobre a liberdade” entende que a liberdade é pré-requisito para o desenvolvimento humano³⁰.

Ao ser compreendido como necessário para atingir a liberdade, o desenvolvimento necessita de disposições sociais e econômicas, mas não apenas, como também dos direitos constitucionais exercidos, como por exemplo, a liberdade de expressão. Por isso, notadamente, o desenvolvimento requer a remoção das fontes de privação da liberdade, quais sejam a pobreza (que priva da liberdade física, psíquica e econômica), tirania, carência de oportunidades, entre outros, pois a desigualdade cerceia direitos.

27 Esta é a forma de participação social do agente, através das “[...] oportunidades econômicas, liberdades políticas, poderes sociais e por condições habilitadoras como boa saúde, educação básica e incentivo de aperfeiçoamento de iniciativas”. SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 18.

28 “O atual modelo de desenvolvimento, que prioriza essencialmente o crescimento econômico, o aumento da produção e do consumo, o acesso às novas tecnologias e a expansão do comércio, não tem legitimidade moral porque limita a pessoa à condição de meio para a realização dos fins previamente planejados [...]”. ZAMBAM, Neuro José. **A teoria da justiça de Amartya Sen: liberdade e desenvolvimento sustentável**. Tese (Doutorado em Filosofia) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre p. 7. 2009.

29 SEN, Amartya, *op. cit.*, p. 10 et seq.

30 MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Porto alegre: Editora L&PM POCKET, 2019. p. 112.

O economista criou a figura das liberdades substantivas, que se referem à liberdade de se alimentar, de acessar a educação, a saúde, as quais, em sua ausência, demonstram a carência dos serviços públicos e de assistência social, resultando na negação de liberdades civis e políticas, restringindo, assim, a liberdade de participação da vida social, política e econômica. Sendo assim, não há que se falar em uma sociedade com igualdade de oportunidades e liberdade, na medida em que não se atém ao acesso aos direitos mínimos.

Por outro lado, o agente que faz jus a condição de liberdade, gera cada vez mais progresso, se tornando a engrenagem principal, o motor do desenvolvimento, pois sem liberdade, não se pode referir ao sujeito como ativo ou desenvolvido. A realização humana é produto de oportunidades econômicas (e consequentes escolhas). O que significa que, se uma nação é desenvolvida (se dispõe de oportunidades e liberdades substantivas³¹), então ela é livre, e terá progresso econômico, e, arrisque-se, será igualitária (a partir do momento em que desfrutar da igualdade de oportunidades).

Ou seja, a privação da liberdade econômica retira qualquer acesso a oportunidades e capacidades básicas, que possam resultar no desfrute das demais liberdades e na melhoria da qualidade de vida.

Diante deste cenário de privações, deve-se lembrar a importância das políticas públicas como essenciais à ampliação das capacidades humanas, exercício das liberdades substantivas, e fomento ao desenvolvimento dos seres humanos, pois as materializam, contribuindo para a expansão da liberdade humana geral, já que, com oportunidades sociais, os indivíduos têm a capacidade de moldar seu destino³².

Sobre as políticas públicas, cite-se a doutrina de João Antonio da Silva Filho, em sua obra intitulada “Tribunais de Contas no Estado Democrático e os desafios do controle externo”, sobre a qual, ao se referir às políticas públicas de saúde, educação e moradia, entende que são instrumentos de desenvolvimento social³³.

Portanto, o não desenvolvimento gera insegurança econômica, que consequentemente enseja a ausência de direitos e de liberdades democráticas, significando em um problema do ponto de vista em que a democracia é resultado de longas lutas sociais. Sendo assim, compreende-se que as liberdades políticas influenciam as liberdades sociais, já que o uso das capacidades participativas do povo auxilia na conquista de sua liberdade geral, através do controle público, essencial para a liberdade humana e imprescindíveis aos Direitos Humanos.

Refletir sobre isso significa entender a imprescindibilidade de atenção a ser concedida no que concerne às liberdades. Como já foi visto, a liberdade exerce papel fundamental na conquista da dignidade da pessoa humana. Se há liberdades básicas

31 A privação de liberdade econômica, na forma de pobreza extrema, pode tornar a pessoa presa indefesa na violação de outros tipos de liberdades. [...] a privação de liberdade social, assim como a privação de liberdade social ou política pode, da mesma forma, gerar a privação da liberdade econômica”. SEN, Amartya, **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 23.

32 “Ter mais liberdade melhora o potencial das pessoas para cuidar de si mesmas e para influenciar o mundo, questões centrais para o processo de desenvolvimento”. *Ibidem*, p. 33.

33 FILHO, João Antonio da Silva. **Tribunais de Contas no Estado Democrático e os desafios do controle externo**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019. p. 112.

concedidas, há acesso às demais liberdades. Se sua ausência for manifesta, resulta na carência das demais, que tem como consequência a indignidade e desigualdades flagrantes, e, ainda, o subdesenvolvimento (privação de liberdade e de capacidades humanas). Prevenir crises, catástrofes e fomes coletivas faz parte do desenvolvimento como liberdade, pois essas prevenções envolvem o aumento da segurança e proteção, e da mesma forma, das liberdades substanciais.

Em síntese, o desenvolvimento como garantidor das liberdades e igualdade de oportunidades, gera um bem-estar social na medida em que garante aos indivíduos, também, a participação política em assuntos de interesse social, exercício premente quando se está inserido em um Estado Democrático de Direito.

Ao compreender o papel essencial desempenhado através do desenvolvimento para a conquista das liberdades, será fundamental tratar da questão da Democracia.

6. DA DEMOCRACIA COMO GARANTIDORA DE LIBERDADES E DIREITOS

Por meio de um resgate histórico, é valioso considerar a visão da democracia através dos antigos, sobretudo os gregos que, como o pensador franco-suíço Benjamin Constant apontou, significava participar de forma direta na política³⁴, o que se conhece como “democracia direta”. Apenas quem detinha o direito de participar diretamente da política eram os cidadãos (que preenchiam requisitos para este encargo), excluindo deles as mulheres e escravos. Ao se rememorar o significado de “cidadão” antigo, afere-se que esta participação era desigual e deixava de lado grande parte da sociedade grega.

Por outro lado, os modernos entendem como conceito geral de liberdade, não a participação política, mas sim, a liberdade e independência individuais, pois o objetivo dos modernos, segundo Constant é apenas a fruição de liberdades e prazeres privados³⁵. Isso acarreta na falta de interesse na participação política, e consequente ausência de vigilância e fiscalização, que são um risco para as liberdades individuais e coletivas. Por isso, Benjamin Constant aconselha que os modernos vigiem seus representantes políticos, que não renunciem deste direito, mas ao contrário, que devem valorizá-lo, com o intuito de não incorrer em arbitrariedades ou desvios de recursos públicos, por exemplo, pois conclui que, no momento em que o indivíduo goza apenas de sua independência privada, renuncia ao direito de participar do poder político³⁶, e isso se torna uma ameaça na medida em que há a perda da soberania política plena.

Ao mesmo tempo, democracia significa o exercício dos direitos (e liberdades) políticos, e por isso deve ser preservada. Constant entendia que a liberdade era

34 “[...] exercer coletiva, mas diretamente, diversas partes da soberania como um todo”. CONSTANT, Benjamin. **A liberdade dos antigos comparada à dos modernos**. São Paulo: Edipro, 2019. p. 33.

35 “[...] a segurança nos prazeres privados; e eles chamam de liberdade as garantias concedidas pelas instituições a tais prazeres”. CONSTANT, Benjamin. **A liberdade dos antigos comparada à dos modernos**. São Paulo: Edipro, 2019. p. 59.

36 “O perigo da liberdade moderna é que, absorvidos nos gozos de nossa independência privada [...] renunciemos demasiado facilmente ao nosso direito de participar do poder político”. *Ibidem*, p. 75.

instrumento utilizado para aperfeiçoar as instituições, resultando no progresso humano, já que se deve vigiar as ações que emanam dos representantes sociais, e, ao mesmo tempo, conta com instituições que equilibram as desigualdades sociais para atender às necessidades do corpo social, e unir os interesses individuais aos coletivos.

Da mesma forma, tão logo a sociedade detenha o poder de decidir quem será o chefe do Poder Executivo, tem forte instrumento político em mãos, que determinará os rumos da nação nos anos de mandato do eleito. No entanto, não faz jus apenas ao poder de decisão de quem será o dirigente (por meio do sufrágio universal – voto) que determina o tipo de gestão pública, mas também, contam com o direito (e o dever) de fiscalizar os atos de quem foi eleito, se este gestor está cumprindo com as promessas de campanha, e, ainda, seguindo com uma administração continuada das políticas públicas já concedidas pelo governo anterior, para que não prejudique a quem se favorece delas, mas sim, possibilite o prosseguimento desses benefícios.

Norberto Bobbio já preconizava que a democracia demanda um controle dos governados sobre os governantes, pois este é um dos poucos meios de impedir o abuso de poder³⁷. Isto é, a fiscalização no seio democrático tem como finalidade evitar o abuso de poder para garantir respeito aos direitos fundamentais, dentre eles, as liberdades constitucionais tratadas anteriormente.

O obstáculo decorre, como ensina Mill, no momento em que a sociedade se acostuma com os problemas originários da má gestão, e deixa de exercer a devida fiscalização³⁸.

Por isso, no instante em que se cogita a possibilidade de que o povo detenha tais poderes em suas mãos, não se deve esquecer que John Stuart Mill alertava para a existência de uma liberdade civil/social³⁹ que consiste, em outras palavras, na sociedade denunciando irregularidades. Ou seja, esta é exercida democraticamente através do povo no momento em que gere a coisa pública na proporção do interesse público. Ainda, tal liberdade faz jus à uma imunidade com a finalidade de limitar o poder dos dirigentes. Isso demonstra, sobretudo, a força do povo para impedir a tirania de quem detém o poder, o qual, muitas vezes, significa apenas a vontade do gestor público sem, ao menos, observar a vontade do povo. Isso significa que, na ocasião em que há união social, há uma numerosa porção de vontade e poder democrático nas mãos do povo.

Esse poder ao qual se refere, consiste no poder social de mudar os rumos de sua própria história. No entanto, os cidadãos ainda não compreenderam a extensão do poder de governo como sendo seu poder. Contudo, quando assim sentirem, a liberdade individual poderá aflorar com a opinião pública e levar grandes conquistas sociais.

Amartya Sen, quando se refere à democracia e liberdade política, protesta que, em um país pobre, não há o “luxo” de se concentrar na democracia e na liberdade

37 BOBBIO, Norberto. **A Teoria das formas de governo**. São Paulo: Edipro, 2017. p. 24-25.

38 “A tendência fatal da humanidade de deixar de pensar sobre algo que não é mais duvidoso é a causa de metade de seus erros. Bem falou um autor contemporâneo sobre o ‘sono profundo de uma opinião firmada’”. MILL, John Stuart. Sobre a liberdade. Porto alegre: Editora L&PM POCKET, 2019. p. 69.

39 *Ibidem*, p. 11.

política⁴⁰, ou seja, um país economicamente desenvolvido tende a se preocupar mais com questões políticas e, sobretudo, nas liberdades civis⁴¹.

Em um país onde a desigualdade paira, e que se preocupa em como alimentar quem mais necessita e não detém renda, ou em como fornecer saúde a quem não tem recursos para pagar de forma privada, se além ao acesso dos direitos básicos, fundamentais⁴², pois em sociedades desiguais, há a negação de acesso aos direitos mais básicos, o que acarreta no desequilíbrio social de condições. Isso provoca a falta de enfoque sobre demais liberdades, como a liberdade física ou psíquica.

Algumas famílias se preocupam em como fornecer o alimento para seus filhos, e não em fiscalizar os atos do Poder Executivo, ou tão pouco se estão, conscientemente, dispendendo dos recursos públicos para suprir tais necessidades⁴³.

Esclareça-se que não se trata de uma crítica, mas o contrário, pois como afirma Amartya Sen, as pessoas têm razão para não fazer questão das liberdades políticas, pois essas afastam suas prioridades reais⁴⁴. Não raro, isso resulta em uma crise democrática, mas, não é que não se importam com tais liberdades, mas não dispõem de tempo e recursos para desenvolver essas capacidades.

A democracia é valor fundamental para uma sociedade equilibrada, auxilia na criação de oportunidades, e por isso, o exercício de direitos políticos e demais liberdades objetivam o desenvolvimento não apenas político, mas também, a garantia de direitos basilares à dignificação do ser humano, já que essa esfera de liberdades faz com que se possa aperfeiçoar cada vez mais a sociedade com o objetivo de progresso, e conseqüente liberdade. Ainda, Neuro José Zambam⁴⁵ entende que o debate público e a participação social fortalecem a democracia e a liberdade, pois, ao exercer seus direitos políticos, os indivíduos participam ativamente dos rumos da nação, e assim, são agentes de mudanças que julgam as ações dos governantes.

Por fim, é mister frisar que, muitas vezes, os cidadãos não possuem instrumentos necessários ao exercício do direito de fiscalização, o que impossibilita o controle da Administração Pública. Por isso, surgem instituições com o objetivo de exercer função fiscalizatória essencial ao desenvolvimento econômico. Uma das formas de controle da Administração é a vigilância dos recursos públicos, através dos órgãos de controle externo, que refletem diretamente a qualidade e o comprometimento da gestão em exercício.

40 “Não é difícil pensar que concentrar-se na democracia e na liberdade política é um luxo que um país pobre ‘não se pode dar’”. SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 194.

41 “Existe nessa linha de análise a retórica frequentemente repetida: o que deve vir primeiro – eliminar a pobreza e a miséria ou garantir liberdade política e direitos civis, os quais, afinal de contas, têm pouca serventia para os pobres”. *Idem*.

42 “Recursos são importantes para a liberdade, e a renda é crucial para evitar a pobreza”. SEN, Amartya. **Desigualdade reexaminada**. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 175.

43 “[...] se aos pobres for dado escolher entre ter liberdades políticas e satisfazer necessidades econômicas, eles invariavelmente escolherão a segunda alternativa”. SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 196.

44 “O desafio do desenvolvimento humano não pode ser plenamente compreendido sem que nós enfrentemos conscientemente essa questão e prestemos atenção deliberada ao aumento das liberdades e capacidades de realização que são mais importantes nas vidas que podemos viver. Ampliar as vidas limitadas das quais, queiram ou não, a maioria dos seres humanos são prisioneiros por força das circunstâncias, é o maior desafio do desenvolvimento humano no mundo contemporâneo”. SEN, Amartya. **O desenvolvimento como expansão de capacidades**. Revista de Cultura e Política, São Paulo, n. 28-29, p. 313-334, 1993. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451993000100016>. Acesso em: 05 maio. 2021.

45 ZAMBAM, Neuro José. **A teoria da justiça de Amartya Sen: liberdade e desenvolvimento sustentável**. Tese (Doutorado em Filosofia) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, p. 34. 2009.

7. DA LIBERDADE ATRAVÉS DA DEMOCRACIA: O TRIBUNAL DE CONTAS E O MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS COMO CUSTOS LEGIS

artigos
científicos

Como visto nos tópicos anteriores, o desenvolvimento gera liberdades constitucionais, e partindo deste pensamento, pode-se compreender o papel fundamental de mecanismos de controle democrático (previstos na atual Constituição da República Federativa do Brasil) sobre as contas públicas, pois, no momento em que há desvio de recursos públicos afetados a um investimento em específico, com vistas a satisfazer as necessidades e interesse público, esta ilegalidade gera um prejuízo ao desenvolvimento, tido como realizável na medida em que há cumprimento de deveres administrativos pelos gestores públicos. Isto é, se há desenvolvimento econômico gerado pelo correto uso das verbas públicas, assim se dará a existência de liberdades, e, conseqüentemente, haverá a justiça, proporcionada pelos órgãos de controle, pois, a justiça⁴⁶ advém de uma sociedade que seja livre, e onde a democracia funcione como uma obstrução contra arbitrariedades ou qualquer irregularidade que advenha da ausência de controle social.

Pelos motivos anteriormente expostos, dá-se a necessidade de órgãos que controlem tais condutas. Entre eles, notadamente estão o Tribunal de Contas e o Ministério Público de Contas - órgãos autônomos que atuam com objetivo de fiscalização das contas públicas, para que haja seu controle, para que a sociedade detenha de poderes fiscalizatórios e de denúncia das irregularidades, inerentes ao direito dos cidadãos de evitarem crimes cometidos contra si, mediante precauções prévias, como, por exemplo, o controle das informações publicadas nos portais da transparência.

Tais órgãos pertencem ao controle externo e atuam para que o dinheiro público seja investido conscientemente para benefício de todos, mas, para além disso, conforme dita o artigo 1º da Lei Complementar Estadual nº 113/2005⁴⁷, além de fiscalizar o repasse e dispêndio de recursos públicos, o Tribunal de Contas julga as contas realizadas pelos gestores públicos, auxilia, no âmbito estadual, as Assembleias Legislativas no que lhes for requerido, e, ainda, atua como órgão consultivo ao Poder Executivo. Não somente, mas também emanam recomendações aos gestores como estímulo de boas práticas que sigam os princípios do Direito Administrativo, como evitar, por exemplo, danos ao erário público.

Na mesma esteira, verifica-se que o Tribunal de Contas, a partir de suas inspetorias, realiza inspeções detalhadas que, muitas vezes, concluem irregularidades que devem ser sanadas a fim de evitar que ocorram prejuízos às contas públicas, como, por exemplo, pelo destino equivocado de verbas públicas. Ainda, conforme previsto na Constituição da República Federativa do Brasil nos artigos 71 a 75, atua

46 "Por isso, uma sociedade justa também é livre, sustentável e democrática". ZAMBAM, Neuro José. **A teoria da justiça de Amartya Sen: liberdade e desenvolvimento sustentável**. Tese (Doutorado em Filosofia) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, p. 7. 2009.

47 **PARANÁ**. Lei Complementar nº 113, de 15 de dezembro de 2005. Disponível em <<https://www1.tce.pr.gov.br/conteudo/lei-organica-e-regimento-interno-biblioteca-biblioteca/107>>. Acesso em 04 abr. 2021.

na inspeção das contas públicas aplicando, muitas vezes, sanções administrativas aos responsáveis pela ilegalidade, e regresso dos recursos desviados ao erário.

Como sua função sancionatória, deve-se atentar ao fato de que a conduta de má gestão pelo administrador público não atinge apenas seus subordinados, mas, evidentemente, toda a sociedade. Neste sentido adverte Stuart Mill sobre a extensão do ato irregular ou ilegal⁴⁸, onde é salutar o fato de que as condutas originárias dos gestores públicos atingem toda uma coletividade, e assim, devem respeito ao interesse público, e sobretudo à legislação vigente com o objetivo de prezarem pela garantia dos direitos fundamentais de todos.

Não obstante, frise-se que uma conduta ilegal pressupõe o cometimento de crime social⁴⁹, pois parte da simples infração às normas legais para uma infração à sociedade como um todo e aos princípios basilares da Administração Pública.

Entrementes, além das sanções administrativas, o Tribunal de Contas emana instruções normativas que resultam em deveres para quem recebe, e ainda, que administram os recursos públicos, o que constitui, dentre outros, a razão de ser desta Corte de Contas.

E, ainda, como entende João Antonio da Silva Filho⁵⁰, os Tribunais de Contas têm como função precípua o fortalecimento democrático, sendo que o controle da coisa pública é inerente ao Estado Democrático de Direito, visto que deve assegurar valores humanitários dos direitos fundamentais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil⁵¹.

A ferramenta da transparência é essencial ao exercício do controle social, por isso, é necessário observar o princípio da publicidade, previsto no artigo 37, *caput* da Constituição da República Federativa do Brasil⁵² e, §3º, inciso II, que revela o direito de acesso à informação, e é diante desse que há o dever da Administração em disponibilizar os registros e informações sobre seus atos; direito esse materializado pelo conhecimento público das atividades praticadas e decisões tomadas no exercício de função pública. Esse princípio encontra, também, guarida no princípio democrático, sobre o qual a sociedade tem o direito de acessar informações relevantes à sua função como fiscalizadores da gestão pública.

Ora, este controle externo auxilia na redução de desvios de recursos públicos, e consequentemente das desigualdades, em favor da dignidade da pessoa humana. É

48 “Ninguém é um ser totalmente isolado; é impossível que uma pessoa faça algo que causa dano sério ou permanente a si mesma sem que o malefício atinja pelo menos suas relações próximas, e, com frequência, vá muito além”. MILL, John Stuart. Sobre a liberdade. Porto alegre: Editora L&PM POCKET, 2019. p. 122.

49 “[...] quando há claro prejuízo ou risco de claro prejuízo, seja ao indivíduo ou ao público, o caso sai do campo da liberdade e ingressa no campo da moralidade ou da lei”. *Ibidem*, p. 125.

50 “O Controle Externo, assim, deve exercer suas atribuições constitucionais a começar pelo fortalecimento do Estado Democrático de Direito, entendendo a Democracia como instrumento de composição das diferenças em todas as suas dimensões”. FILHO, João Antonio da Silva. Tribunais de Contas no Estado Democrático e os desafios do controle externo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019. p. 75.

51 “[...] papel fundamental dos Tribunais de Contas na luta pelo fortalecimento democrático quando se antecipam aos riscos de desperdício de recursos públicos, orientam gestores e administradores, colaborando para que as ações dos órgãos da administração melhorem a vida das pessoas”. *Ibidem*, p. 14.

52 Art. 37, § 3º, II – “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: § 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

relevante que se atenha que ambas as Instituições democráticas permitem também a transparência de informações. Nesse sentido, Amartya Sen explica que a crise financeira se desenvolve em algumas economias devido à falta de transparência e de fiscalização social nos procedimentos financeiros⁵³.

Sob o mesmo raciocínio, João Antonio entende que a fiscalização é utilizada para que haja transparência, objetivando a correta aplicação dos recursos públicos para viabilizar políticas públicas que promovam o desenvolvimento humano⁵⁴.

Em seu papel como *custos legis* (fiscal da lei), o Ministério Público de Contas atua, muitas vezes, auxiliando outros atores do Sistema de Controle, ou, ainda, autonomamente, com a finalidade de fiscalização da Administração Pública, e dessa forma, atendimento ao interesse social tão logo exerça a guarda das contas públicas. Da mesma forma, pode-se alcançar que, através dessa fiscalização, o Ministério Público de Contas cumpre com sua função democrática, no que tange à teoria dos freios e contrapesos, na medida em que um órgão com poder judicante (Tribunais de Contas) e um órgão fiscalizador (Ministério Público de Contas) contribuem para que haja maior desenvolvimento, e conseqüentemente liberdade.

Ao longo da obra, nota-se que, constantemente Amartya Sen se refere às máfias, que ensejam em um problema comportamental, assim como a corrupção, as quais retiram o desenvolvimento ao reterem boa parte do capital direcionando-o a fins ilícitos, resultando na desigualdade, afronta à democracia, e privação de liberdade⁵⁵, já que tem como consequência a ineficácia das políticas públicas e no investimento para satisfação de direitos.

Perceber a importância e a abrangência de ambos os órgãos permite ter esperança de que uma das maiores patologias do mundo (o desvio de recursos públicos) seja minimamente controlada. No momento em que os recursos desviados regressam ao erário, isso permite que sejam utilizados conscientemente pelos gestores públicos para que cumpram sua finalidade no investimento em políticas públicas e concessão de direitos fundamentais.

Esses órgãos de controle exercem função primordial à liberdade econômica (no sentido de ter igualdade de oportunidades mediante fiscalização de atos ilegais) e ao mesmo tempo, e principalmente, à democracia, como preconiza João Antonio⁵⁶, com a concessão do livre exercício dos direitos políticos (como ao direito de denunciar possíveis irregularidades nas contas públicas).

A liberdade política é imprescindível quando se refere à democracia. Portanto, a renúncia dos direitos (e deveres) políticos, como por exemplo, pela ausência de

53 SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 241.

54 “[...] promover a transparência da gestão pública e assegurar a correta aplicação dos recursos para a viabilização de políticas públicas que atinjam a finalidade do Estado na sua perspectiva de desenvolvimento integral do ser humano”. FILHO, João Antonio da Silva, *op. cit.*, p. 73 et seq.

55 “A prevalência da corrupção é justificadamente considerada uma das piores barreiras no caminho do progresso econômico bem-sucedido [...]”. SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 350.

56 “[...] o aperfeiçoamento da ação do Estado deve ser projetado em sintonia com os direitos fundamentais que têm como foco o desenvolvimento integral do ser humano. Nesse sentido, o sistema de controle da administração pública se associa à finalidade do Estado, qual seja, o bem comum”. FILHO, João Antonio da Silva. *Tribunais de Contas no Estado Democrático e os desafios do controle externo*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019. p. 14.

fiscalização, implica colocar em risco liberdades e interesses. E, dado o fato de que a sociedade não detém de todos os instrumentos para realizar o controle dos gastos públicos, este importante papel é concedido às Instituições⁵⁷ como os Tribunais de Contas e Ministério Público de Contas, os quais exercem funções substanciais à uma sociedade democrática, desenvolvida e livre.

8. CONCLUSÃO

Como visto, a liberdade conquistada a partir da Revolução Francesa consolidou o Estado Democrático de Direito, tendo como base o controle do poder. O surgimento da democracia no Brasil se solidifica a partir da Constituição da República Federativa do Brasil, para vedar a arbitrariedade, impunidade, censura ou violência às liberdades garantidas mediante normas constitucionais. Ao mesmo tempo para conceder a liberdade, igualdade e a justiça⁵⁸, que são os norteadores de qualquer corpo legislativo e social, pois injusta é a sociedade que cerceia as liberdades e tolere desigualdades.

Deste estudo pode-se aferir que o desenvolvimento leva à liberdade, que resulta na igualdade, oportunidades e justiça. No que se refere à fiscalização através das Instituições democráticas como Tribunais de Contas e Ministério Público de Contas, geram o controle das contas públicas, resultando em mais recursos investidos nos lugares devidos, ensejando no desenvolvimento. Para que os recursos públicos sejam aplicados com vistas a políticas públicas eficientes, deve-se entender a supremacia do interesse público como essência do controle externo.

Importante salientar o papel fundamental exercido pelos órgãos referenciados, de forma que velam pelo desenvolvimento econômico e conseqüentemente na manutenção das liberdades. Ainda, deve-se lembrar a função inibidora de condutas ilegais e irregulares no momento em que atuam *a priori*, concomitantemente, e *a posteriori* do fato gerador do procedimento administrativo.

Destarte, com fulcro no artigo 31 da Lei Complementar Estadual nº 113/2005⁵⁹, qualquer cidadão tem direito a denunciar atos irregulares mediante a função de ouvidoria da qual detém o Tribunal de Contas, e que possibilita ampla participação social no controle do Poder Executivo.

Por fim, o papel do Ministério Público de Contas como órgão especializado no controle de finanças públicas, demonstra que este detém papel essencial no que se refere à correta aplicação da legislação, e, ainda, na forma como essa legislação será aplicada no que concerne às sanções administrativas, regresso dos recursos públicos desviados ao erário, entre outros. Ainda, viabiliza que a decisão tomada pelo Tribunal

57 "A atuação do Estado, do mercado e das demais instituições, garantidas as suas especificidades, ocorre de forma integrada e complementar, aprimora a democracia e fortalece a construção da justiça". ZAMBAM, Neuro José. **A teoria da justiça de Amartya Sen: liberdade e desenvolvimento sustentável**. Tese (Doutorado em Filosofia) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, p. 7. 2009.

58 "Nenhuma cultura e nenhuma época quer abrir mão da justiça. Um dos objetivos orientadores da humanidade, desde os seus primórdios, é que o mundo se inspire na justiça". HÖFFE, Otfried. **O que é justiça**. Porto Alegre: Edipucrs, 2003. p. 11.

59 **PARANÁ**. Lei Complementar nº 113, de 15 de dezembro de 2005. Disponível em <<https://www1.tce.pr.gov.br/conteudo/lei-organica-e-regimento-interno-biblioteca-biblioteca/107>>. Acesso em 04 de abril de 2021.

ou orientações emitidas pelas unidades técnicas sejam, ou não, corroboradas por este órgão, e que sejam devidamente revisitadas, com a finalidade de que a decisão seja correta e justa ao caso em discussão na Corte de Contas.

Sendo assim, entende-se como papel fundamental destas Instituições democráticas, a garantia do desenvolvimento social e econômico, resultando nas liberdades e, conseqüentemente, no melhor exercício dos direitos fundamentais e políticos, garantidos em um Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BOBBIO, Norberto. **A Teoria das formas de governo**. São Paulo: Edipro, 2017.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- COELHO, Denian Couto. **Liberdade de Expressão: o mito da universalidade de acesso ao direito de informação no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2016.
- CONSTANT, Benjamin. **A liberdade dos antigos comparada à dos modernos**. São Paulo: Edipro, 2019.
- FILHO, João Antonio da Silva. **Tribunais de Contas no Estado Democrático e os desafios do controle externo**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019.
- FOLLONI, André. **Liberdade como capacidade em Amartya Sen desde sua crítica ao utilitarismo**. Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 20, n. 80, p. 103-124, abr-jun. 2020. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/1329>>. Acesso em: 01 maio. 2021.
- FRÖHLICH, Sandro. **Reflexões sobre a liberdade: uma perspectiva a partir de Amartya Sen**. Controvérsia, São Leopoldo, v. 9, n. 1, p. 23-31, jan.-abr. 2013. Disponível em: <<http://revistas.unisinus.br/index.php/controversia/article/view/9646>>. Acesso em: 30 abr. 2021.
- HÖFFE, Otfried. **O que é justiça**. Porto Alegre: Edipucrs, 2003.
- KOLM, Serge-Christophe. **Teorias modernas da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- MERQUIOR, José Guilherme. **O liberalismo antigo e moderno**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991.
- MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Porto alegre: Editora L&PM POCKET, 2019.
- PARANÁ. Lei Complementar nº 113, de 15 de dezembro de 2005. Disponível em <<https://www1.tce.pr.gov.br/conteudo/lei-organica-e-regimento-interno-biblioteca-biblioteca/107>>. Acesso em: 04 abr. 2021.
- SEN, Amartya. **Development as Capability Expansion**. Journal of Development Planning, Nova Iorque, n. 28-29, p. 313-334, 1993. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451993000100016>. Acesso em: 05 maio. 2021.
- _____. **Desigualdade reexaminada**. Rio de Janeiro: Record, 2001.
- _____. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.
- SILVA, José Afonso da. **Anais do I Seminário de Direito Constitucional Administrativo**. A íntegra se encontra transcrita no *site* do Tribunal de Contas de São Paulo. Disponível em <http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/30a03_06_05/jose_afonso1.htm>. Acesso em: 15 mar. 2021.
- SOUZA, Carlos Alberto Mota de. **O cidadão, a sociedade, a mídia e a justiça**. Disponível em: <<http://www.academus.pro.br/Upl/PaginaGenerica/C5B683DD63B04114915EB3E51A3EC62B.pdf>>. Acesso em 14 mar. 2021.
- ZAMBAM, Neuro José. **A teoria da justiça de Amartya Sen: liberdade e desenvolvimento sustentável**. Tese (Doutorado em Filosofia) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009.

**REPRESENTATIVE GOVERNMENT AND MINORITY LAW: THE
CONTRAMAJORITY PERSPECTIVE OF CONSTITUTIONAL JURISDICTION**
**O GOVERNO REPRESENTATIVO E O DIREITO DAS MINORIAS: A
PERSPECTIVA CONTRAMAJORITÁRIA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**

Tiago Neu Jardim¹
tnj_economia@yahoo.com.br

Recebido/Received: 13.05.2021/ May 13th, 2021.
Aprovado/Approved: 28.07.2021/ July 28th, 2021.

RESUMO

A ideia de um governo representativo capaz, por si só, de atender aos anseios de uma vontade geral, coletiva e irrestrita vem sendo defendida como verdadeiro corolário da democracia. A concepção liberalista de que a política tenha a capacidade de contemplar e albergar interesses cada vez mais dissonantes é sedutora, principalmente quando defendidas como ideal de justiça. Entretanto, a sociedade contemporânea tem se mostrado hábil e bastante fértil na arte de reproduzir grupos restritos, distintos e pouco coesos. A defesa dos interesses de parcelas da população incapazes de se articular em torno de uma proposta comum e formar maiorias, por vezes as impede de elevar a sua vontade à categoria de lei ou mesmo de incluí-la na pauta das reivindicações dos governantes. O objetivo deste artigo é demonstrar que o Supremo Tribunal Federal, através de suas decisões de índole contramajoritária, ao contrário do que tem sido erroneamente difundido, é um instrumento necessário para a estabilidade e a legitimação da política através da realização do direito. Para dar conta desse propósito, o método utilizado será o hipotético-dedutivo. A partir daí, o problema a ser debatido e enfrentado reside na seguinte questão: a perspectiva contramajoritária da jurisdição constitucional tem o poder de ampliar os sentidos da democracia, substituindo interesses por direitos constitucionalmente consagrados? A conclusão a que se chega é que a jurisdição constitucional, justamente pela sua natureza contramajoritária, se revela em um importante instrumento de legitimação da política, vez que resulta na validade do direito através da sua realização.

Palavras-chave: Governo, democracia, jurisdição constitucional, interesses, direitos.

ABSTRACT

The idea of a representative government capable, by itself, of meeting the desires of a general, collective and unrestricted will has been defended as a true corollary

¹ Mestre em Direito, com distinção, pela Universidade de Passo Fundo - UPF. Especialista em Finanças pela Universidade Franciscana - UFN. Graduado em Direito e em Ciências Econômicas pela Universidade Federal de Santa Maria - UFSM. Procurador do Município de Horizontina/RS (ingresso por concurso público em 2011), exercendo a função de Procurador-Geral desde 2014. Professor dos cursos de graduação e de pós-graduação em Direito das Faculdades Integradas Machado de Assis - FEMA e do curso de graduação em Ciências Econômicas da Faculdade Horizontina - FAHOR. Membro do Colégio de Professores da Academia Brasileira de Direito Constitucional - ABDConst. Membro da Comissão Temática de Direito Constitucional da Associação Nacional dos Procuradores Municipais - ANPM. Delegado da Escola Superior da Advocacia na Subseção Santa Rosa (2019-2021). Pesquisador em temas relacionados ao Direito e à Economia. Autor do Livro "A Dimensão Normativa da Argumentação: contribuições da Análise Econômica do Direito e elementos para uma Teoria da Decisão" (Lumen Juris, 2017).

of democracy. The liberal conception that politics has the capacity to contemplate and accommodate increasingly dissonant interests is seductive, especially when defended as an ideal of justice. However, contemporary society has shown itself to be skillful and very fertile in the art of reproducing restricted, distinct and little cohesive groups. Defending the interests of sections of the population unable to articulate around a common proposal and form majorities, sometimes prevents them from raising their will to the category of law or even including it on the agenda of the demands of government officials. The purpose of this article is to demonstrate that the Federal Supreme Court, through its counter-majority decisions, contrary to what has been erroneously disseminated, is a necessary instrument for the stability and legitimacy of politics through the realization of the right. To accomplish this purpose, the method used will be the hypothetical-deductive method. From there, the problem to be debated and faced lies in the following question: does the counter-majority perspective of constitutional jurisdiction have the power to expand the meanings of democracy, replacing interests with constitutionally enshrined rights? The conclusion reached is that constitutional jurisdiction, precisely because of its countermajority nature, is an important instrument for the legitimacy of politics, as it results in the validity of the right through its realization.

Keywords: Government, democracy, constitutional jurisdiction, interests, rights.

SUMÁRIO

I – INTRODUÇÃO; II – GOVERNO REPRESENTATIVO E LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA; III – PRESSUPOSTOS DE UMA TEORIA DA DECISÃO; IV – EM BUSCA DE UMA TEORIA ADEQUADA A UMA REALIZAÇÃO JUSTA DO DIREITO; V – CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

A crise de efetividade do direito representa acima de tudo a falência do Estado enquanto provedor da equidade e promotor da justiça social. A fragilidade do modelo social delegou um duro golpe naqueles que depositavam na política a esperança de resgatar as promessas da modernidade cada vez mais distantes. O advento do paradigma democrático transferiu as decisões do contexto político para o jurídico, internalizando na Constituição os problemas até então não resolvidos, na forma de direitos fundamentais reconhecidos como normas programáticas, cuja aplicação depende em última instância das possibilidades financeiras e orçamentárias do Estado.

A complexidade da sociedade moderna e a incapacidade do procedimentalismo democrático elaborar regras adequadas para a solução dos problemas, permitiu que os princípios fossem trazidos para dentro do direito como forma de solucionar os conflitos sociais, como forma de resgatar a moral solapada pelo paradigma positivista. É certo, no entanto, que sem a relação de dialeticidade estabelecida entre sistema e problema, não é possível encontrar soluções justas e adequadas com a realização do direito.

A perspectiva democrática faz parecer que a maioria é legitimada por um grupo homogêneo, cujos interesses são uníssonos e consensuais. A verdade é que o sufrágio, levado a efeito através de um simples cálculo aritmético cuja maioria objetiva de votos concede ao vencedor o direito de governar, não contempla de igual forma a vontade do eleitorado de modo a fazê-lo sentir-se representado.

O problema que norteia este artigo consubstancia-se, portanto, na seguinte questão: a perspectiva contramajoritária da Jurisdição Constitucional tem o poder de ampliar os sentidos da democracia, substituindo interesses por direitos constitucionalmente consagrados? Para dar conta de responder satisfatoriamente a presente questão, o **método adotado será o hipotético-dedutivo**.

A hipótese sustentada é a de que a jurisdição constitucional exercida por um tribunal cujos membros não tenham sido eleitos diretamente pelo povo é elemento indispensável para a manutenção do Estado Democrático, na medida em que preserva justamente os interesses daquelas minorias incapazes de formar coalizões numéricas expressivas o suficiente para vindicarem o seu pleito em governos de maiorias. Sendo assim, a tese de que a excessiva intromissão do Supremo Tribunal Federal em questões de cunho político poderia fragilizar a democracia e recrudescer ainda mais a instabilidade entre os Poderes passa a ser questionada.

O objetivo desta perquirição é demonstrar que a jurisdição constitucional, ainda que supostamente atue contramajoritariamente, não deve ser vista necessariamente como uma ameaça à democracia vez que age no sentido de proteger o povo de si mesmo (a constituição dever ser vista como um pré-compromisso), corrigindo distorções e fazendo a melhor adequação possível do direito. Como se sabe, a utilização dos princípios para a solução dos problemas do mundo da vida há muito deixou de estar limitada à aplicação naqueles casos considerados difíceis, mas passou a ser condição de possibilidade para a concretização dos direitos fundamentais.

O propósito deste artigo consiste, portanto, em investigar novos mecanismos de legitimação democrática e de validação do direito. Para equacionar esse problema é necessário buscar complementos à teoria da “vontade geral” (ROUSSEAU, 1999), muitas vezes cuja expressividade acaba sendo comprometida por maiores eventuais, que possam servir de elementos adequados e racionais e mais adequadas à estabilidade do sistema. Com efeito, as decisões tomadas em âmbito governamental, não obstante possam ser legitimadas pelo processo de deliberação democrática, não garantem necessariamente a legitimidade dos seus resultados. Exatamente nisso reside o papel contramajoritário da jurisdição constitucional. Aliado a isso, acrescente o aumento da desconfiança, a quebra de expectativas e as incertezas tem-se como resultado inevitável o enfraquecimento da legitimidade da política e, principalmente, da validade do direito resultante dessa equação.

Contudo, a busca pela melhor resposta para um determinado problema, a realização justa do direito dependerá dos recursos materiais disponíveis, uma

vez que o processo democrático do qual emanam às leis e a própria forma de interpretá-las permanece amparado sob um substrato produtivista e de um discurso emancipatório capaz de promover qualquer transformação. A vinculação das ações políticas à razão prática torna-se, assim, cada vez mais necessária como forma de promover a legitimação dos governos e a validação do direito, oriundos, afinal de um mesmo processo. É nessa esteira que a Teoria da Decisão formulada pelo Professor António Castanheira Neves (NEVES, 1993) se mostra cada vez mais relevante, na medida em que o problema passa a ser o ponto de partida para a decisão. O aplicador, ao se deparar com um problema a ser solucionado, busca no sistema normativo o fundamento e os critérios da decisão.

Com efeito, o papel do problema na construção do direito tem sido frequentemente descartada pelos teóricos, ou porque defendem uma decisão oriunda de uma pré-compreensão do intérprete (hermenêutica filosófica), ou porque se limitam a extrair o conteúdo da norma buscando a intenção do legislador (método teleológico), ou porque acreditam que não devem se afastar da literalidade do texto (método gramatical) ou então romper a integratividade do sistema (método sistemático), só para citar alguns.

A concepção adotada por Castanheira Neves (NEVES, 1993) não concebe o direito como um subproduto da política, condicionando a sua existência a sua realização frente a um problema extraído de um determinado caso concreto. É o que ele vai chamar apropriadamente de “legitimação pelos efeitos”.

Com efeito, não se trata de negligenciar o texto erigido no seio de um procedimentalismo democrático, mas de ser capaz de confrontá-lo com os princípios na busca pela melhor resposta que torne possível a realização do direito. Com esse propósito, as decisões da Suprema Corte brasileira tem-se valido cada vez mais dos princípios como sistema fechado de norma que permite a salvaguarda dos direitos fundamentais frente ao caso concreto, sem cair na abstração legislativa fruto da política.

A realização do direito tem aqui a conotação de concretização de direitos fundamentais por meio de princípios e não a versão do direito como simples pacificador de conflitos visto que esta não é capaz de reproduzir o direito, mas apenas de reafirmá-lo na medida em que se limita simplesmente a aplicar a norma.

2. GOVERNO REPRESENTATIVO E LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA

Governos eleitos democraticamente são representativos? E se forem, esse fato por si só garante a legitimidade de suas decisões e do seu poder? A realidade tem demonstrado que a política vem perdendo gradualmente a sua capacidade de promover a justiça. O direito enfrenta hoje uma crise de validade, em parte decorrente de uma frágil representatividade política cujo processo se consubstancia na própria validade do direito. A legitimação pode ser traduzida pelo grau de confiabilidade e representatividade de um governo eleito democraticamente. Quanto

maior a sua capacidade de promover e proporcionar uma realização justa do direito, mais legítimo ele será. Enquanto a legitimidade corresponde à elaboração política das normas, estruturadas pelo discurso de fundamentação (justificação), a validade representa o grau de observância da norma produzida.

A constituição do Estado democrático e de Direito deve garantir os meios materiais para a realização plena dos direitos fundamentais. Neste sentido, os direitos políticos assumem relevante papel de destaque porque instrumentalizam a cidadania ativa e tornam cidadãos autores do projeto de realização do direito mediante a participação direta nos pleitos eleitorais e, também, através da defesa de direitos mediados pelo Poder Judiciário.

A complexidade da sociedade moderna e a incapacidade do procedimentalismo democrático elaborar regras adequadas para a solução dos problemas, permitiu que os princípios fossem trazidos para dentro do direito como forma de solucionar os conflitos sociais, como forma de resgatar a moral solapada pelo paradigma positivista. É certo, no entanto, que sem a relação de dialeticidade estabelecida entre sistema e problema, não é possível encontrar soluções justas e adequadas com a realização do direito.

É nessa esteira que a Teoria da Decisão formulada pelo Professor António Castanheira Neves (NEVES, 1993) se mostra cada vez mais relevante, na medida em que o problema passa a ser o ponto de partida para a decisão. O aplicador, ao se deparar com um problema a ser solucionado, busca no sistema normativo o fundamento e os critérios da decisão.

Em 2010, essa postulado foi implicitamente adotada pelo Superior Tribunal de Justiça em julgado publicado no Informativo nº 431, acerca da Reserva do Possível. Por ser extremamente elucidativo, segue trecho da referida decisão:

Nem mesmo a vontade da maioria pode tratar tais direitos como secundários. Isso porque a democracia é, além dessa vontade, a realização dos direitos fundamentais. Portanto, aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez, quando ela é fruto das escolhas do administrador. Não é por outra razão que se afirma não ser a reserva do possível oponível à realização do mínimo existencial.

(...)

Porém é preciso ressaltar a hipótese de que, mesmo com a alocação dos recursos no atendimento do mínimo existencial, persista a carência orçamentária para atender a todas as demandas. Nesse caso, a escassez não seria fruto da escolha de atividades não prioritárias, mas sim da real insuficiência orçamentária.

Deste modo, a razão utilitária deve proceder não apenas através do cálculo, mas igualmente de modo a distinguir, dentre as várias modalidades de prazer, aqueles que são mais desejáveis e valiosos. Somente através desta discriminação, é possível postular a primazia dos prazeres intelectuais e afetivos sobre os sensíveis, de modo a superar a compreensão hedonista vulgar, bem como o egoísmo.

A regra da ponderação de princípios, usada sempre que colidirem dois bens da vida igualmente relevantes, segue mais ou menos a mesma lógica. O intérprete decidirá promover aquele direito que prepondera naquela situação, em que pese ambos sejam igualmente relevantes quando se olha abstratamente e afastado do referencial pragmático. Nessa perspectiva, Robert Alexy (2013), em suas Teorias da Argumentação Jurídica, elabora um método sofisticado de sopesamento de interesses sempre que o aplicador se deparar com um determinado dilema moral. Naquele exemplo antes delineado, o modelo Alexyano preconizaria (por critérios de razoabilidade) a preservação do direito à dignidade humana e, provavelmente, traria um resultado diferente daquele proposto pelo processo democrático.

Em ambos os métodos (por preceito democrático e aplicação de princípios entre direitos em conflito) inexistem critérios objetivos que possibilitem ao intérprete conhecer a situação ou mesmo reduzir o seu grau de incerteza quanto aos possíveis efeitos de uma decisão. Veja que, em casos envolvendo uma pluralidade de direitos em conflito (multidimensionais) no qual se torne indispensável um grau mínimo de previsibilidade, nem mesmo a ponderação e a razoabilidade são suficientes para a escolha da melhor decisão possível, assim considerada aquela que não quebre as reais expectativas dos eleitores ou dos jurisdicionados.

A tese defendida pelo economista John Kenneth Arrow (1963) reforça a ideia de que a democracia não se revela, necessariamente, como a melhor forma de promoção de uma eficiência alocativa de recursos. O seu Teorema da Impossibilidade revela que não pode haver uma regra de escolha coletiva que igualmente atenda a determinados critérios sociais que não induzam ao chamado “paradoxo de Condorcet”, segundo o qual o uso de determinadas regras poderia levar a decisões inconclusivas sempre que fosse levado em consideração às preferências dos participantes.

Com efeito, os contornos da aplicação do direito, não se restringem aos aspectos semânticos da norma utilizada como referência. Seus efeitos alcançam e reverberam por todo o sistema, tal como as ondas produzidas por uma pedra jogada no lago. A incompatibilidade, a integridade e as lacunas do ordenamento não podem ser verificadas, sem a análise dos possíveis efeitos da interpretação/aplicação de um determinado texto. A interpretação deve, pois, ser feita sobre os resultados e não propriamente sobre o texto. Fatores como desconfiança reduzem a credibilidade das ações políticas fazendo com que as expectativas quanto as reais possibilidades de uma realização justa do direito esvaziem-se progressivamente.

A título de exemplo, a inconstitucionalidade finalística ou teleológica, abordada com muita propriedade pelo Prof. Uadi Lammêgo Bulos (2015, p.149) “é constatada pela contradição entre o fim do ato normativo e o fim do bem constitucionalmente tutelado”. Em outra passagem mais elucidativa, Bulos (2015, p.156), especifica o que a doutrina convencionou chamar de “inconstitucionalidade indireta, implícita ou imediata”, que se configura na hipótese de que uma lei ou ato normativo se

contrapõe à norma suprema de modo oblíquo ou reflexo ferindo o chamado “espírito da constituição”.

Em que pese o impacto dos efeitos das decisões tenham cada vez mais tomado lugar importante na pauta de discussões, mormente no que concerne à modulação das decisões envolvendo controle de constitucionalidade, é importante referir que o Supremo Tribunal Federal ainda não tem reconhecido aquela categoria de inconstitucionalidade por afronta ao chamado princípio da especificação. De acordo com o citado jurista (2015, p.158), a Corte considera que “a mera invocação subjetiva de argumentos abstratos, que apenas demonstram a existência de violações oblíquas ou reflexas ao texto constitucional, não servem de suporte para decretar a inconstitucionalidade das leis ou dos atos normativos”.

Na perspectiva contramajoritária, a situação jurídica do jurisdicionado ou do receptor da norma passa a adquirir status de significativa relevância, haja vista que o direito passa a ser construído à luz dos seus efeitos de onde, aliás, se origina a sua fonte de validade. Compreender, conhecer e ser capaz de prever os possíveis resultados de uma determinada decisão passam, portanto, a ser tão importantes quanto o ato de interpretar ou mesmo de aplicar a lei.

Ao que tudo indica, tanto a doutrina quanto a jurisprudência pátrias parecem ainda pouco receptivas a ideia de um controle ou de uma tutela sobre os efeitos das normas, já que ainda estão vinculadas a concepção de uma solução principiológica. A verdade é que a regra de sopesamento entre princípios é restritiva e, de certo modo, incompleta, vez que se dedica a resolver um determinado caso específico sem propriamente levar em conta os fatores extrínsecos daquele ato e nem tampouco suas possíveis externalidades.

É fato que a preponderância axiológica de um determinado preceito pode pôr em xeque ou mesmo aniquilar a potencialidade de outras normas pela via reflexa. Pode, ainda, sinalizar aos particulares uma possível regra de conduta o que, de certo modo, desvirtua e desestabiliza o sistema normativo, cuja ideia que se tem defendido é de uma uniformidade. Em que pese tudo isso, é forçoso admitir que o Supremo Tribunal Federal, mormente quando exerce a jurisdição constitucional, tem demonstrado preocupação com os efeitos das suas decisões. É assim quando delibera pela modulação em uma declaração de inconstitucionalidade em atenção ao princípio da segurança jurídica ou quando exige a demonstração de pertinência temática para certos legitimados especiais para a sua propositura ou ainda quando complete os sentidos da constituição para exigir a repercussão geral como condição para a admissibilidade de um Recurso Extraordinário.

De outro lado, o resgate da efetividade e, por que não dizer, da própria validade do direito, perpassa, não pela reformulação dos métodos hermenêuticos de interpretação ou quiçá por uma nova teoria da decisão, mas pela reconstituição da confiança e da credibilidade no processo democrático e na capacidade da política

efetivamente sobrepor os obstáculos à realização do direito. É daí que advém a sua legitimidade e é aí que se dá a fundamentação para a elaboração das normas.

Não é possível, pois, olvidar-se de que a situação ou o status que o indivíduo ocupa na sociedade são fundamentais dentro do processo decisório cujo objetivo último não é promover a justiça, tal como pretendia John Rawls (2011), valendo-se de um consenso por sobreposição ou de uma igualdade meramente fundada em um suposto véu da ignorância, mas na capacidade dos atores promoverem a eficiência, pautados em metas e critérios objetivos. Nesse modelo, o pressuposto de Rawls é desmistificado e encarado como uma realidade necessária. A maneira como esses atores reagem às ações políticas de aplicação das normas é fundamental dentro do processo democrático e na lógica da escolha pública, haja vista que a estrutura do ordenamento vai sendo instantaneamente modificado e adequado à realidade social.

Com efeito, é importante observar que o racionalismo do método econômico, aparentemente pouco explorado por autores como Rawls e Habermas, fez com que a política e o direito tomassem caminhos distintos, utilizando-se cada qual de diferentes mecanismos de justificação. A legitimação da política e a validade das leis não são propriamente resultado de um sistema democrático no qual se delibera amplamente as ações do governo. Ao contrário. A legitimação e a validade são produto de uma realização justa e eficiente do direito, no qual a moral não reside propriamente numa razão discursiva, mas no reconhecimento dos efeitos resultantes dessas ações que se traduz na estabilização do sistema através da confiança.

Governantes normalmente não se utilizam do discurso de fundamentação para justificar suas ações como pressupõe a teoria. O comportamento político é influenciado pelo auto interesse. Com isso, o processo de deliberação democrática acaba servindo como parâmetro de verificação e ajustes ao longo do mandato. Obviamente que os recursos e as políticas públicas serão, como regra, destinadas a atender a demanda do maior número possível de eleitores, ainda que tal medida não seja economicamente a mais eficiente e, tampouco, a socialmente mais justa.

Aparentemente, portanto, o liberalismo político defendido por Rawls (2011) induz a uma ineficiência na gestão e na alocação dos recursos públicos pois parte de um pressuposto equivocado de política, concebendo a imprescindibilidade de um acordo ou de um consenso, ainda que sobreposto, para a promoção da justiça. Para o professor de Harvard, o conceito político de justiça parte da ideia de uma equidade artificialmente criada entre os indivíduos (véu da ignorância), cujos interesses decorreriam de uma razão pública e não do interesse egoístico. Habermas parte de uma premissa semelhante ao pressupor que os agentes seriam capazes de manifestar-se abertamente em um processo democrático, chegando então a um resultado comum e livremente deliberado.

Habermas (2012), apesar de admitir que o sistema econômico efetivamente coloniza o chamado mundo da vida, considera que este último encontra-se regido por

uma racionalidade comunicativa que possibilitaria a integração social e a convivência entre os sujeitos. Se de um lado os governos eleitos democraticamente têm o poder de editar e fazer as leis de acordo com seus próprios interesses, o necessário juízo de adequação interposto entre a fundamentação e a aplicação, possibilitaria extrair dela a máxima utilidade possível do ponto de vista material ou, então, proporcionar o menor prejuízo possível àqueles cuja norma não se dirige.

A construção da norma, portanto, é um processo circular de reforço e adaptação que não se dá apenas no âmbito do judiciário, mas igualmente no âmbito político onde efetivamente a norma é fundamentada.

3. PRESSUPOSTOS DE UMA TEORIA DA DECISÃO

Uma teoria da decisão, qualquer que seja o método que se utilize, deve sempre ter em mira não apenas a realização do direito, mas uma reprodução justa do direito. O direito enfrenta hoje uma crise de validade, em parte decorrente de uma frágil representatividade política cujo processo se consubstancia na própria legitimação do direito. Enquanto a legitimidade corresponde à elaboração política das normas, estruturadas pelo discurso de fundamentação (justificação), a validade representa o grau de observância da norma produzida.

Com efeito, Castanheira Neves (NEVES, 1993) defende posição totalmente diversa, haja vista que ele admite a chamada “legitimação pelos efeitos”, vale dizer, que o direito só se legitima quando se realiza. Nesse sentido, o Professor de Coimbra admite a construção do direito frente ao problema de modo a dispensar a abstração legislativa e a filtragem política, servindo o intérprete como mediador exclusivo entre a práxis e norma positiva. Aparentemente, não haveria espaços da justificação na criação e na realização do direito. Nesse sentido, é possível concluir que o autor se utiliza de outro a priori metodológico para a realização do direito, partindo justamente do problema para tentar encontrar uma solução no sistema.

Höffe (2005), entretanto, aborda postura diversa defendendo que a justiça poderia ser realizada pela simples aplicação da norma, eis que o seu processo de elaboração já contemplaria juízos pré-morais, não se fazendo necessária a verificação pelo intérprete aplicador.

A justificação correspondente pode ser entendida em duas direções. Segundo uma compreensão mais fraca, o ponto de vista moral é possível em face do mandato para o exercício da coerção; segundo uma compreensão mais forte ele é necessário. Se a justiça é apenas uma perspectiva possível e se a questão da legitimação em face do mandato para o exercício da coerção pode ser respondida com razões pré-morais, se poderia renunciar então, à busca de razões morais. (HÖFFE, 2005, p. 54).

A visão de Castanheira Neves (NEVES, 1993), entretanto, é bem diferente. De acordo com o autor de Coimbra,

(...) também para a legislação o problema da legitimidade (política) não suprime ou reduz o problema da validade (jurídica), o certo é que, no quadro embora dessa validade, a legislação não só tem uma intencional índole normativa qualitativamente diversa da que corresponde ao juízo jurídico-decisório concreto, como sobretudo assume atualmente uma intencionalidade e uma funcionalidade políticas e político-sociais que de modo essencialmente a diferenciam da estrita realização do direito. (NEVES, 1993, p.22)

Aparentemente, o aspecto moral em Castanheira Neves (NEVES, 1993) só se torna presente quando confrontado o direito com o problema real e atual, sem a intermediação da política. Ele afirma: “O jurista realiza o direito resolvendo os problemas jurídicos concretos, e o nosso problema é o da própria realização do direito que se cumpre e tem por conteúdo a resolução desses concretos problemas jurídicos”. (NEVES, 1993, p.23) O mais curioso na tese de Castanheira Neves (NEVES, 1993), é que ele não vê o direito como subproduto da política tal como Höffe (2005), Günther (2011) ou Habermas (2012), mas como algo a ser realizado.

O direito não o é antes da sua realização, pois só na sua realização adquire a sua autêntica existência e vem à sua própria realidade. (...) ‘O direito existe para se realizar. A realização do direito é a vida e a verdade do direito; ela é o próprio direito. O que não passa à realidade, o que não existe senão nas leis e sobre o papel, não é mais do que um fantasma de direito, não são senão palavras’. (NEVES, 1993, p.25)

A efetividade do direito como pacificador de conflitos sociais e como pretensão promotor de cooperação entre consciências dissonantes encontra limites não apenas no pluralismo decorrente das diferentes historicidades, tradições e formas de vida como também nas individualidades criadas pela razão econômica. Como seria possível então conceber a equidade sem antes promover a internalização consciente no interior do procedimentalismo democrático? Para Castanheira Neves (1993, p. 167) a melhor solução estaria em reconhecer a norma aplicável como um elemento aberto, dinâmico e, diga-se, adaptável.

A análise dessas duas diferentes percepções em torno do espaço da moral no direito impõe a questão de saber sob qual ponto de vista ela deve ser encarada para que dos sistema se extraia a máxima efetividade, pois, afinal de contas, o problema se resume em descobrir como proporcionar uma realização justa do direito. Para Luhmann (2002, p.481),

La comprensión que se logró para vincular política y derecho se resumió y se superó finalmente em el esquema Estado de Derecho. (...) Como Estado de Derecho, el Estado era simultáneamente una institución jurídica y una instancia de responsabilidad política que miraba por el derecho: por La imposición y el subsiguiente desarrollo jurídico; por La adaptación a las cambiantes circunstancias sociales y a los fines políticos realizables.

Luhmann aparentemente procura unificar pacificamente política e direito através de um novo paradigma de Estado, por meio da imposição decorrente da força coercitiva da lei e as circunstâncias sociais para as quais a política dever ser realizada.

Importante destacar que o autor parece negligenciar a existência de uma ruptura funcionalista entre as esferas que compõem o processo democrático, de forma a não deixar espaço para a moral ou para as possibilidades de uma realização justa do direito. É nesse sentido que ele critica a postura adotada por Castanheira Neves:

Luhmann critica pela sua disfuncionalidade uma perspectiva de decisão jurídica que pretenda ter o seu critério nos efeitos, como corresponde aos modelos que estamos a considerar, invocando para tanto, três fundamentos principais: esses modelos inseririam a contingência nas decisões jurídicas, com sacrifício da exigível certeza; atentariam, pela variação resultante da concreta oportunidade implicada, contra o princípio da igualdade; seriam incapazes de realizar a principal função social do direito, que é, segundo ele, a redução da complexidade pela subsistência de um sistema diferenciado ou dogmaticamente autônomo. (NEVES, 1993, p.63)

A crise de efetividade, que de certo modo também é do Estado, é resultado da submissão da lei à política. A realização justa do direito somente pode ser levada a efeito através de um procedimentalismo democrático onde a moral encontre espaço tanto no discurso de justificação (política) quanto no de aplicação (adequação feita pelo intérprete). Reforçando tal concepção, o Friedrich Müller (2009, p.18), afirma:

A norma jurídica é compreendida erroneamente como ordem, como juízo hipotético, como vontade materialmente vazia. Direito e realidade, norma e segmento normativo da realidade aparecem justapostos “em si” sem se relacionarem; um não carece do outro, ambos só se encontram no caminho da subsunção do suporte fático, de uma aplicação da prescrição.

A força coercitiva que Habermas atribui o nome de legalidade, mas que em verdade poder ser traduzida como validade, resulta da moral, erigida no seio da razão prática. A esse respeito, diz o Professor de Coimbra (1993, p.84):

O problema jurídico-normativo da interpretação não é o de determinar a significação, ainda que significação jurídica, que exprimam as leis ou quaisquer normas jurídicas, mas o de obter dessas leis ou normas um critério prático normativo adequado de decisão dos casos concretos. (...) Uma boa interpretação não é aquela que, numa pura perspectiva hermenêutica-exegética, determina corretamente o sentido textual da norma; é antes aquela que numa perspectiva prático-normativa utiliza bem a norma como critério da justa decisão do problema concreto.

A concepção defendida por Castanheira Neves (NEVES, 1993) e constitucionalmente adaptada por Friedrich Müller (MÜLLER, 2007) ao desenvolver um novo método interpretativo supera o obstáculo positivista e avança no sentido de possibilitar não apenas a concretude das normas como também a realização mais justa do direito através da aproximação entre a moral e o direito. Tal perspectiva torna-se ainda mais evidente na medida em que os discursos de fundamentação (argumentação) e aplicação passam a perceber o direito não como um produto pronto e acabado, mas como um processo.

4. EM BUSCA DE UMA TEORIA ADEQUADA A UMA REALIZAÇÃO JUSTA DO DIREITO

Castanheira Neves, em sua obra Metodologia Jurídica, admite como pressuposto básico para desenvolvimento da sua tese, a realização do direito. Para ele, este seria o fim último de toda e qualquer teoria. Para tanto, o método a ser buscado deveria ter sempre esse objetivo em mira. Sendo assim, uma teoria adequada a uma realização do direito não pode estar limitada a simples aplicação de normas pressupostas, haja vista que a norma já é uma resposta a uma questão de direito. Castanheira Neves admite que existiriam momentos sucessivos de uma mesma tarefa, compartilhados entre o legislador e o intérprete.

Pelo que haveria assim lugar para se falar da realização do direito em sentido amplo, de modo a abranger, como suas duas modalidades, tanto a prescrição legislativa como a judicativa decisão concreta: aquela seria uma realização do direito em abstrato, esta uma realização do direito em concreto, e que apenas prolongaria, justamente na sua concretização normativa, aquela primeira. (1993, p.18)

Aparentemente, portanto, a concretude do direito dar-se-ia em momentos distintos e independentes visto que o autor considera possível a aplicação apartada da fundamentação. Segundo ele, “ou o julgador repete em concreto o legislador ou o legislador antecipa em abstrato o julgador – não obstante, decerto, as diferenças institucionais entre ambos”. Dessa forma, tem-se que a teoria mais adequada à realização do direito é aquela que se proporciona mecanismos e instrumentos capazes de compreender a realidade no exato momento em que se apresenta problema cujas respostas são o resultado de um processo indutivo. É fundamental admitir que dentro do sistema hajam inúmeras soluções possíveis e igualmente adequadas para o caso, pois essa é a peça chave para entender porque se mostra tão apropriada a concepção do Professor Castanheira Neves.

Outra, porém, é a concepção de Viehweg. Atienza (2014, p.43), *apud* Viehweg conceitua o problema da seguinte forma:

toda questão que aparentemente permite mais de uma resposta e que sempre exige um entendimento preliminar, de acordo com o qual assume o aspecto de questão que é preciso considerar com seriedade e para a qual é preciso buscar uma única resposta como solução.

Tercio Sampaio Ferraz Jr., ao prefaciá-la obra de Viehweg (1979), sintetiza o que vem a ser o método de que se vale o Professor de Coimbra:

A tópica não é propriamente um método, mas um estilo. [...] pensar topicamente significa manter princípios, conceitos, postulados, com um caráter problemático, na medida em que jamais perdem sua qualidade de tentativa. Como tentativa, as figuras doutrinárias do Direito são abertas, delimitadas sem maior rigor lógico, assumindo significações em função dos problemas a resolver, constituindo verdadeiras ‘fórmulas de procura’ de solução de conflito.

Nesse mesmo sentido, é o método encampado e defendido por Friedrich Müller (2007) a partir do qual contempla a realidade do intérprete confrontando-as com as possibilidades abertas pelo sistema, aduz o seguinte:

Diante da impossibilidade de se isolar a norma da realidade, na concretização da norma o operador deve considerar tanto os elementos resultantes da interpretação do programa normativo (norma propriamente dita), quanto os decorrentes da investigação do domínio normativo (realidade social que o texto intenta conformar), pois ambos fornecem de maneira complementar, ainda que de modo distinto, os componentes necessários à decisão jurídica. (Müller, 2007, p.63)

A Teoria Estruturante do Direito foi desenvolvida pelo Prof. Friedrich Müller durante a segunda guerra mundial. A principal inovação dessa teoria foi ter explorado e desenvolvido o conceito de concretização, a qual estaria amparada sob a *práxis*. A norma jurídica, portanto, seria resultado da interação entre a realidade do caso concreto e o texto enquanto subproduto de um processo político e democrático. O intérprete passaria a ter, assim, um papel central, visto que ele é o responsável por confrontar as possíveis soluções tópicas em norma jurídica, promovendo o trabalho de concretização. O aplicador deveria, portanto, compreender e interpretar o problema para só depois encontrar nos catálogos normativos a resposta mais adequada, fazendo-se um juízo de conformação.

Evidencia-se que, na metódica estruturante, a norma jurídica não preexiste no texto como um *a priori*, mas como produto da adequação entre o problema e o sistema. Nesse sentido, Müller (2007, p.150):

A norma jurídica é, portanto, resultante de um processo tópico-dialético entre o texto legal *a priori* e o meio fático do caso, tendo-se o método como elo crucial de ligação entre o Direito e realidade, contribuindo para uma decisão jurisprudencial límpida, racional e segura. É mister destacar também a chamada elipse hermenêutica, que engloba toda a trilha entre a norma textual abstrata e a norma estruturada concreta.

É de ver, portanto, que a teoria mais adequada e compatível com o modelo de Estado Democrático é aquele que permite a superação do positivismo apartado da razão prática em que os juízos axiológicos são ceifados, priorizando-se a norma em detrimento do caso concreto. Para essa concepção, o direito é percebido como o resultado de um procedimentalismo democrático, um subproduto da política, onde o discurso de fundamentação já foi realizado, cabendo agora ao intérprete tão somente aplicar a norma.

5. CONCLUSÃO

Como ficou evidenciado, o direito enfrenta hoje uma crise de validade, em parte decorrente de uma frágil representatividade política cujo processo se consubstancia na própria legitimação do direito. Enquanto a legitimidade corresponde à elaboração política das normas, estruturadas pelo discurso de fundamentação (justificação),

a validade representa o grau de observância da norma produzida. Essa crise de efetividade, que de certo modo também é do Estado, é resultado da submissão da lei à política. A realização justa do direito somente pode ser levada a efeito através de um procedimentalismo democrático onde a moral encontre espaço tanto no discurso de justificação (política) quanto no de aplicação (adequação feita pelo intérprete). Uma teoria da decisão, qualquer que seja o método que se utilize, deve sempre ter em mira não apenas a realização do direito, mas uma reprodução justa do direito.

O problema posto no início da presente perquirição residia na seguinte questão: a perspectiva contramajoritária da Jurisdição Constitucional tem o poder de ampliar os sentidos da democracia, substituindo interesses por direitos constitucionalmente consagrados?

Como visto, a resposta a essa pergunta deve ser necessariamente positiva. Isso porque sem essa perspectiva contramajoritária a democracia simplesmente não consolidada e a superação da crise de efetividade só se torna possível, portanto, através do processo de constitucionalização do direito em substituição à dogmática jurídica e à pragmática do positivismo. Nessa nova perspectiva, o intérprete do texto legal passou a ter maior espaço de atuação, pautando-se nos princípios que despontaram como a condição de possibilidade para a concretização dos valores sociais até então esquecidos.

A realização justa do direito depende do resgate de um espaço adequado da jurisdição constitucional em sua perspectiva contramajoritária, a qual não se manifesta apenas na forma de justiça como subproduto da política, nem como resultado de um ato consciente de interpretação e aplicação, mas uma teoria da decisão comprometida com uma realização justa do direito, mas na supressão das omissões de governos supostamente representativos. À luz dessa perspectiva contramajoritária, a situação jurídica do jurisdicionado ou do receptor da norma passa a adquirir status de significativa relevância, haja vista que o direito deve ser construído à luz dos seus efeitos de onde, aliás, se origina a sua fonte de validade. Compreender, conhecer e ser capaz de prever os possíveis resultados de uma determinada decisão passam, portanto, a ser tão importantes quanto o ato de interpretar ou de aplicar a lei.

É antes um processo que se auto-legitima e que reproduz a justiça somente através de uma consciência moral coletiva, não universalizável como pressupunha Kant, mas realizável por meio da intersubjetividade entre os discursos de fundamentação e aplicação. Portanto, as possibilidades de uma realização justa do direito ocorrem substituindo-se os discursos de fundamentação seria responsável pela validade do direito e o de aplicação, responsável pelos juízos de adequação imparcial entre a situação e a norma, pela singularidade discursiva consubstanciada na estrutura político-jurídica.

A crise de efetividade normativa vivenciada pela sociedade pós-moderna colocou em evidência a incapacidade da política estabelecer consensos pautados em um

ideal de equidade, como pressupunha Rawls, e mesmo do regime deliberativo superar o individualismo enraizado no subconsciente social, promovendo ainda mais o dissenso coletivo e a fragmentação das identidades forjadas pelo liberalismo econômico.

As decisões tomadas em âmbito governamental, não obstante possam ser legitimadas pelo processo de deliberação democrática, não garantem necessariamente a legitimidade dos seus resultados. A lógica individualista, cujas preferências Rawls defende, legou aos dias atuais uma sociedade complexa e intrincada, cujos interesses antagônicos e conflitantes abrem espaço para a formação de indivíduos em vez de sujeitos, tornando estreitas as possibilidades de uma realização efetiva do direito das minorias.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica – A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2013. 3ed. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva.
- ARROW, K. J. **Social Choice and Individual Values**. 2. ed. New Haven and London. Yale University Press, 1963.
- ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.
- BRASIL. Recurso Extraordinário 93701/MG - MINAS GERAIS. Relator(a): Min. OSCAR CORREA. Julgamento: 24/09/1985 Órgão Julgador: Primeira Turma Publicação. DJ 11-10-1985
- _____. Recurso Extraordinário 590880/CE, rel. Min. Ellen Gracie, 24.3.2010. (RE-590880) in Informativo nº 580. Supremo Tribunal Federal.
- _____. ADPF 54/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 11 e 12.4.2012. (ADPF-54) in **Informativo nº 661 do Supremo Tribunal Federal**.
- _____. **Informativo nº 431/2010. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/informjurisdata/article/view/4511/4703>>**.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro. Saraiva, 2015. 9.ed.
- GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral – Justificação e Aplicação**. Tradução de Cláudio Molz. Rio de Janeiro: Forense, 2011. 2ªed.
- HABERMAS, Jürgen. **Teoria do Agir Comunicativo: sobre a crítica da razão funcionalista. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2012.**
- _____. **Teoria do Agir Comunicativo: racionalidade da ação e racionalidade social. Tradução de Paulo Astor Soethe. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2012.**
- _____. **Mudança Estrutural da Esfera Pública: investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa. Tradução de Denilson Luís Werle. São Paulo: Editora Unesp, 2014. 1ªed.**
- _____. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Temo Brasileiro, 2003. Vol. I. 2ªed.
- HÖFFE, Otfried. **Justiça política. Tradução de Ernildo Stein. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2005. 3ªed.**
- LUHMANN, Niklas. **El Derecho de La Sociedad**. México: Universidade Iberoamericana, 2002.
- MÜLLER, Friedrich. **O Novo Paradigma do Direito – Introdução à teoria e metódica estruturantes do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Teoria Estruturante do Direito**. 2. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2009.

NEVES, António Castanheira. **Metodologia Jurídica - Problemas Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

RAWLS, John. **Liberalismo político**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social**. São Paulo: Nova Cultural, 1999. Vol. I. Tradução de Lourdes Santos Machado.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Trad. Tercio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: UnB, 1979.

artigos
científicos

**THE GOVERNMENT ACCOUNT CONTROL DYNAMICS:
THE DUTY OF ANALYSIS BY THE COURT OF AUDITORS
A DINÂMICA DO CONTROLE DE CONTAS DE GOVERNO:
O DEVER DE ANÁLISE PELO TRIBUNAL DE CONTAS¹**

Marcus Vinícius Passos Rosa²
m.passosrosa@gmail.com

Recebido/Received: 15.05.2021/ May 15th, 2021.
Aprovado/Approved: 28.06.2021/ June 28th, 2021.

RESUMO

O presente estudo se propõe a expor a impossibilidade de o Poder Legislativo inserir no julgamento das contas de governo do Chefe do Poder Executivo situações não apreciadas pelo Tribunal de Contas no parecer prévio. A pesquisa inicia com considerações gerais sobre a teoria do poder e a doutrina de separação de poderes, para que no segundo capítulo abordem-se as noções gerais de controle externo no Brasil e no mundo. Em seguida, é trabalhada a dinâmica do processo de prestação e julgamento de contas, diferenciando as contas de governo das contas de gestão. Conclui-se que a racionalidade do texto constitucional conduz à noção de descentralização do poder para evitar excessos e ampliar as técnicas de controle externo, honrando o sistema de freios e contrapesos. Ademais, a análise pela Corte de Contas é um dever consagrado pela Constituição Federal, e considerar esta possibilidade seria descumprir um dever imposto a todas as unidades federativas. Sublinha-se a natureza científica (jurieconômico) e contramajoritária do parecer prévio que contrasta com o caráter político e representativo (essencialmente majoritário) da decisão legislativa. Alerta-se, também, que permitir o julgamento das contas sem a devida apreciação pelo órgão de controle, permite a facilitação da forte influência do lobby para barganha de aprovações/reprovações de contas, ferramenta utilizada pelo Parlamento e que pode até mesmo implicar a inelegibilidade do Prefeito, Governador ou Presidente.

Palavras-chave: Tribunal de Contas. Poder Legislativo. Contas de governo. Controle externo. Parecer prévio.

ABSTRACT

The present study proposes to expose the impossibility of the Legislative Power inserting in the judgment of the government accounts of the Chief Executive Power situations that were not considered by the Court of Auditors in the prior audit opinion. The research begins with general considerations about the theory of power

¹ Este artigo foi apresentado Trabalho de Conclusão de Curso como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná, sob avaliação da seguinte banca examinadora: Prof. Dr. Rodrigo Luís Kanayama (orientador), Profa. Dra. Angela Cássia Costaldello (coorientadora), Profa. Dra. Estefânia Maria de Queiroz Barboza (1^a membro) e Cons. Ivan Leles Bonilha (2^o membro).

² Pós-graduando em direito e processo tributário pela Academia Brasileira de Direito Constitucional - ABDConst e estagiário de direito em Kanayama Sociedade de Advogados. Bacharel em direito pela Universidade Federal do Paraná - UFPR. Pesquisador no Centro de Estudos da Constituição - CCONS/PPGD/UFPR.

and the doctrine of separation of powers so that in the second chapter the general notions of external control in Brazil and the world are addressed. Then, the dynamics of the account rendering and judgment process are worked out, differentiating government accounts from management accounts. It is concluded that the rationality of the constitutional text leads to the notion of decentralization of power to avoid excesses and expand the techniques of external control, honoring the system of checks and balances. Furthermore, the analysis by the Court of Accounts is a duty enshrined in the Federal Constitution, and to consider this possibility would be to fail to comply with a duty imposed on all federative units. The scientific (juridical-economical) and countermajoritarian nature of the prior audit opinion is underlined, which contrasts with the political and representative (essentially majority) character of the legislative decision. It is also warned that allowing the accounts to be judged without due consideration by the control organ, facilitates the strong influence of the lobby to bargain for approving / disapproving accounts, a tool used by Parliament and which may even imply ineligibility. Mayor, Governor or President.

Keywords: Court of Auditors. Legislative Power. Government accounts. External control. Prior audit opinion.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO; 2. DESENVOLVIMENTO; 2.1. O PODER E O DESENHO INSTITUCIONAL; 2.2. O CONTROLE EXTERNO; 2.3. A DINÂMICA DO JULGAMENTO DE CONTAS NO BRASIL; 2.4. OS ATORES E AS CONTAS DE GOVERNO; 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Perguntou um personagem de Eça de Queiroz³: “Que diabo se faz no tribunal de contas?”. De pronto, obtive sua resposta: “Faz-se um bocado de tudo, para matar tempo... Até contas!”.

Esta anedota de mais de um século ilustra o pensamento de muitos brasileiros ainda hoje. É desconhecida da população média a importante atribuição dos Tribunais de Contas, o que reduz mais a permeabilidade democrática⁴ e enfraquece a *accountability* vertical. É necessário que se evidencie que o controle das contas públicas não é unicamente político nem unicamente técnico, e que exige tanto a participação dos representantes eleitos, dos órgãos especializados e da participação popular.

A perfeita ilustração dessa conjugação de ciências foi uma consulta⁵ carreada à Corte de Contas Paranaense, na qual o consulente questionava sobre a possibilidade

3 EÇA DE QUEIROZ. **Os maias**. 1 ed. Porto: Livraria Internacional de Ernesto Chardron, 1888. 2v. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bv000083.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

4 ROCHA, Diones Gomes da. **Os Tribunais de Contas brasileiros na era da democracia**: transparentes, participativos ou insulados? – 1 ed. Curitiba: Appris, 2019. Páginas 204 a 205.

5 PARANÁ, Tribunal de Contas do Estado do Paraná – TCE/PR. Acórdão n. 1482/20 – Tribunal Pleno. **Consulta. Câmara Municipal de Alto Paraná. Julgamento das contas do Prefeito Municipal. Inserção pelo Poder Legislativo de novas situações não abrangidas pelo Parecer Prévio do TCE. Pelo conhecimento e resposta nos termos do Voto**. Relator: Cons. Ivens Zschoerper Linhares. Disponível em: <<https://www1.tce.pr.gov.br/multimedia/2020/7/pdf/00349724.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

de a Câmara Municipal inserir situações novas, não elencadas no parecer prévio, no julgamento das contas de governo.

Uma primeira leitura pode conduzir à compressão de que há possibilidade, pois o Legislativo é o titular da competência para julgar as contas do Chefe do Executivo. No entanto, uma reflexão mais madura permite um único raciocínio: que não. O presente trabalho propõe esse plano de fundo, buscando evidenciar as razões pelas quais não é admissível que o Parlamento tome esta atitude.

De início, é importante compreender a estrutura do poder e da separação de poderes, para identificar a importância do arranjo constitucional de controle do Estado. Em seguida, são abordados os tópicos sobre as técnicas de controle externo da contabilidade pública. O terceiro capítulo ilustra a sistemática do controle de contas de governo, apontando para a distinção entre contas de governo e contas de gestão. No último ponto, retoma-se a indagação central do trabalho expondo que a racionalidade da norma constitucional impõe o dever de análise pelo Tribunal de Contas e a descentralização do poder, além da dialeticidade entre o corpo técnico e a representação popular.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. O PODER E O DESENHO INSTITUCIONAL

O poder é conatural ao homem e por esta razão, desde a gênese do pensamento político houve a preocupação em compreendê-lo.

Embora o estudo desse fenômeno, submetido a um método científico e com autonomia tenha se desenvolvido a partir do século XIX, com as teorias de Ludwig von Gumplowicz⁶, é certo que desde a antiguidade debatia-se a relação entre os poderes. A literatura homérica registra a *célebre discussão* entre os três persas – Otanes, Megabises e Dario – sobre o exercício do poder e a opção ótima de governo⁷. Ainda na antiguidade, Platão também trata do poder do homem sobre o homem e do poder político ao anotar os diálogos de Sócrates e Glauco⁸. Da modernidade em diante a preocupação com o poder ilustrou as páginas de diversos pensadores, caminhando de teorias centralizadoras às pulverizadoras.

A concepção de poder transcende a ideia de vinculação estatal, e nesse sentido, os comentários de Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino⁹ são elementares:

[...] Se o entendermos em sentido especificamente homem em sociedade, o Poder torna-se mais preciso, e seu espaço conceptual

6 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Teoria do poder** (Sistema de direito político: estudo juspolítico do poder). Parte I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. Página 33.

7 BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo**. 10 ed. Brasília: UnB, 2001. Página 39.

8 PLATÃO. **A república** – tradução e adaptação de Marcelo Perine. São Paulo: Scipione, 2001. Páginas 106 a 107.

9 BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Vol. 2. – 13 Ed. Trad. Carmen C, Varriale et al. Coord. Trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacaís. Brasília: UnB, 2010. Páginas 927 a 928.

pode ir desde a capacidade geral de agir, até à capacidade do homem em determinar o comportamento do homem: Poder do homem sobre o homem. O homem é não só o sujeito, mas também o objeto do poder social. [...]. Por outro lado, não é poder social a capacidade de controle que o homem tem sobre a natureza nem a utilização que faz os recursos naturais. [...]

Como concluem os autores italianos, também constitui poder a ingerência humana sobre os recursos materiais, de modo que, por vezes, o poder do homem sobre o homem é condição para o poder do homem sobre as coisas, e vice-versa. Afinal, “poder designa a *capacidade* ou a *possibilidade de agir*, de produzir efeitos”¹⁰, podendo ser avaliado a partir de diversos prismas: antropológico, sociológico, político ou jurídico¹¹.

No entanto, independentemente da perspectiva que se adote, ensina Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹² que o poder é constituído pela conjugação de um elemento subjetivo com um objetivo: de um lado a *vontade* – um interesse; uma necessidade consciente e desejada¹³ – e de outro a *capacidade* – vantagem de ordem psicológica, sociológica ou biológica por meio da qual pode-se impor sua vontade a outrem. Assim, o velho ditado “querer não é poder” tem sua verdade, pois lhe falta o elemento objetivo para se fazer cumprir a vontade.

Nessa esteira, fica evidente que o poder é relacional, isto é, “não existe poder, se não existe, do outro lado do indivíduo ou grupo que o exerce, outro indivíduo ou grupo que é induzido a comportar-se tal como aquele deseja”¹⁴. Por esta razão, é que se atribui ao poder a característica de *horror vacui*: nas relações sociais não há vácuo de poder, pois quando este não é exercido por um agente, o será por outro. Esta é a *lei da expansão*, que levou Bourdieu a afirmar que “todo poder tende ao monopólio”¹⁵.

Como bem escrito por Moreira Neto, o *poder* é “a energia que move os homens e as sociedades para a realização de seus objetivos”¹⁶, e diante dessa energia tem-se o *direito* como técnica social destinada ao controle, apresentando-se como ferramenta que limita e estabelece equilíbrio na relação de poderes.

Portanto, de forma objetiva, pode-se dizer que o direito atribuiu ao Estado a capacidade de limitar o poder dos indivíduos. Paulo Bonavides¹⁷ considera o poder elemento constitutivo do Estado, relacionando os conceitos de *força* e *competência*: um governo que se apoia mais na força que na competência, exteriorizando sua vontade de maneira coercitiva e fazendo-a cumprir por meios violentos, resume-se

10 *Ibidem*.

11 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Poder, organização política e Constituição: as relações de poder em evolução e seu controle. In: TÓRRES, Heleno Taveira (Coord.). **Direito e poder: nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos**. Barueri: Manole, 2005. Páginas 258 a 259.

12 MOREIRA NETO, *Op. Cit.* 1992. Página 65.

13 *Ibidem*.

14 BOBBIO, Norberto; MATTEUCCL, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Op. Cit.* Página 934.

15 MOREIRA NETO, *Op. Cit.* 1992. Página 179.

16 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Op. Cit.* 2005. Página 256.

17 BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política** – 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. Página 115.

em um *poder de fato*. Doutra borda, o governo baseado mais na competência que na força, possuindo maior consentimento dos governados, será um *poder de direito*.

É relevante que se destaque esse aspecto, pois o Estado Moderno é caracterizado pelo processo de despersonalização do poder: passando de concentrado em uma pessoa (*poder de fato*) a pulverizado em instituições (*poder de direito*). Em outras palavras, o Estado Absolutista, concentrador de poderes, dá lugar ao Estado de Direito, marcado pelo poder racionalizado¹⁸.

Vale rememorar que o agrupamento das competências de legislar, governar e administrar a justiça em uma única figura, tal qual o arquétipo do Estado Absoluto, presume uma concentração de poderes que coloca a sociedade em posição de vulnerabilidade. Com a declaração de direitos do homem e do cidadão, no século XVIII, houve a transição para um novo regime, o Estado Civil¹⁹.

Nesse modelo de organização política, a separação de poderes é essencial à contenção do poder, pois, como afirma Montesquieu – o responsável pela difusão e sistematização da teoria da equipotência –, quando estão reunidos na mesma pessoa ou órgão os Poderes Legislativo e Executivo, há a possibilidade “que esse monarca ou senado façam leis tirânicas para executá-las tiranicamente”²⁰. Por esta razão, Paulo Bonavides considera a separação de poderes um dos mais importantes instrumentos de garantia das liberdades individuais do constitucionalismo europeu²¹.

A tese montesquiana foi revisitada com a máxima força por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, aprimorando a noção de freios e contrapesos. Como afirma Madison, “Não se nega que o poder é, por natureza, usurpador, e que precisa ser eficazmente contido, a fim de que não ultrapasse os limites que lhe foram fixados”²², expondo, portanto, a clara preocupação com a eficácia deste arranjo de competências estatais com independência e harmonia. Deste modo, considera que “[...] *uma simples demarcação, no papel, dos limites constitucionais dos diferentes ramos não constitui uma barreira suficiente contra as violações que dão margem a uma concentração abusiva de todos os poderes do governo nas mesmas mãos*”²³. É necessário que as instituições se controlem entre si, como de compreende por este excerto²⁴:

Todavia, a grande segurança contra uma gradual concentração de vários poderes no mesmo ramo do governo consiste em dar aos que administram cada um deles os necessários meios constitucionais e motivações pessoais para que resistam às intromissões dos outros. As medidas para a defesa devem, neste como em todos os demais, ser compatíveis com as ameaças de ataque. A ambição será incentivada para enfrentar a ambição. Os interesses pessoais serão associados aos direitos constitucionais. [...] Ao constituir-se um governo – integrado por homens

18 BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Vol. 1. – 13 Ed. Trad. Carmen C, Varriale et al. Coord. Trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacais. Brasília: UnB, 2010. Página 402.

19 BONAVIDES, Paulo. *Op. Cit.* Página 115.

20 DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado** – 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Página 214.

21 BONAVIDES, Paulo. *Op. Cit.* Página 147.

22 HAMILTON, Alexander. **O Federalista, por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay** – Tradução Heitor de Almeida Herrera. Brasília: UnB, 1984. Página 401.

23 *Ibidem*. Página 405.

24 *Ibidem*. Página 418.

que terão autoridade sobre outros homens – a grande dificuldade está em que se deve, primeiro, habilitar o governante a controlar o governado e, depois, obrigá-lo a controlar-se a si mesmo. A dependência em relação ao povo é, sem dúvida, o principal controle sobre o governo, mas a experiência nos ensinou que há necessidade de precauções suplementares.

Esta política de jogar com interesses opostos e rivais, à mingua de melhores recursos, pode ser identificada ao longo de todo o sistema das relações humanas, tanto públicas como privadas. Ela é particularmente utilizada na distribuição de poder em todos os escalões subordinados, onde o objetivo constante é dividir e dispor as várias funções de tal modo que uma possa ter um controle sobre outra – que o interesse privado de cada indivíduo seja uma sentinela dos direitos públicos. [...]

A proposta de Madison é a disposição dos órgãos de Estado de forma que um Poder controle o outro através de mecanismos institucionais e da ambição pessoal de cada dirigente, de modo não se fazer prosperar a ambição do outro, tal qual uma máquina. Assim, como bem anota Oscar Vilhena Vieira²⁵ sobre o trecho, essa arquitetura constitucional favorece a efetivação do modelo racionalista de Constituição, transformando-a em uma ferramenta que favorece a coordenação política e assegura a liberdade dos indivíduos.

Esse modelo de *checks and balances* foi amplamente difundido, e forjou a sala de máquinas de diversas democracias liberais de matriz presidencialista, dividindo as funções do Estado em típicas e atípicas para cada poder. Oportuno destacar que a separação de poder não se confunde com a separação de funções²⁶: um mesmo poder exerce mais de uma função. Enquanto aquele corresponde à fragmentação orgânica (a constituição de órgãos), esta quer significar a distribuição de competências.

A Constituição Federal de 1988 desenhou um sistema de poderes (supostamente) independente e harmônico, confiando a cada um deles determinadas funções governamentais. Ao Legislativo compete tipicamente elaborar normas gerais e abstratas, a atipicamente dispor sobre sua organização e administração e julgar crimes de responsabilidade. Ao Executivo incumbe precipuamente a prática atos de chefia de Estado, chefia de Governo e a administração de políticas públicas, e subsidiariamente desempenhar atividade legiferante pela sanção e veto e medidas provisórias, e judicante ao apreciar requerimentos administrativos. Ao Judiciário, por sua vez, cabe essencialmente dizer o direito no caso concreto, e acessoriamente a organização administrativa e elaboração de normas internas.

No entanto, o Estado contemporâneo exige uma *revisão do princípio da separação de poderes*²⁷. Sua conservação como dogma é descabida na atualidade, pois, como explica Bonavides²⁸, as teorias clássicas concentravam-se no indivíduo (especialmente na garantia da liberdade) enquanto a preocupação central do Estado, hoje, é a sociedade.

25 VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes**: da transição democrática ao mal-estar constitucional. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. Página 123.

26 KANAYAMA, Rodrigo Luís. **Limites às restrições aos direitos fundamentais na atividade de investigação do Poder Legislativo**. 218 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2007. Página 125.

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

28 BONAVIDES, Paulo. *Op. Cit.* Página 157.

José Joaquim Gomes Canotilho²⁹ considera que o constitucionalismo *engendrou um mito* ao considerar a independência dos poderes, pois eles interferem uns nos outros. Na mesma esteira, Oscar Vilhena Vieira³⁰ expôs que não se pode afirmar que os poderes são harmônicos entre si quando, em verdade, foram projetados para estarem em constante combate. O Estado, especialmente no que tange à função administrativa, criou novas exigências, e comenta Carlos Ari Sundfeld³¹:

As ideias iniciais sobre separação de Poderes não incluíam propriamente uma Administração Pública, com as dimensões e características que adquiriu posteriormente. O Executivo original seria de fato acanhado. Afóra a função de alto governo, ele se reduziria à implementação concreta de deliberações já tomadas no plano legal. Mas foi a própria evolução política e jurídica que, a partir dessa costela, construiu um novo ser: a Administração contemporânea; criada e condicionada por leis, sim, mas com atuação jurídica de amplo espectro.

A Administração Pública é demandada diuturnamente pela sociedade sobre as mais diversas atividades. Não se encontra mais espaço no Estado contemporâneo para noção clássica forjada por Carré de Malberg³² de estrita vinculação ao parlamento, interpretando o Executivo como braço mecânico da lei. Deve o Legislativo esquadrihar uma moldura para que o administrador, diante das particularidades do caso concreto, escolha a medida que melhor atenda à oportunidade e à conveniência. Para além da tensão entre esses dois poderes, vale ainda mencionar os fenômenos da *juristocracia*³³ e da *ministrocracia*³⁴. Ambos os termos foram cunhados pela doutrina brasileira para se referir à preponderância da atuação do Judiciário – em especial do Supremo Tribunal Federal – no controle externo das políticas administrativas. São exemplos críticos da necessária revisão da teoria de separação dos poderes.

Nesse sentido, embora a teoria da equipotência exija reflexões mais robustas e contemporâneas, é premissa que uma clara e bem definida repartição de competências é essencial à limitação do poder e à democratização do controle, conferindo maior eficiência da fiscalização e elidindo comportamentos arbitrários. Faz-se necessário, agora, compreender a dinâmica do sistema de controle no Brasil.

2.2. O CONTROLE EXTERNO

Conforme apontado anteriormente, o poder – quer seja entendido em sentido lato de energia, quer seja em sentido estrito de feixe de competências do Estado –

29 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição** – 7 ed. Coimbra: Edições Coimbra, 2000. Página 114.

30 VIEIRA, Oscar Vilhena. **Batalha de poderes: vivemos uma crise constitucional a partir de 2013?** Curitiba, 29 mar. 2019. Palestra proferida na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

31 SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para Céticos** – 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2017. Página 234.

32 *Ibidem*. Página 233.

33 VIEIRA, Oscar Vilhena. *Op. Cit.* Página 166.

34 ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Ministrocracia: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro*. **Novos estud. CEBRAP**, São Paulo, v. 37, n. 1, pág. 13-32, abril de 2018. Disponível em: <<https://doi.org/10.25091/501013300201800010003>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

tende a expandir-se, e o direito é a estrutura que o limita, tendo ao longo dos anos aprimorado suas técnicas de controle.

A limitação do poder do Estado constituiu a primeira perspectiva do controle. Com o amadurecimento do pensamento político e sociológico “o controle passou a ser a garantia da eficácia dos sistemas, não só como garantidor de conformidade com as normas preestabelecidas, mas, principalmente, como fator assecuratório do atingimento de metas essenciais para a sobrevivência das organizações”³⁵. Trata-se do legado weberiano do conceito de burocracia: o racionalismo da divisão do trabalho e do escalonamento hierárquico possibilitou maior vigilância da atividade estatal – tanto pela sociedade, quanto pelos órgãos públicos – o que implicou um aumento de eficiência da prestação administrativa³⁶.

Feitas essas considerações, de início, cumpre ressaltar que a noção de controle é intimamente ligada ao ideal republicano, ao Estado de Direito e ao regime democrático. Esses pressupostos sugerem a passagem da titularidade do poder das mãos de uma pessoa para as da sociedade. Assim, todo o poder emana do povo – como determina a nossa Constituição Federal³⁷ –, impondo ao Estado servir-lhe, e gerando à sociedade o direito subjetivo de fiscalização. Cármen Lúcia Antunes Rocha³⁸ vai além, e anota que *o Estado é o próprio povo*, e “tudo o que a pessoa estatal faça ou deixe de fazer, todos os seus comportamentos devem ser do conhecimento público, pois por eles todo o povo se responsabiliza”.

Isso, associado à perspectiva ensinada por Celso Antônio Bandeira de Mello³⁹ de que o agente público desempenha uma função – cujo conceito é a atuação vinculada, por comando normativo, à persecução de interesse *alheio* –, impõe à esfera pública um indissociável “caráter de controle (*answerability*) e, por consequência, uma necessária submissão a responsabilidades (*enforcement*)”⁴⁰. Em outras palavras, o agente estatal, por não possuir a capacidade de dispor do interesse que é de titularidade popular, tem o dever de agir de acordo com a finalidade pública, de forma transparente, de modo que permita a fiscalização.

Na doutrina pátria, há autores, como Jorge Ulisses Jacoby Fernandes⁴¹, que compreendem que o controle é, inclusive, um direito fundamental do cidadão. Essa interpretação decorre da leitura de outras garantias previstas constitucionalmente, a citar os direitos de receber dos órgãos públicos informações de interesse coletivo

35 SIMÕES, Edson. **Tribunais de contas**: controle externo das contas públicas. São Paulo: Saraiva, 2014. Página 475.

36 FÁRIA, José Henrique de; MENEGHETTI, Francis Kanashiro. Burocracia como organização, poder e controle. **Revista de administração de empresas**, São Paulo, v. 51, n. 5, p. 424-439, Oct. 2011. Página 434. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0034-75902011000500002>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

37 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] Parágrafo único. *Todo o poder emana do povo*, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

38 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. Página 241.

39 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional** – 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2017. Página 14.

40 COUTINHO, Doris T. P. C. de Miranda. A retomada do diálogo institucional no controle sobre as contas de governo. In: LIMA, Edilberto Carlos Pontes (Coord.). **Tribunal de Contas do século XXI**. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p 79 – 99. (Coleção Fórum IRB, v. 3). Página 82.

41 JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Tribunais de Contas no Brasil**: jurisdição e competência – 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. Página 41.

ou geral (art. 5º, XXXIII, CF/88)⁴², de petição (art. 5º, XXXIV, CF/88)⁴³, da ação popular (art. 5º, LXXIII, CF/88)⁴⁴ e de realizar denúncias aos Tribunais de Contas (art. 74, §2º, CF/88)⁴⁵. Em mesmo sentido, André Garcia Xerez Silva⁴⁶ vale-se da percepção de que direitos fundamentais devem ser interpretados extensivamente, afirmando:

Ainda que a função de controle da gestão pública não esteja catalogada expressamente no rol dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos na Constituição da República de 1988, o art. 5º, §2º, revela seu caráter meramente exemplificativo, na medida em que aduz não serem excluídos direitos e garantias decorrentes dos princípios e regime adotados pelo Texto Constitucional.

Como se percebe, a população tem o direito (e o dever) de exercer a fiscalização sobre o governo. Isso é o que Guillermo O'Donnell⁴⁷ nomina de *accountability* vertical:

[...] Por meio de eleições razoavelmente livres e justas, os cidadãos podem punir ou premiar um mandatário votando a seu favor ou contra ele ou os candidatos que apoie na eleição seguinte. Também por definição, as liberdades de opinião e de associação, assim como o acesso a variadas fontes de informação, permitem articular reivindicações e mesmo denúncias de atos de autoridades públicas. [...] Eleições, reivindicações sociais que possam ser normalmente proferidas, sem que se corra o risco de coerção, e cobertura regular pela mídia ao menos das mais visíveis dessas reivindicações e de atos supostamente ilícitos de autoridades públicas são dimensões do que chamo de "accountability vertical". São ações realizadas, individualmente ou por algum tipo de ação organizada e/ou coletiva, com referência àqueles que ocupam posições em instituições do Estado, eleitos ou não.

A perspectiva do controle como direito fundamental, no entanto, figura apenas como uma faceta da atividade de fiscalização. Ela pode ser exercida de maneira intra-orgânica e extra-orgânica: o controle interno é realizado no seio do órgão (art. 74, CF/88)⁴⁸, ao passo que o controle externo é feito de um órgão sobre outro ou da sociedade sobre o órgão (art. 70 e 71, CF/88)⁴⁹.

42 Art. 5º. [...] XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

43 Art. 5º. [...] XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;

44 Art. 5º. [...] LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

45 Art. 74. [...] § 2º Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.

46 SILVA, André Garcia Xerez. **Tribunais de contas e inelegibilidade**: limites da jurisdição eleitoral. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2015. Página 41.

47 O 'DONNELL, Guillermo. *Accountability horizontal e novas poliarquias*. **Lua Nova**, São Paulo, n. 44, p. 27-54, 1998. Página 28. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0102-64451998000200003>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

48 Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União; II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado; III - exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União; IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

49 Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: [...].

Embora o art. 70 da Constituição Federal de 1988 estabeleça que o controle externo fica a cargo do Poder Legislativo, isto não quer significar que outros poderes constituídos não o exerçam. Quando o Judiciário declara a inconstitucionalidade de um dispositivo legal exerce controle sobre o Legislativo; da mesma forma, o Executivo ao vetar uma lei. Tem-se, portanto, o controle de um órgão sobre o outro, o que por definição chama-se *accountability* horizontal⁵⁰: neste modelo, “observa-se que existe um agente *accountable* que deve prestar informações e justificações a outro agente competente, podendo este aplicar sanções”⁵¹.

Numa perspectiva de direito comparado, a *accountability* horizontal se realiza por excelência sob o prisma de dois sistemas de Entidades⁵² Fiscalizadoras Superiores: o modelo de Tribunais de Contas e o modelo de Auditor-Geral/Controladoria.

O primeiro sistema, é marcado pela existência de uma Corte de Contas, estrutura colegiada composta por Ministros ou Conselheiros, que exercem a fiscalização especialmente sobre a legalidade da despesa pública. Os processos tramitam por estruturas burocratizadas, e suas decisões possuem caráter coercitivo e a competência para aplicar sanções. O outro, caracteriza-se, em regra, por ser um órgão singular, cujas decisões não possuem caráter coercitivo. Exercem o controle através de pareceres e relatórios opinativos, com o emprego de técnicas de auditoria de empresas privadas, pautando-se pela avaliação do desempenho governamental (eficiência e efetividade).

A maioria dos países de matriz anglo-saxônica adotam o modelo de Controladorias, ao passo que a Europa Continental opta pelos Tribunais de Contas⁵³. O Brasil nutriu-se das fontes francesa e italiana, instituindo órgãos colegiados para a apreciação das contas públicas, pinçando elementos próprios do outro sistema, o que será analisado no próximo tópico.

2.3. A DINÂMICA DO JULGAMENTO DE CONTAS NO BRASIL

O sistema de controle de contas brasileiro é uma *jabuticaba*⁵⁴: não há no mundo outro arquétipo que conjugue tantas técnicas distintas em um único modelo. No entanto, isto não é um demérito. Esse sistema estruturado em Cortes de Contas, a partir da determinação da Constituição Federal de 1988, passou a analisar o desempenho da gestão e economicidade dos atos, o que é técnica de fiscalização típica do modelo de Controladoria. Edson Simões comenta que “a combinação destas vertentes levou, simultaneamente, à modernização dos Tribunais de Contas, sem prejuízo de manterem poderes jurisdicionais extremamente importantes para a

50 O ‘DONNELL, Guillermo. *Op. Cit.* Página 40.

51 Sobre o assunto, prossegue Ilton Norberto, afirmando que “neste modelo, vislumbram-se relações entre agentes como o poder de fiscalização do Legislativo sobre os atos do Executivo e o controle judicial sobre os atos normativos do Executivo e do Legislativo.” ROBL FILHO, Ilton Norberto. **Conselho Nacional de Justiça: estado democrático de direito e accountability**. São Paulo: Saraiva, 2013. Páginas 109 a 110.

52 Trata-se da linguagem utilizada por Edson Simões para referir-se às entidades ou órgãos que possuem a competência para apreciar e/ou julgar as contas públicas, não se fazendo distinção conceitual entre órgão e entidade. SIMÕES, Edson. *Op. Cit.* Página 480.

53 SIMÕES, Edson. *Op. Cit.* Página 521.

54 Essa comparação é fruto de diálogos com Prof. Dr. Rodrigo Kanayama.

defesa da legalidade democrática e, até, para evitar o desperdício e a má gestão de recursos públicos”⁵⁵.

Desse modo, o Tribunal de Contas exerce “a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas”, como dispõe o art. 70, CF/88.

Da leitura dessa norma extrai-se o elemento objetivo (*subvenções e renúncias de receitas*), o elemento subjetivo (*União e entidades da administração direta e indireta*), a espécie de controle (*fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial*) e o critério de avaliação (*legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação*). Ainda, sobre o elemento subjetivo (quem deve prestar contas), o parágrafo único dispõe de maneira amplíssima, a fim abranger a completude dos agentes, quer sejam pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, que utilizem, arrecadem, guardem, gerenciem ou administrem dinheiros, bens e valores públicos.

Em seguida, o texto constitucional impõe no art. 71 que o controle externo será exercido pelo Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas da União, o que, pelo princípio da simetria, atribui às demais unidades federativas (art. 75 e art. 31)⁵⁶. Nessa mesma toada, a Carta dispõe as competências deste colegiado técnico apresentando uma importante distinção:

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

Note-se que a Constituição optou por distinguir o Chefe do Executivo dos demais administradores e responsáveis por dinheiros públicos: ao tratar destes últimos o verbo é “*julgar*”, ao passo que quando se refere ao primeiro utiliza “*apreciar*”. Incumbe, portanto, ao Poder Legislativo correspondente o julgamento da contabilidade do Presidente, Governador ou Prefeito, com base no resultado da apreciação do Tribunal de Contas, consignado na peça chamada parecer prévio.

A razão desta diferenciação se dá pelo fato de que a autoridade do Executivo, enquanto membro eleito pelo povo, trabalha com uma complexidade de fatores que não dizem respeito da mera legalidade, guarnecendo-lhe uma discricionariedade

55 SIMÕES, Edson. *Op. Cit.* Página 521.

56 Art. 75. As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios.

Art. 31. A fiscalização do Município será exercida pelo Poder Legislativo Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo Municipal, na forma da lei.

que poderia ser compreendida tão somente por quem também foi eleito. Noutras palavras, o Parlamento. O julgamento das contas pelo Legislativo enaltece o princípio dos freios e contrapesos. Sobre o assunto, Moreira Neto⁵⁷:

[...] a principal característica do controle parlamentar é a de ser preponderantemente um controle de legitimidade, analisando o mérito dos atos administrativos e, excepcionalmente, um controle de legalidade. Assim, sua função é ir além dos aspectos legais e formais do ato administrativo, perquirindo a sua conveniência e oportunidade em consonância com o interesse público.

A partir disto, a doutrina e a jurisprudência concebem uma outra classificação ainda ao se estudar a contabilidade pública: a dicotomia entre contas de governo e contas de gestão. Contas de governo, conceitua o Ministro Paulo Medina⁵⁸, dizem respeito ao:

[...] retrato da situação das finanças da unidade federativa (União, Estados, DF e Municípios). Revelam o cumprir do orçamento, dos planos de governo, dos programas governamentais, demonstram os níveis de endividamento, o atender aos limites de gasto mínimo e máximo previstos no ordenamento para saúde, educação, gastos com pessoa. [...]

Por outro lado, as contas de gestão englobam os atos de administração e gerência de recursos e dos patrimônios públicos praticados, não só pelos chefes do Executivo mas por todo e qualquer responsável por órgãos e entidades da Administração Pública Direta e Indireta⁵⁹. Aqui, está a se falar no art. 71, II da CF/88.

Dessa feita, a prestação de contas realizada pelos demais ordenadores de despesa deverá ser processada e julgada no Tribunal de Contas, podendo esse aprovar, aprovar com ressalvas ou desaprovar a contabilidade com base nos critérios de legalidade, legitimidade, economicidade e desempenho, podendo, ainda, impor sanções administrativas e pecuniárias aos agentes.

De outra maneira, quando está a se tratar do Chefe do Executivo, esse deverá encaminhar à Casa de Leis competente as contas relativas ao exercício do ano anterior, sob o prazo de 60 dias a contar da abertura da sessão legislativa. De pronto, o Legislativo as enviará ao Tribunal de Contas, que por sua vez, também balizado pelo prazo de sessenta dias do recebimento, apreciará a contabilidade e elaborará o parecer prévio. Após a apreciação pelo plenário do órgão de controle externo, retorna ao Parlamento que em comissão especializada tecerá seu próprio parecer. Submetido ao Plenário dos Representantes do Povo, pregará pela aprovação ou rejeição⁶⁰.

57 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. (2005/ Página 572). Apud ALBUQUERQUE, Cristhian Carla Bueno de. **A influência política da governabilidade no julgamento de contas municipais no Estado do Paraná**: possíveis consequências para o desenvolvimento local. Dissertação (Mestrado) – Universidade Tecnológica Federal do Paraná. Programa de Pós-graduação em Planejamento e Governança Pública. Curitiba, 2014. Página 85. Disponível em: <https://repositorio.ufpr.edu.br/jspui/bitstream/1/1001/1/CT_PPGPGP_M_%20Albuquerque%2C%20Cristhian%20Carla%20Bueno%20de_2014.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2021.

58 BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. **Recurso Ordinário m MS Nº 11.060 - GO (1999/0069194-6)**. Recorrente: João Batista Peres. Recorrido: Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás - TCE/GO. R.P/Acórdão: Ministro Paulo Medina. Brasília (DF), 25 de junho de 2002 (Data do Julgamento). Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=483550&num_registro=199900691946&data=20020916&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 15 mar. 2021.

59 OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. E-book.

60 LIMA, Luiz Henrique. **Controle externo**: teoria e jurisprudência para os Tribunais de Contas. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Página 45.

Apesar de a divisão entre contas de governo e contas de gestão ser ponto pacificado pelo Supremo Tribunal Federal, não se pode deixar de anotar uma grave problemática que afeta especialmente os gestores municipais.

Ocorre que, em razão da configuração federativa estabelecida neste paradigma constitucional, por vezes os prefeitos de municipalidades menores acabam assumindo ambos os papéis – o de governante e o ordenador de despesa –, algo que jamais encontraria possibilidade em se tratando da Presidência da República e da Governadoria dos Estados e do Distrito Federal, pois como pondera o Ministro Luís Roberto Barroso⁶¹, “O Presidente da República não é prestador de contas de gestão, como também não são os governadores de Estado”.

Isso importa dizer na medida que o prefeito figura como ordenador de despesa ou como governante executor do orçamento, pois neste último caso caberá à Câmara Municipal seu julgamento, e no primeiro restará ao Tribunal de Contas do Estado. Este era o entendimento do Superior Tribunal de Justiça em 2002, ao apreciar o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança Nº 11.060 – GO, de relatoria do Ministro Paulo Medina⁶²:

Ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONTROLE EXTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ATOS PRATICADOS POR PREFEITO, NO EXERCÍCIO DE FUNÇÃO ADMINISTRATIVA E GESTORA DE RECURSOS PÚBLICOS. JULGAMENTO PELO TRIBUNAL DE CONTAS. NÃO SUJEIÇÃO AO DECISUM DA CÂMARA MUNICIPAL. COMPETÊNCIAS DIVERSAS. EXEGESE DOS ARTS. 31 E 71 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Entretanto, recentemente o Supremo Tribunal Federal apreciou o Recurso Extraordinário nº 848826/DF⁶³ – Tema de Repercussão Geral nº 835 – firmando a tese de que a competência para julgar as contas do prefeito, mesmo que esse vista-se de mero ordenador de despesa, é do Poder Legislativo local, excluindo esta hipótese de julgamento do rol de atribuições do Tribunal de Contas:

Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRESTAÇÃO DE CONTAS DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO MUNICIPAL. PARECER PRÉVIO DO TRIBUNAL DE CONTAS. EFICÁCIA SUJEITA AO CRIVO PARLAMENTAR. COMPETÊNCIA DA CÂMARA MUNICIPAL PARA O JULGAMENTO DAS CONTAS DE GOVERNO E DE GESTÃO. LEI COMPLEMENTAR 64/1990, ALTERADA PELA LEI COMPLEMENTAR 135/2010. INELEGIBILIDADE. DECISÃO IRRECORRÍVEL. ATRIBUIÇÃO DO LEGISLATIVO LOCAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.

I - Compete à Câmara Municipal o julgamento das contas do chefe do Poder Executivo municipal, com o auxílio dos Tribunais de Contas, que

61 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário Nº 848.826 – DF**. Recorrente: José Rocha Neto. Recorrido: Ministério Público Eleitoral. R.P/Acórdão: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília (DF), 10 de agosto de 2016 (Data do Julgamento). Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13432838>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

62 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário m MS Nº 11.060 – GO** (1999/0069194-6). Recorrente: João Batista Peres. Recorrido: Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás - TCE/GO. R.P/Acórdão: Ministro Paulo Medina. Brasília (DF), 25 de junho de 2002 (Data do Julgamento). Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=483550&num_registro=199900691946&data=20020916&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 15 mar. 2021.

63 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário Nº 848.826 – DF**. Recorrente: José Rocha Neto. Recorrido: Ministério Público Eleitoral. R.P/Acórdão: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília (DF), 10 de agosto de 2016 (Data do Julgamento). Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13432838>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

emitirão parecer prévio, cuja eficácia impositiva subsiste e somente deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da casa legislativa (CF, art. 31, § 2º).

II - O Constituinte de 1988 optou por atribuir, indistintamente, o julgamento de todas as contas de responsabilidade dos prefeitos municipais aos vereadores, em respeito à relação de equilíbrio que deve existir entre os Poderes da República (“checks and balances”).

III - A Constituição Federal revela que o órgão competente para lavrar a decisão irrecurável a que faz referência o art. 1º, I, g, da LC 64/1990, dada pela LC 135/2010, é a Câmara Municipal, e não o Tribunal de Contas.

IV - Tese adotada pelo Plenário da Corte: “Para fins do art. 1º, inciso I, alínea g, da Lei Complementar 64, de 18 de maio de 1990, alterado pela Lei Complementar 135, de 4 de junho de 2010, a apreciação das contas de prefeito, tanto as de governo quanto as de gestão, será exercida pelas Câmaras Municipais, com o auxílio dos Tribunais de Contas competentes, cujo parecer prévio somente deixará de prevalecer por decisão de 2/3 dos vereadores”.

V - Recurso extraordinário conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, apreciando o tema 835 da repercussão geral, dar provimento ao recurso extraordinário, ao entendimento de que, para os fins do art. 1º, inciso I, alínea g, da Lei Complementar 64/90, a apreciação das contas dos prefeitos, tanto as de governo quanto as de gestão, será feita pelas Câmaras municipais com o auxílio dos Tribunais de Contas competentes, cujo parecer prévio somente deixará de prevalecer por decisão de 2/3 dos vereadores, vencidos os Ministros Roberto Barroso (Relator), Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux e Dias Toffoli. Brasília, 10 de agosto de 2016. RICARDO LEWANDOWSKI – Presidente e redator p/ o acórdão.

Nessa esteira, o Supremo Tribunal Federal considerou que o constituinte não fez distinção entre as autoridades do Executivo, devendo o Tribunal de Contas do Estado atuar unicamente como órgão técnico auxiliar do Poder Legislativo, emitindo o parecer prévio para que o pleno da Câmara julgue pela aprovação, aprovação com ressalvas ou rejeição da contabilidade do prefeito.

2.4. OS ATORES E AS CONTAS DE GOVERNO

Como visto, compõem a dinâmica de julgamento das contas de governo ao menos três atores: o chefe do Poder Executivo, como agente *accountable*; os Tribunais de Contas, como corpo técnico; e o Poder Legislativo, como órgão político de julgamento. Cada qual com sua importância, seus direitos e seus deveres.

Assim, retorna-se à questão central deste trabalho: após a emissão o parecer prévio pelo Tribunal de Contas, o Poder Legislativo pode inserir situações supervenientes no julgamento das contas de governo?

Um raciocínio breve poderia levar a afirmar que sim, uma vez que é o Parlamento do titular do dever-poder de julgar a contabilidade do Chefe do Executivo. No entanto, esta não é a melhor resposta.

Para esclarecer esta problemática deve-se considerar ao menos três argumentos: (i) a legitimidade do Parlamento e o poder político; (ii) a racionalidade da norma do art. 71 da CF/88; e (iii) os desafios de ordem procedimental.

(i). *A legitimidade do Parlamento e o poder político*

É certo que o modelo de *checks and balances* do nosso desenho institucional exige uma revisão. A crise democrática⁶⁴, o avanço do legalismo autocrático⁶⁵, e sobretudo a descrença na política⁶⁶ abalam a legitimidade do Poder Legislativo, especialmente quando o necessitamos forte.

Embora a legitimidade do Parlamento para julgar as contas de governo esteja prevista em lei, sendo, portanto, de caráter legal-racional⁶⁷, ensina Carlos Ari Sundfeld⁶⁸ que não se pode olvidar que “ao desempenharem o poder, os governantes exercitam competências, não direitos subjetivos. O juiz, o legislador, o administrador, não têm o direito de, respectivamente, julgar, legislar ou administrar, mas sim competência para fazê-lo”. E conclui, afirmando que “a competência é um poder intensamente condicionado”, vez que o poder (energia) tende ao monopólio.

Dessa maneira, inserir fatos não apreciados pelo Tribunal de Contas seria exorbitar de sua competência. É possível até mesmo arguir um abuso de poder político.

Vale destacar que a rejeição das contas pelo Legislativo implica, além de sanções administrativas, a inelegibilidade do agente político⁶⁹, o que importa um ônus político/eleitoral de proporções imensuráveis, especialmente quando trata-se de uma decisão infundada, ou até mesmo com fundamento, mas permeado por interesses escusos. É fato a utilização do poder de aprovação e reprovação da contabilidade como moeda de troca, como demonstra a pesquisa de Camile Cristine da Silva Alves⁷⁰: “Os próprios membros do Poder Legislativo são interessados, tanto na forma quanto nos

64 Sobre o assunto, Yascha Mounk apresenta o crescimento da simpatia popular por um líder autoritário (pag. 138) e afirma que tais líderes “trabalham com afinco para desacreditar de tais instituições [imprensa, universidades, sindicatos, organizações não governamentais etc.] como instrumentos das velhas elites ou dos interesses externos” (pag. 65), a fim de simular sua voz como o único arauto de moralidade, capaz de representar o povo. MOUNK, Yascha. **O povo contra a democracia**: por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la. Tradução: Cássio de Arantes Leite e Débora Landsberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

65 SCHEPPELE, Kim Lane. Autocratic Legalism. **The University of Chicago Law Review**. Vol. 85, n. 2, 2018. Página 556. Disponível em: <<https://lawreview.uchicago.edu/publication/autocratic-legalism>>. Acesso em: 01 mar. 2021.

66 Sobre o assunto, José Murilo de Carvalho comenta que “As eleições legislativas sempre despertam menor interesse do que as do Executivo. A campanha pelas eleições diretas referia-se à escolha do Presidente da República, o chefe do Executivo. Difícilmente haveria movimento semelhante para defender eleições legislativas. Nunca houve no Brasil reação popular contra o fechamento do Congresso. [...] O desprestígio generalizado dos políticos perante a população é mais acentuado quando se trata de vereadores, deputados e senadores.” CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**: o longo caminho. – 23 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017. Página 222.

67 FARIA, José Eduardo. **Poder e legitimidade**: uma introdução à política do direito. São Paulo: Perspectiva, 1978. Página 89.

68 SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. São Paulo: Malheiros, 1992. Página 104.

69 Lei Nº 64/1990, art. 1º, inciso I, alínea g: são inelegíveis para qualquer cargo os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa [...]”.

70 ALVES, Camila Cristina da Silva. **Influência do lobby político na apreciação das contas de governos municipais pelo Tribunal de Contas**: uma análise no estado de Santa Catarina. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro Sócio-Econômico, Programa de Pós-Graduação em Contabilidade, Florianópolis, 2020. Página 42. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/219417>>. Acesso em: 01 mar. 2021.

resultados de uma política, visto que são fiscalizadores das ações do Poder Executivo. Nesse sentido, há diversos grupos de interesse engajados em uma barganha política multidimensional”.

A rivalidade e o lobby político não podem solapar o interesse público.

(ii). A racionalidade da norma do art. 71 da CF/88

É necessário que se realize uma leitura sistêmica da Constituição, e é importante que se aplique a técnica descrita por Nelson Saldanha⁷¹ da teoria da separação como forma de interpretação. A racionalidade da referida norma remete à ideia da pulverização do poder, pois ao distribuí-lo organicamente reduzirá o risco de decisões arbitrárias.

Pierre Rosanvallon⁷² ensina que há dois crivos no exercício do controle sobre a responsabilidade do governo: o do Parlamento, composto pelos representantes do povo, e que cumpre o papel majoritário no controle; e, o Tribunal de Contas, integrado por membros técnicos e que se presta à função contramajoritária. Esse desenho institucional permite um julgamento mais adequado das contas de governo, ao mesmo tempo enaltece a colegialidade, pode apresentar suas conclusões desapaixonadamente. Sobre isso, comenta Milene da Cunha⁷³:

Dentre as atribuições dos Tribunais de Contas, o parecer prévio constitui o principal instrumento contramajoritário de proximidade comunicação, que deve ter por atribuição também a de oferecer uma resposta aos governados sobre as decisões políticas adotadas pelo governo durante o exercício. Cabe, assim, ao parecer prévio emitido pelos tribunais tornar inteligível e visível, ou seja, legível para os governantes eleitos, assim como para os cidadãos, como foi o desempenho do mandato em determinado intervalo temporal: o do exercício financeiro.

O papel desempenhado pelo Tribunal de Contas é essencial em razão da *“necessidade de um órgão com competência para fiscalização prévia, concomitante e posterior à realização do orçamento e respectivas despesas”*⁷⁴, sendo a mais pura manifestação do republicanismo e do equilíbrio de poderes⁷⁵.

Um assunto melindroso na seara jurídica é a definição da natureza do parecer prévio, em especial no que diz respeito ao seu caráter vinculante ou opinativo. Doutrinariamente, Hely Lopes Meireles⁷⁶ conceitua o gênero dos pareceres como sendo manifestações de órgãos técnicos acerca de matérias submetidas à sua consideração. Ademais:

71 SALDANHA, Néson. **Separação de poderes** – Vol. 2. Poder Legislativo. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional: Fundação Petronio Portella, 1981. Página 26.

72 ROSANVALLON, Pierre. *Apud* CUNHA, Milene Dias da. Os pareceres prévios emitidos pelos tribunais de contas nas contas de governo: ampliando seu significado como instrumento da qualidade democrática. In: LIMA, Edilberto Carlos Pontes (Coord.). **Tribunal de Contas do século XXI**. Belo Horizonte: Fórum, 2020. Páginas 227 a 228.

73 *Ibidem*. Página 228.

74 KOPS, Guido J. Os ordenadores da despesa pública e a apuração de sua responsabilidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 1963. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/24166/22941>>. Acesso em: 01/10/2019.

75 TORRES, Heleno Taveira. **Direito Constitucional Financeiro: teoria da constituição financeira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. E-book.

76 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. Página 176.

[...] O parecer tem caráter meramente opinativo, não vinculando a Administração ou os particulares à sua motivação ou conclusões, salvo se aprovado por ato subsequente. Já, então, o que subsiste como ato administrativo não é o parecer, mas, sim, o ato de sua aprovação, que poderá revestir a modalidade normativa, ordinatória, negocial ou punitiva. O parecer, embora contenha um enunciado opinativo, pode ser de existência obrigatória no procedimento administrativo e dar ensejo à nulidade do ato final se não constar do processo respectivo, como ocorre, p.ex., nos casos em que a lei exige a prévia audiência. Nesta hipótese, a presença do parecer é necessária, embora seu conteúdo não seja vinculante para a Administração, salvo se a legitimidade do ato final, caso em que o parecer se torna impositivo para a Administração. [...]

A partir do trecho transcrito percebe-se há severa distinção entre os conceitos de obrigatoriedade/faculdade e vinculativo/opinativo. O primeiro signo diz respeito à necessidade de determinada matéria ser submetida à apreciação de órgão técnico para que este elabore seu parecer, sob pena de conferir a nulidade do ato, ao passo que o último diz respeito à oponibilidade do conteúdo da peça às demais entidades.

A Carta Magna impõe a necessidade de manifestação do Tribunal de Contas por meio do parecer prévio, tanto em âmbito federal (art. 71, I) quanto nas demais unidades federativas (art. 75 e art. 31, §2º), portanto não é controvertida a obrigatoriedade desta peça.

O caráter vinculativo, por sua vez, é ponto de divergências doutrinárias. Contudo, o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 729744/MG⁷⁷ - Tema de Repercussão Geral 157 -, sob relatoria do Ministro Gilmar Mendes, assentou o posicionamento de que parecer técnico elaborado pelo Tribunal de Contas tem natureza meramente opinativa, competindo exclusivamente à Câmara de Vereadores o julgamento das contas anuais do Chefe do Poder Executivo local.

Apesar disto, não é de se descartar a perspectiva de que o parecer prévio possui algum grau de vinculação quando trata-se das contas municipais. Isto decorre da inteligência do art. 31, §2º da CF/88, o qual impõe que o parecer exarado pela Corte de Contas apenas deixará de prevalecer com a aprovação de dois terços da Casa. José Afonso da Silva⁷⁸ comenta:

[...] não tem apenas o valor de uma opinião que pode ser aceita ou não - o parecer do Ministério Público. Não é, pois, um parecer no sentido técnico de opinião abalizada, mas não-impositiva. Ao contrário, ele vale e tem a eficácia de uma decisão impositiva. Sua eficácia pode, porém, ser desfeita se dois terços dos membros da Câmara Municipal votarem contra ele. Só assim não prevalecerá.

Ora, o constituinte originário optou por conferir um dos quóruns mais qualificados dispostos na Carta Magna para que seja afastado o parecer da unidade

77 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário Nº 729.744 - MG**. Recorrente: Ministério Público Eleitoral. Recorrido: Jordão Viana Teixeira. R.P./Acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Brasília (DF), 17 de agosto de 2016 (Data do Julgamento). Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13413353>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

78 SILVA, José Afonso. Apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário Nº 848.826 - DF**. Recorrente: José Rocha Neto. Recorrido: Ministério Público Eleitoral. R.P./Acórdão: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília (DF), 10 de agosto de 2016 (Data do Julgamento). Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13432838>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

técnica, o que, de certo modo, imputa parcela de vinculação ao conteúdo do parecer. No entanto, por poder ser distanciado, reveste-se desta roupagem opinativa. Ao menos é o entendimento do Ministro Gilmar Mendes⁷⁹ no julgamento do Tema 157:

[...] Ressalto que a expressão "só deixará de prevalecer", constante do § 2º do citado artigo, deve ser interpretada de forma sistêmica, de modo a se referir à necessidade de quórum qualificado para rejeição do parecer emitido pela corte de contas que, como já amplamente demonstrado, é órgão auxiliar do Poder Legislativo na análise das contas do Chefe do Executivo.

Sempre oportuno salientar que o Tribunal de Contas não é "mero" auxiliar. Possui inestimável valor⁸⁰ nos processos de contas em razão da sua tecnicidade. Ainda, é importante esclarecer que não existe hierarquia entre a Corte de Contas e as Casas Legislativas, tendo em vista que são atribuições distintas. Para fundamentar, Heleno Taveira Torres⁸¹ leciona que:

[...] Não é correto supor que seja, o Tribunal de Contas, um órgão meramente ancilar, preposto ou secundário do Congresso Nacional, no exercício do controle externo, o que se faz a partir de interpretação literal do texto constitucional do art. 71, ao dizer que o controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União.

Feitas estas considerações preliminares acerca do processo de contas e da natureza do parecer prévio, passa-se ao seu conteúdo. A finalidade do parecer é informar o Legislativo sobre a harmonia entre os programas previstos nas leis orçamentárias e seu cumprimento no que tange à legalidade, legitimidade, economicidade e alcance das metas estabelecidas. Ademais, cumpre ao Tribunal de Contas traduzir o equilíbrio fiscal - em especial no que concerne ao cumprimento dos preceitos da Lei de Responsabilidade Fiscal - e o reflexo da gestão para o desenvolvimento econômico e social da educação, saúde, emprego, segurança, infraestrutura, meio-ambiente e assistência social.

Compulsando-se a fundamentação sobre os papéis do Tribunal de Contas e do Legislativo, a natureza jurídica do parecer prévio, e o escopo de avaliação das contas, conclui-se que a Câmara Municipal não pode inserir fatos não abarcados pelo parecer prévio no julgamento das contas do prefeito.

Ora, por mais que a competência para o julgamento da contabilidade seja incumbida ao Legislativo local, é imperioso observar que o parecer é elemento essencial para fundar tal julgamento. E, quaisquer atos/fatos que influam na

79 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário Nº 729.744 – MG**. Recorrente: Ministério Público Eleitoral. Recorrido: Jordão Viana Teixeira. R.P./Acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Brasília (DF), 17 de agosto de 2016 (Data do Julgamento). Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13413353>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

80 Sobre o assunto, Ministro Luís Roberto Barroso (Relator): "Observe-se, portanto, que embora o Tribunal de Contas não tenha a última palavra sobre as contas de governo, sua participação é fundamental tanto para legitimar o julgamento feito pela Casa Legislativa como para instruí-la". BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário Nº 848.826 – DF**. Recorrente: José Rocha Neto. Recorrido: Ministério Público Eleitoral. R.P./Acórdão: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília (DF), 10 de agosto de 2016 (Data do Julgamento). Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13432838>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

81 TORRES, Heleno Taveira. **Direito Constitucional Financeiro**: teoria da constituição financeira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. E-book.

regularidade ou irregularidade das contas devem ser submetidos ao crivo dessa Corte, sob pena de inconstitucionalidade, vez que atentaria à obrigatoriedade da emissão do parecer técnico.

(iii). *Desafio de ordem procedimental*

Por fim, como reforço argumentativo de ordem procedimental, cumpre sublinhar que para a formação do parecer prévio, há a garantia da ampla defesa e do contraditório ao gestor, para que preste informações. Com vista a isso, convém utilizar-se das técnicas de interpretação e integração do direito para aproximar o caso à máxima da proibição da supressão de instância empregada no processo civil. Leciona Barbosa Moreira que “é inadmissível que o órgão superior se pronuncie sobre o *meritum causae* sem antes o tenha feito o juízo inferior”⁸².

Embora não se cuide de matéria regida pelo processo civil, ou amparada por um duplo grau de jurisdição – afinal, vale lembrar que não existe hierarquia entre a Câmara Municipal e o Tribunal de Contas, nem que se trata de recurso – importa destacar que o espírito desta vedação à supressão de instância está intimamente conectado à garantia da ampla defesa e do contraditório, assim como ensina Cândido Rangel Dinamarco⁸³. A partir de uma interpretação analógica, com vistas à doutrina de Limongi França⁸⁴, desprezar a referida máxima significa relativizar a ampla defesa e o contraditório, lógica que pode ser aplicada ao caso em tela.

Resta, portanto, clara a impossibilidade de inserção, pelo Legislativo, de assuntos supervenientes ao julgamento de contas do Chefe do Executivo. Frente a essa hipótese, o Parlamento deverá informar ao Tribunal de Contas, mediante representação ou peça cabível, todos os fatos que ensejam a revisão do acordão que apreciou as contas.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo pretendeu discutir e oferecer uma resposta a uma questão bastante objetiva: após a emissão do parecer prévio pelo Tribunal de Contas, o Poder Legislativo pode inserir situações supervenientes no julgamento das contas de governo? A boa hermenêutica nos induz a afirmar que não. Para tanto, tomou-se algumas premissas.

1. O poder, enquanto energia, tende a expandir-se. Da mesma maneira ocorre com os Poderes Constituídos do Estado, fazendo-se necessária a instituição de um sistema de freios e contrapesos que limite e controle a dilatação excessiva da atuação. Nesse sentido, a *accountability* vertical e horizontal constitui técnica essencial à contenção dessa energia e garante a atenção ao interesse público, seja por meio da pressão popular nas eleições, seja através da dinâmica fiscalização entre os órgãos do Estado.

82 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil** - 8ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. Página 441.

83 DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Nova Era do Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 2003. Páginas 154 a 157.

84 FRANÇA, Antônio de S. Limongi. **Hermenêutica jurídica**. 13ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. E-book.

2. A fiscalização exercida sobre as contas públicas fica a cargo do Poder Legislativo, mediante o auxílio dos Tribunais de Contas. Aquele é, portanto, competente, não titular de direito subjetivo, o que implica dizer que a função pública é limitada. Não lhe é permitido dispor da apreciação do órgão técnico, até porque a racionalidade constitucional conduz à descentralização do poder, oportunizando mais vias de controle.

3. A Corte de Contas passou a avaliar, a partir da CF/88, o desempenho eficiente dos gestores, considerando o projeto político, o atingimento dos seus fins, a economicidade dos atos e a finalidade pública. Deste modo, o parecer prévio é mais que mera peça instrutiva em um processo; é a consubstanciação do desempenho de um papel técnico, independente e, por vezes, contramajoritário.

Essas considerações sublinham a importância do diálogo institucional, enfraquecido por técnicas subversivas da má política, e a indispensável participação do Tribunal de Contas na era democrática. Desse modo, pode-se responder ao personagem de Eça de Queiroz que pergunta “Que diabo se faz no tribunal de contas?”: se defende a democracia e a efetividade das ações do Estado.

REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Cristhian Carla Bueno de. **A influência política da governabilidade no julgamento de contas municipais no Estado do Paraná**: possíveis consequências para o desenvolvimento local. Dissertação (Mestrado) – Universidade Tecnológica Federal do Paraná. Programa de Pós-graduação em Planejamento e Governança Pública. Curitiba, 2014. Página 85. Disponível em: <https://repositorio.utfpr.edu.br/jspui/bitstream/1/1001/1/CT_PPGPGP_M_%20Albuquerque%2C%20Cristhian%20Carla%20Bueno%20de_2014.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2021.
- ALVES, Camila Cristina da Silva. **Influência do lobby político na apreciação das contas de governos municipais pelo Tribunal de Contas**: uma análise no estado de Santa Catarina. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro Sócio-Econômico, Programa de Pós-Graduação em Contabilidade, Florianópolis, 2020. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/219417>>. Acesso em: 01 mar. 2021.
- ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ministrocrazia: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. **Novos estud. CEBRAP**, São Paulo, v. 37, n. 1, pág. 13-32, abril de 2018. Disponível em: <<https://doi.org/10.25091/s01013300201800010003>>. Acesso em: 15 mar. 2021.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil** - 8ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo**. 10 ed. Brasília: UnB, 2001.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Vol. 2. – 13 Ed. Trad. Carmen C, Varriale *et al.* Coord. Trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacaís. Brasília: UnB, 2010.
- _____. **Dicionário de política**. Vol. 1. – 13 Ed. Trad. Carmen C, Varriale *et al.* Coord. Trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacaís. Brasília: UnB, 2010.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política** – 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 5 de out; de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 mar. 2021.

_____. **Lei nº 64/1990, de 18 de maio de 1990.** Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. Brasília, 18 mai. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm>. Acesso em: 15 mar. 2021.

_____. Superior Tribunal De Justiça. **Recurso Ordinário m MS Nº 11.060 - GO (1999/0069194-6).** Recorrente: João Batista Peres. Recorrido: Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás - TCE/GO. R.P/Acórdão: Ministro Paulo Medina. Brasília (DF), 25 de junho de 2002 (Data do Julgamento). Disponível e m : <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=483550 &num_registro=199900691946&data=20020916&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 15 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário Nº 729.744 - MG.** Recorrente: Ministério Público Eleitoral. Recorrido: Jordão Viana Teixeira. R.P/Acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Brasília (DF), 17 de agosto de 2016 (Data do Julgamento). Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13413353>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário Nº 848.826 - DF.** Recorrente: José Rocha Neto. Recorrido: Ministério Público Eleitoral. R.P/Acórdão: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília (DF), 10 de agosto de 2016 (Data do Julgamento). Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13432838>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição** – 7 ed. Coimbra: Edições Coimbra, 2000.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho.** – 23 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

COUTINHO, Doris T. P. C. de Miranda. A retomada do diálogo institucional no controle sobre as contas de governo. *In:* LIMA, Edilberto Carlos Pontes (Coord.). **Tribunal de Contas do século XXI.** Belo Horizonte: Fórum, 2020. p 79 – 99. (Coleção Fórum IRB, v. 3).

CUNHA, Milene Dias da. Os pareceres prévios emitidos pelos tribunais de contas nas contas de governo: ampliando seu significado como instrumento da qualidade democrática. *In:* LIMA, Edilberto Carlos Pontes (Coord.). **Tribunal de Contas do século XXI.** Belo Horizonte: Fórum, 2020.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado** – 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Nova Era do Processo Civil.** São Paulo: Malheiros, 2003.

EÇA DE QUEIROZ. **Os maias.** 1 ed. Porto: Livraria Internacional de Ernesto Chardron, 1888. 2v. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bv000083.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

FARIA, José Eduardo. **Poder e legitimidade: uma introdução à política do direito.** São Paulo: Perspectiva, 1978.

FARIA, José Henrique de; MENEGHETTI, Francis Kanashiro. Burocracia como organização, poder e controle. **Revista de administração de empresas,** São Paulo, v. 51, n. 5, p. 424-439, Oct. 2011. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0034-75902011000500002>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

FRANÇA, Antônio de S. Limongi. **Hermenêutica jurídica.** 13º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. *E-book.*

HAMILTON, Alexander. **O Federalista, por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay** – Tradução Heitor de Almeida Herrera. Brasília: UnB, 1984.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Tribunais de Contas no Brasil: jurisdição e competência** – 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

KANAYAMA, Rodrigo Luís. **Limites às restrições aos direitos fundamentais na atividade de investigação do Poder Legislativo.** 218 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2007.

KOPS, Guido J. Os ordenadores da despesa pública e a apuração de sua responsabilidade. **Revista de Direito Administrativo,** Rio de Janeiro, 1963. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/24166/22941>>. Acesso em: 01/10/2019.

LIMA, Luiz Henrique. **Controle externo: teoria e jurisprudência para os Tribunais de Contas.** 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional** – 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Poder, organização política e Constituição: as relações de poder em evolução e seu controle. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). **Direito e poder: nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos**. Barueri: Manole, 2005.
- _____. **Teoria do poder** (Sistema de direito político: estudo juspolítico do poder). Parte I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- MOUNK, Yascha. **O povo contra a democracia**: por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la. Tradução: Cássio de Arantes Leite e Débora Landsberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.
- O'DONNELL, Guillermo. Accountability horizontal e novas poliarquias. **Lua Nova**, São Paulo, n. 44, p. 27-54, 1998. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0102-64451998000200003>>. Acesso em: 15 mar. 2021.
- OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. *E-book*.
- PARANÁ. Tribunal de Contas do Estado do Paraná – TCE/PR. Acórdão n. 1482/20 – Tribunal Pleno. **Consulta. Câmara Municipal de Alto Paraná. Julgamento das contas do Prefeito Municipal. Inserção pelo Poder Legislativo de novas situações não abrangidas pelo Parecer Prévio do TCE. Pelo conhecimento e resposta nos termos do Voto**. Relator: Cons. Ivens Zschoerper Linhares. Disponível em: <<https://www1.tce.pr.gov.br/multimedia/2020/7/pdf/00349724.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2021.
- PLATÃO. **A república** – tradução e adaptação de Marcelo Perine. São Paulo: Scipione, 2001.
- RIBEIRO, Diógenes V. Hassan. **A revisão do princípio da separação de poderes**: por uma teoria da comunicação. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2016.
- ROBL FILHO, Ilton Norberto. **Conselho Nacional de Justiça**: estado democrático de direito e accountability. São Paulo: Saraiva, 2013.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- ROCHA, Diones Gomes da. **Os Tribunais de Contas brasileiros na era da democracia**: transparentes, participativos ou insulados? – 1 ed. Curitiba: Appris, 2019.
- SALDANHA, Nélon. **Separação de poderes** – Vol. 2. Poder Legislativo. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional: Fundação Petronio Portella, 1981.
- SCHEPPELE, Kim Lane. Autocratic Legalism. **The University of Chicago Law Review**. Vol. 85, n. 2, 2018. Página 556. Disponível em: <<https://lawreview.uchicago.edu/publication/autocratic-legalism>>. Acesso em: 01 mar. 2021.
- SILVA, André Garcia Xerez. **Tribunais de contas e inelegibilidade**: limites da jurisdição eleitoral. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2015.
- SIMÕES, Edson. **Tribunais de contas**: controle externo das contas públicas. São Paulo: Saraiva, 2014.
- SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para Céticos** – 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- _____. **Fundamentos de direito público**. São Paulo: Malheiros, 1992. Página 104.
- TORRES, Heleno Taveira. **Direito Constitucional Financeiro: teoria da constituição financeira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. *E-book*.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes**: da transição democrática ao mal-estar constitucional. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

orientações para envio de artigos

O Conselho Editorial da Revista do Ministério Público de Contas do Estado do Paraná (MPC/PR) convida servidores, pesquisadores, docentes e estudantes de pós-graduação, mestrado e doutorado, a apresentarem artigos para publicação.

A linha editorial da Revista é centrada no Controle Externo da Administração Pública, admitindo-se à publicação artigos alinhados às seguintes disciplinas: direito administrativo, direito constitucional, direito financeiro, direito econômico, políticas públicas, planejamento.

Os artigos serão submetidos à dupla revisão cega por pares (*double blind peer review*), de modo que a publicação estará condicionada à aprovação pelos avaliadores.

Os artigos deverão ser submetidos diretamente no site da Revista (<https://revista.mpc.pr.gov.br/>), no campo “Enviar Submissão”. Para tanto, basta fazer simples cadastro no site e seguir as etapas que serão indicadas.

As “Diretrizes para Autores” podem ser acessadas na página: <https://revista.mpc.pr.gov.br/index.php/RMPCPR/information/authors>.

Destacam-se, de antemão, as seguintes orientações:

- O texto deve possuir preferencialmente entre 15 e 30 páginas (tamanho A4 - 21 cm × 29,7 cm), compreendendo a introdução, desenvolvimento, conclusão (não necessariamente com esses títulos) e uma lista de referências bibliográficas; as margens utilizadas são: esquerda e superior de 3 cm e direita e inferior de 2 cm; no corpo do texto deve ser utilizada Fonte Times New Roman, tamanho 12, espaçamento entre linhas de 1,5, e espaçamento de 0 pt antes e depois dos parágrafos; nas notas de rodapé deve-se utilizar Fonte Times New Roman, tamanho 10, espaçamento simples entre linhas; no desenvolvimento do texto, os parágrafos devem conter recuo de 1,5 cm em relação à margem esquerda; títulos e subtítulos estão alinhados à margem esquerda, sem recuo; as figuras e tabelas estão inseridas no texto, não no final do documento na forma de anexos;
- As citações deverão seguir o sistema numérico (em notas de rodapé). Os artigos devem vir acompanhados de título em português e inglês, resumo e abstract, palavras-chave e Keywords, amoldando-se, também, ao estabelecido nas normas da ABNT referentes à apresentação de artigos em publicações periódicas.

