

EDIÇÃO 14 OUT/2022 - NOV/2022
ISSN 2675-9403



TJPR

GRALHA AZUL

PERIÓDICO CIENTÍFICO DA EJUD/PR



EJUD-PR
ESCOLA JUDICIAL DO PARANÁ





GRALHAZUL

PERIÓDICO CIENTÍFICO DA EJUD/PR

2022/Curitiba

Editor-Chefe

José Laurindo de Souza Netto

Conselho Editorial

Desembargador Mário Luiz Ramidoff

Desembargador José Sebastião Fagundes Cunha

Desembargador Luiz Osório Moraes Panza

Desembargador Jorge de Oliveira Vargas

Desembargador Octávio Campos Fischer

Desembargadora Priscilla Placha Sá

Desembargador Ramon de Medeiros Nogueira

Desembargador Roberto Portugal Bacellar

Juiz de Direito em 2º Grau Anderson Ricardo Fogaça

Juiz de Direito em 2º Grau Ruy Alves Henriques Filho

Juiz de Direito André Carias de Araujo

Coordenação

Adriane Garcel

Supervisão Editorial

Karen Paiva Hippertt

Gustavo Calixto Guilherme

Revisão

Letícia de Andrade Porto

Flávia Jeane Ferrari

Editoração e Layout

Lucas Ashikaga Bernini

Luiz Fernando Patitucci

Revista Galha Azul: Periódico Científico da Escola Judicial do Paraná - EJUD/ Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – TJPR, e. 14. v.1, n. 14, Curitiba, out-2022/nov-2022.

Bimestral

ISSN 2675-9403

Disponível em: www.tjpr.jus.br/revista-gralha-azul

1. Direito – Periódico. 2. Tribunal de Justiça – Paraná.

CDU: 340

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra sem a devida citação.

As ideias e opiniões expostas nos artigos são de responsabilidade exclusiva dos autores e podem não refletir a opinião do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.



Já dizia Monteiro Lobato que “uma nação se faz com homens e livros”. No simbolismo das palavras do grande escritor, devemos retirar a ideia de que a leitura, além de ser um hábito saudável, também nos permite compreender sobre a construção de uma identidade social a ser produzida por todos nós e, principalmente, concretizar o desenvolvimento de um país.

Ao trazermos mais uma edição da Revista Galha Azul, o que queremos é a produção de conhecimento, cujos artigos minuciosamente escritos pelos nossos doutrinadores vão nos permitir ultrapassar e ampliar o horizonte do saber.

Ao transitarmos pelas diversas áreas do Direito, o leitor terá acesso aos mais variados assuntos, desde a argumentação jurídica até o detalhamento de temas contemporâneos, como *Fake News*, ativismo judicial, cooperação processual, deveres antilavagem, entre outros.

Esse caleidoscópio de informações agregará ao leitor uma plataforma de cultura, abrindo-nos o campo cognitivo e permitindo um maior poder de crítica.

Somente estaremos preparados para o debate, além da troca de informações, se acrescentarmos o saber, na sua mais pura concepção, como uma ferramenta de crescimento interior.

O ser humano é ávido, entre outras coisas, por compreensão.

Assim, compreender o mundo e suas vicissitudes nos prepara para o amanhã, sabedor de que o conhecimento liberta.

EDITORIAL

É nosso dever transformar o mundo através desse conhecimento que nos é dado por obra daqueles que têm a missão de bem ensinar.

A leitura dos presentes artigos é uma contribuição para a nossa educação e a Revista Gralha Azul muito se orgulha em contribuir com essa nobre arte.

Usemos a educação não para mudar o mundo, mas sim as pessoas. Que sejamos melhor naquilo que somos e fazemos.

O educador Paulo Freire afirma que "Educação não transforma o mundo. Educação muda as pessoas. Pessoas transformam o mundo."

Boa leitura e que transformemos o mundo para algo melhor, deixando uma herança de ética e cultura.

Luiz Osório Moraes Panza
Desembargador
Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Paraná
Membro do Conselho Editorial

SUMÁRIO

EDITORIAL	4
Luiz Osório Moraes Panza	
AS 4 GERAÇÕES DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA: DO CONTEXTO DE JUSTIFICAÇÃO AO DA DESCOBERTA	9
Tiago Gagliano Alberto	
LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA E MODELOS DECISÓRIOS: REFLEXÕES SOBRE UMA PROPOSTA DE ANTEPROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO CONSTITUCIONAL	21
Carolina Fontes Vieira, Ricardo Rachid de Oliveira	
A DEFICIÊNCIA PESSOAL E A RESOLUÇÃO CNJ Nº 343 DE 2020	31
Mauro Bley Pereira Junior	
FAKE NEWS – BREVE ESTUDO E COMBATE	37
Mauro Bley Pereira Junior	
COMENTÁRIOS À AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N.º 4.870/ES	46
Felipe Cazuo Azuma, José Laurindo de Souza Neto	
OS “TAILLEURS” DO PODER JUDICIÁRIO – UM QUESTÃO DE IGUALDADE	53
Adriane Garcel, Eduardo Milléo Baracat	
EXPANDIR OS HORIZONTES DAS CORTES É POSSÍVEL?	65
A abertura ao ativismo judicial transnacional e ao <i>judicial borrowing</i> a partir da disputa Interpretativa sobre a Lei de Anistia travada entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos	
José Sebastião Fagundes Cunha, Gustavo Rabay Guerra	
O ÂMBITO NORMATIVO DA COOPERAÇÃO PROCESSUAL NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO	75
Leonardo Peteno Magnusson, Anderson Ricardo Fogaça, José Laurindo de Souza Netto	
DEVERES ANTILAVAGEM DE DINHEIRO E O INTERCÂMBIO DE INFORMAÇÕES ENTRE SUJEITOS OBRIGADOS, UNIDADE DE INTELIGÊNCIA FINANCEIRA E ÓRGÃOS DA PERSECUÇÃO PENAL: SUPERVISÃO PREVENTIVA OU INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR?	87
Augusto Cesar Piaskoski, José Laurindo de Souza Netto	

ARTIGOS

AS 4 GERAÇÕES DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA: DO CONTEXTO DE JUSTIFICAÇÃO AO DA DESCOBERTA

THE 4 GENERATIONS OF LEGAL ARGUMENTATION THEORY: FROM THE CONTEXT OF JUSTIFICATION TO THAT OF DISCOVERY



Tiago Gagliano Pinto Alberto ¹

O presente artigo tem o objetivo de demonstrar a existência de 4 gerações da teoria da argumentação jurídica, tendo a racionalidade como objetivo a ser buscado em cada etapa de desenvolvimento da teoria. A primeira geração observou a questão da abstração do Direito resultante da adoção da centralidade dos Direitos Humanos. A segunda geração teve como objetivo central a criação e desenvolvimento de modelos argumentativos capazes de servir como caminho decisório racional a ser trilhado pelos juízes. A terceira geração teve como foco a reabilitação do Direito ao ambiente pragmático, ao passo que a quarta geração desenvolveu modelos decisórios no campo das ciências cognitivas, sendo, ao final, incorporada pelo Direito. O artigo utiliza metodologia exploratória, com amparo em fontes bibliográficas nacionais e estrangeiras.

Palavras-Chaves: Argumentação jurídica; Racionalidade; Decisão judicial.

¹ Pós-Doutor em Direito pela Universidad de León/ES; Pós-Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR); Pós-Doutor em Psicologia Cognitiva pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Pós-doutorando em Ontologia e Epistemologia pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Juiz de Direito titular da Quarta Turma Recursal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Instrutor da ENFAM - Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. Professor em cursos de graduação e pós-graduação. E-mail: tiagogagliano@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6162329963599583>.

This article aims to demonstrate the existence of 4 generations of the theory of legal argumentation, with rationality as the objective to be pursued at each stage of the theory's development. The first generation looked at the issue of abstraction of law resulting from the adoption of the centrality of human rights. The second generation had as its central objective the creation and development of argumentative models capable of serving as a rational decision-making path to be followed by judges. The third generation focused on the rehabilitation of Law to the pragmatic environment, while the fourth generation developed decision-making models in the field of cognitive sciences, being, in the end, incorporated by Law. The article uses an exploratory methodology, supported by national and foreign bibliographic sources.

Keywords: Legal argumentation; Rationality; Judicial decision.

INTRODUÇÃO

A importância da teoria da argumentação jurídica para obtenção da racionalidade no campo decisório é, atualmente, inquestionável. Com efeito, a parcela do poder estatal atribuída constitucionalmente ao Poder Judiciário deve ser exercida sem subjetivismos não controlados, preferências pessoais, ou qualquer outra forma de manifestação irracional que retire dos operadores do Direito e da sociedade em geral a possibilidade de compreensão da leitura do Direito vigente a partir da decisão jurisdicional.

Entretanto, nem sempre foi assim. A colonização ideológica do Direito foi, em diversos momentos da história, uma realidade observada; e, em grande medida, o remédio para esse mal gerava efeitos tão nocivos quanto o problema em si. A abstração axiológica resultante da porosidade normativa existente na técnica decisória principiológica logo deixou claro que se, em primeiro momento, tal viabilizava a proteção de categoria valorativa tida como imprescindível para a existência e funcionamento do Estado (os direitos humanos), de outra banda também dificultava em muito o controle dos atos decisórios.

Eis o quadro que resultou no nascimento e desenvolvimento da teoria da argumentação jurídica, em recorte no ambiente da decisão judicial.

Nesse artigo, serão exploradas as quatro gerações resultantes do desenvolvimento desse apanágio teórico, em ordem a demonstrar como a racionalidade no provimento decisório foi, aos poucos, sendo tratada. Algumas observações preliminares, contudo, revelam-se necessárias.

Em primeiro lugar, os autores mencionados terão o condão apenas de ilustrar a etapa teórica evolutiva, de modo que as suas correspondentes teorias não serão abordadas de maneira exaustiva e somente serão destacados os elementos teóricos necessários ao desenvolvimento do ponto afeto ao quadrante em que se encontram. Da mesma forma, a alusão a determinados autores não afasta a inserção de outros no mesmo estágio, sendo certo que, em função dos limites de paginação, nem todos poderão ser citados.

Ademais, a semântica da palavra gerações não implica, no presente trabalho, qualquer adjetivação de uma fase à outra e tampouco evolução dos momentos teóricos. Apenas se optou por essa expressão visando separar um quadro de outro.

Por fim, o artigo se revela descritivo, resultando a parte propositiva na ideia da existência de gerações, dos problemas e correspondentes soluções observadas em cada etapa do desenvolvimento teórico.

1 A PRIMEIRA GERAÇÃO: DO PÓS-POSITIVISMO À RACIONALIDADE ARGUMENTATIVA

Acaso possível estabelecer uma época de nascimento para o pós-positivismo, ou ao menos para o ideário axiológico que resultou no nascimento e desenvolvimento desta importante corrente de pensamento jurídico seria, com toda certeza, o pós-segunda guerra mundial; e, ainda nesta mesma ordem de ideias, se viável fosse considerar alguém como pai fundador desta corrente, também com muita segurança teria sido Gustav Radbruch, que, a partir da teoria da injustiça extrema, ultimou por introduzir viés deontológico-crítico no exame não apenas dos casos postos à análise pelos operadores, mas da própria categorização do Direito enquanto ciência valorativa e do Estado como ente institucional e valorativamente legitimado.

A teoria da injustiça extrema é baseada em três pilares, de observância cumulativa. O primeiro postula que o Direito vigente deve ser seguido, já que se trata da ordem estatal legitimamente constituída; o segundo determina que o Direito vigente injusto deve igualmente ser seguido, na medida em que o caráter de justiça haurido da norma não deve estar aberto à interpretação dos aplicadores; e, no terceiro – e aqui reside a inovação para a época –, o Direito injusto não deve ser seguido (RADBRUCH, 1980, p. 37). Isso porque, ao ser considerado extremamente injusto, o Direito deixa de ter a vinculação axiológica que o qualifica enquanto veículo estatal legítimo de sub-rogação de vontades.

A proposta de Radbruch pretendia corrigir as distorções da ideologização do Direito que foram, em parte, responsáveis pelos horrores verificados pelo regime nacional-socialista da Alemanha Hitleriana (RÜTHERS, 2016). Ao reclamar a existência de valores inerentes ao Direito que fossem capazes de qualificá-lo como extremamente injusto, o que o Autor postulou, em realidade, foi a existência de uma ordem valorativa que servisse de base para a própria confecção da ordem jurídica estatuída, capaz de qualificá-la como de observância cogente.

Isso era muito para o momento. Vale recordar que a defesa dos acusados em Nuremberg partia do pressuposto da existência de uma ordem formal a ser obedecida sem qualquer espaço de valoração¹. A proposta de Radbruch retira o participante na tomada de decisão da observância cega ao estatuto normativo, inserindo-o em um contexto de valoração da ordem posta, animando-o a empreender juízo de contraste entre o direito posto e toda a carga de valores que o legitima. Sob o ponto de vista da teoria da norma jurídica, a teoria da injustiça extrema atribui definitiva

¹ Essa ordem de ideais inclusive fomentou a equivocada tese de que o positivismo jurídico teria sido o responsável pelas atrocidades cometidas pelos regimes nazistas e fascistas.

força normativa aos princípios enquanto recipientes de valores, relegando as regras a uma função subserviente, secundária e passível de derrota. Se, para o positivismo jurídico, a formulação “Se F, então deve-ser P”, própria da regra, traduzia estabilidade e segurança –, na medida em que previa, ao mesmo tempo, elemento descritor (o fato bruto) e prescritor (o direito), interligando-os por modais deônticos capazes de estabelecer o (i) permitido, o (ii) obrigatório e (iii) o proibido –, a sistemática principiológica alterou essa formulação, passando a admitir o “deve-ser P” como sugestão principiológica apta a receber carga normativa se e na medida em que compatível com os valores de fundo sustentados pelo Direito – e que, em tese, deveriam ser universalizados nas ordens jurídicas nacional e internacional.

Em que pese inicialmente protetora de direitos, a consequência negativa da aplicação da prefalada teoria foi observada já na primeira década do pós-guerra, ou seja, em 1950. Se a inserção de valores no ambiente do Direito poderia salvar a ordem jurídica de uma aplicação formalista e, como resultado, vedar que atrocidades fossem cometidas em nome da lei, paradoxalmente também padecia do mesmo mal que pretendia evitar: a ideologização do Direito. É que, defenestrando-se o “Se F”, ou seja, o elemento descritor da formulação da norma, e permitindo que apenas o elemento prescritor (o deve-ser P) assumisse força normativa, estaria de igual sorte afastada a necessidade de apego à facticidade para determinação da cogência emanada da ordem jurídica. Dito de outra forma: quem estabelecer os valores-base do sistema estabelecerá, igualmente, o caráter compulsório da norma, tendo em suas mãos a força vinculante do Direito.

Como, após a Segunda Guerra, o Poder Executivo acabou enfraquecido em função da queda dos regimes nacional-socialista e fascista, e, nessa época, até mesmo em função do pós-positivismo como manancial e teoria de base para a virada constitucional em muitos países, as Cartas constitucionais passaram a receber densidade normativa mais patente, deixando a feição de intenção política para trás, o Poder Judiciário passou a assumir o protagonismo na defesa de Direitos. O juízo de contraste interligando fatos, regras, princípios e valores fundamentais se tornou cada vez mais candente e frequente no âmbito das Cortes, ao ponto em que princípios foram derrotando mais e mais regras, ainda que nos âmbitos mais restritos e cerrados da interpretação jurídica (PÉREZ DE LA FUENTE, 2011).

Precisamente por esse fenômeno a primeira geração da teoria da argumentação jurídica surgiu.

A racionalidade argumentativa, traduzida a partir do contexto de justificação, demanda a meta fundamentação como forma de afastar individualismos e decisões ad hoc. Isso quer dizer que a argumentação

decisória deve ser lançada de maneira que possa ser contrastada em sua completude tanto pelos operadores do Direito, como pelos destinatários da função jurisdicional. Se um juiz, por exemplo, lança mão de um princípio como o da dignidade da pessoa humana para resolver um conflito e não o define ou delimita, escandindo a sua aplicação precisa ao caso, a decisão se converte em uma mera doxa argumentativa sem balizamento normativo; ou seja, uma opinião do juiz acerca do caso que, em função do seu cargo como magistrado, deverá prevalecer. Essa decisão pode ser formal e processualmente viável, mas não o será sob o ponto de vista argumentativo, eis que declinará da observância de diversos princípios que qualificam o jurisdicionado como integrante do quadro geral das condições de fala em um regime democrático, não permitindo que participe sequer na inteligibilidade do provimento decisório que o afeta. Haverá, portanto, déficit de legitimidade argumentativa nesse caso.

Entretanto, o reclamo pós-positivista permitia esse tipo de abordagem decisória, uma vez que abria livremente ao decisor a possibilidade de aferição da observância dos valores fundamentais sobre os quais repousava a ordem jurídica, não demandando, em contrapartida, qualquer racionalização do produto final (a decisão). Era preciso encontrar algum meio apto a conglobar tanto a função valorativa oriunda do juízo de contraste dos fatos, regras e princípios com os valores fundantes do sistema, como a legitimidade argumentativa apta a evitar particularidades e relativismos na compreensão da normatividade.

Theodor Viehweg objetivou alcançar esse intento, dando azo à sistematização da primeira geração da teoria da argumentação jurídica, inserindo-a em uma fase de racionalização das decisões judiciais. Editada em 1953 e baseada nas ideias de Edward Levi, para quem as leis devem seguir o raciocínio caso-a-caso, a obra “Tópica e Jurisprudência”, de Viehweg, retomou a distinção Aristotélica entre (i) raciocínio apodítico (*apodeiktikós*), em que a verdade se revela inquestionável e a argumentação é qualificada com acentuado grau de fechamento, de sorte a não restar qualquer dúvida quanto à verdade dos argumentos; e (ii) raciocínio dialético, que, aberto às discussões e debates, acaba por viabiliza e fomentar a análise pontual de controvérsias (VIEHWEG, 1979).

A metodologia sugerida por Viehweg para a solução judicial de conflitos passava por estabelecer um ponto inicial de análise, a partir do qual o pensamento aporético (problemático, ou seja, lastreado no problema e não na norma) seria invocado a figurar como centro de investigação. A norma não seria, para ele, o ponto inicial de análise a partir do qual e, aparelhada com juízo dedutivo, lograsse incidência ao caso concreto. Ao contrário, o caso concreto orientaria a construção (e não a incidência) da solução normativa para a espécie. A tônica é invertida e não é a norma que

gera a solução, mas o caso concreto que, pensado e resolvido, viabilizará a elaboração de uma regra.

Na metodologia proposta, uma vez constatada a problemática, abre-se a necessidade de encontrar a solução justa, o que se fará por meio de argumentação persuasiva, procurando o tomador de decisão obter convencimento quanto a melhor resposta ao caso a partir de hipóteses já consideradas e convertidas em topois (VIEHWEG, 1979, p. 23-32).

Uma vez definido o topoi, este seria aplicado aos futuros casos problemáticos, gerando descarga argumentativa por parte do tomador de decisão, que já não se veria na condição e necessidade de novamente analisar a problemática e rumar no sentido da produção de um enunciado conclusivo.

Viehweg ainda sugeria, a respeito dos topois formados e doravante aplicados a novos casos, que poderiam ser de duas naturezas: (i) de primeira ordem (ou grau), quando contassem com alto grau de generalização, aplicáveis indistintamente a conflitos de diversas naturezas (como, por exemplo, *neminem laedere, nemo potest venire contra factum proprium* etc) e (ii) de segunda ordem (ou grau), quando mais especificamente relacionado com um ramo jurídico de atuação (*nullo crimen nulla paena sine lege*, a lei não retroagirá, salvo para beneficiar o réu etc).

Com a virada na ordem de análise, de problemas para topois; e, a partir da formação de um catálogo de lugares-comuns a partir dos quais novos problemas poderiam ser resolvidos, o Autor logrou uma primeira tentativa de distorcer a excessiva abstração, que poderia resultar em particularidade – da tomada de decisão com esteio na principiologia. A metodologia aporética evitava, já em uma primeira análise, o recurso a um princípio que desnaturasse o silogismo (convertendo-o em entimema) e, uma vez definido o topoi, este seria indistintamente aplicado a novos casos, inserindo o decisor em um quadro de contraste fato-direito previamente definido.

Outras abordagens, ainda na mesma década, vieram à luz, também com o objetivo de tentar refrear uma possível interpretação criativa a partir do estabelecimento de princípios (aqui também considerados com o mesmo grau de densidade as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados) aplicáveis às casuísticas e, com isso, igualmente evitar o déficit claro de legitimidade oriundo de decisões voluntaristas, *ad hoc* e particularistas.

Em 1956, Chaïm Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca publicam a obra "Tratado da argumentação jurídica. A nova retórica", objetivando retomar os ensinamentos da retórica, a fim de, a partir do que se convencionou denominar lógica informal (consolidada a partir da obra *Lógica Jurídica*, de 1979, também de autoria de Perelman), esquadrihar a abstração das

tomadas de decisão, a partir do discurso (PERELMAN-OLBRECHT-TITECA, 2005; PERELMAN, 2004).

A ideia geral postulada por Perelman era a de que a razão deveria ser utilizada para fins decisórios, o que, ao fim e ao cabo, propiciaria alcançar a ponte de ouro que ligava a casuística à persuasão pelo melhor argumento, irrefutável e racionalmente admitido como adequado, sem espaços para individualismos e irracionalidades.

Fortemente influenciado por Gottlob Frege, tema de sua tese de doutoramento na Universidade de Bruxelas, Perelman dedicou seus esforços a encontrar um meio de imbricar a lógica à retórica, formando o que compreendeu como a nova retórica. Para tanto, o Autor retomava o discurso dos gregos e romanos, que concebiam o raciocínio persuasivo como apto a fomentar a dialética e o convencimento. Para ele, os raciocínios retóricos não estabeleciam verdades evidentes, ou demonstrativas, mas, ao contrário, animavam o debate em ordem a propiciar o resultado plausível e razoável a determinado auditório, que deveria ser persuadido a respeito das ideias centrais sustentadas.

A argumentação não seria, para Perelman, o resultado de uma operação estanque, dedutiva e fechada, e tampouco a conclusão o produto sólido final do entramado das premissas, mas sim um procedimento, algo vivo, dinâmico e com diversas nuances: um verdadeiro processo, em que as Partes interessadas se relacionam a todo tempo, interagem e produzem, ao final, o resultado ideal para aquele específico auditório, vencendo o melhor argumento, ainda que não o logicamente aceito; e, depois, universalizando o resultado alcançado.

Aliás, deve-se destacar que para o Autor a ideia de persuasão e convencimento não eram idênticas, utilizando-se a primeira, ou seja, a argumentação persuasiva, para um auditório particular, ao passo que o convencimento estava direcionado ao auditório universal, que deveria aderir ao argumento vencedor sem a utilização de violência física ou psicológica.

Note-se que Perelman retoma do pensamento grego a ideia de retórica para, já não objetivando definir premissas ou alcançar resultados, reclamar a adesão ao argumento vencedor pela utilização da arte de convencer. O convencimento era, para ele, o fator que concederia legitimidade argumentativa ao provimento decisório, porque dotado de lastro na percepção do auditório universal.

Conquanto Perelman tenha desenvolvido, sobretudo no seu livro *Nova Retórica*, verdadeira plêiade de técnicas argumentativas, cujo estudo não deve ser neste momento observado (ATIENZA, 2000, p. 93), fato é que, em face da ausência de metodologia apta a concretizar a abstração da utilização de princípios a partir da concepção pós-positivista, tentou

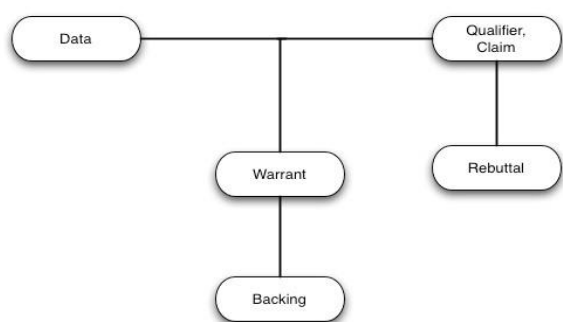
encontrar no viés procedimental, inserido no contexto da fala retórica, a solução para o déficit argumentativo.

A sua tentativa se revelava muito burocrática, em realidade, e, de certa maneira, mais atrelada ao sucesso do orador do que, propriamente, do argumento em si. Tampouco era capaz de açambarcar particularidades locais com o conceito de auditório universal, que, aliás, pressupõe o mesmo nível de compreensão para avaliação do processo argumentativo em ação.

Em viés completamente distinto aquele sustentado por Perelman, encontra-se a teoria preconizada por Stephen Toulmin, que, tendo publicado a sua obra "Os usos do argumento" em 1958, representou efetivamente a virada entre a primeira e segunda gerações da teoria da argumentação jurídica, ao antecipar o que caracterizou essa fase posterior: uma metodologia decisória (TOULMIN, 2006).

O filósofo inglês Stephen Toulmin publicou, ao decorrer de sua vida, muitas obras de influência nos campos da filosofia, epistemologia, lógica da implicação e diversos outros segmentos teóricos e pragmáticos², mas foi principalmente com o livro "Os usos do argumento" que demonstrou a sua compreensão acerca da argumentação jurídica, estabelecendo o iter que compreendia necessário, não apenas no específico campo da teoria da decisão judicial, para que uma tese pudesse ser exposta de maneira a revelar encadeamento nos argumentos utilizados. Tão influente foi a obra de Toulmin, que é estudada e aplicada em diversos campos do conhecimento afora o jurídico, tais como a filosofia, a epistemologia, a linguagem e até mesmo em searas que, em princípio, operam cálculos exatos, tais como a matemática e computação.

No campo da argumentação, propôs a formulação de argumentos baseado no seguinte esquema:



Toulmin Model of Arguments

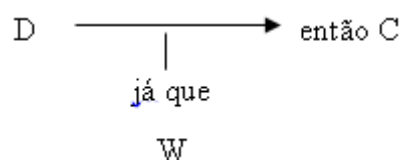
² Para um sumário das obras de Stephen Toulmin: www.rjohara.net/darwin/files/Toulmin-bibliography. Acesso em: 6 nov. 2022.

³ Neste trabalho não serão explorados com o detalhamento que a teoria merece todos os aspectos teóricos propugnados por Toulmin, limitando-se a exposição de seu pensamento

Nesta representação, dados (data) consubstanciam os fatos ou provas utilizados para provar o argumento; a tese (claim), o argumento em si a ser provado; as garantias (warrants): as correspondências lógicas hipotéticas, gerais e eventualmente implícitas situadas entre a tese e os dados; os qualificadores (qualifiers): aqueles argumentos que testam a força do argumento lançado; a oposição (rebuttals), os contra-argumentos ou indicação de circunstâncias de acordo com as quais, em geral, a tese não pode ser concebida como verdadeira; e, finalmente, o apoio (backing): os argumentos que servem de suporte às garantias, não se correlacionando, propriamente, à comprovação da tese, mas necessariamente comprovando que as garantias ofertadas podem ser sustentadas³.

A fim de explicitar a aplicação prática de sua teoria, Toulmin a exemplifica por meio de gráficos, a seguir mencionados:

Gráfico 1 (TOULMIN, 2006, p. 143):



Ou, para dar um exemplo:

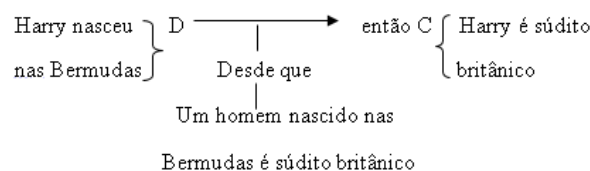


Gráfico 2 (TOULMIN, 2006, p. 149):

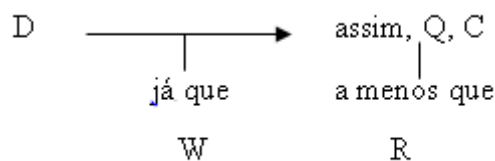
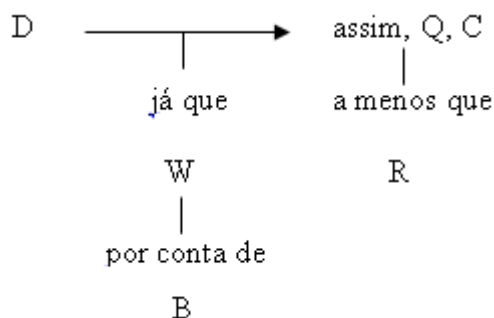
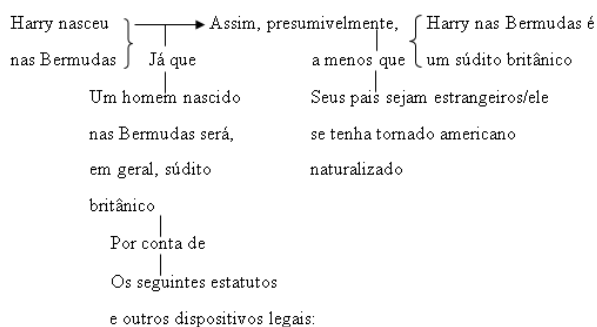


Gráfico 3 (TOULMIN, 2006, p. 149):

ao que interessa ao tema central do estudo. A fim de maior aprofundamento, vide, entre vasta produção a respeito do Autor: LANGSDORF, Leonore. *Argumentation as Contextual Logic: An Appreciation of Backing in Toulmin's Model*. In: *COGENCY*, v. 3, n. 1, 2011, p. 51 - 78.



Ou, para dar um exemplo:



Toulmin adiantou em praticamente vinte anos a pretensão da segunda geração da teoria da argumentação jurídica, que estava inteiramente voltada à construção de modelos argumentativos aptos a racionalizar a decisão judicial, consoante veremos em seguida.

2 A SEGUNDA GERAÇÃO: OS MODELOS ARGUMENTATIVOS

A segunda geração da teoria da argumentação jurídica é marcada pela criação e desenvolvimento de modelos argumentativos. O escopo ainda era o mesmo, vale dizer, o de controlar a subjetividade de advinha da tomada de decisão baseada em valores, mas a maneira pela qual esse intento foi delineado resultou diverso. Enquanto na primeira geração os Autores, talvez com a exceção de Toulmin, dedicavam-se mais à percepção descritiva do problema da irracionalidade decisória decorrente da introdução de valores no ambiente decisório, os Autores nessa segunda etapa já partiam desse ponto, compreendendo que poderiam solucionar a questão por intermédio de modelos a serem seguidos pelos decisores.

⁴ Em estudo denominado "A noção de Coerência na teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick: caracterização, limitações, possibilidades", os Autores Argemiro Cardoso Moreira Martins, Cláudia Rosane Roesler e Ricardo Antônio Rezende de Jesus, após apresentarem os fatos que, segundo Manuel Atienza, demandam a crescente preocupação com a explicitação da argumentação por parte do aparelho judicial, assim destacam em relação à teoria preconizada por Neil MacCormick: "Nesse quadro de crescente interesse pela reflexão sobre a argumentação jurídica, algumas contribuições podem ser consideradas como constitutivas

2.1 DONALD NEIL MACCORMICK

O escocês Neil MacCormick dedicou boa parte de seus estudos a construção de uma teoria da argumentação que não apenas evidenciasse a fundamentação amparada em estatutos normativos, mas indicasse o caminho percorrido pelo julgador para alcançar determinado resultado que se pudesse compreender e traduzir como o objetivo trilhado pela norma jurídica⁴.

A teoria argumentativa que preconizou baseava-se inicialmente no raciocínio silogístico evidenciado pela argumentação que denominou por dedução. Para ele, os casos que não fossem qualificados como difíceis – os quais, segundo observa, constituem a grande maioria das situações levadas a apreciação pelo aparelho judicial – poderiam ser resolvidos pela subsunção do fato à norma já previamente delimitada sob o aspecto objetivo nos meandros do sistema jurídico positivado (MACCORMICK, 2006, p. 26-27).

Os casos difíceis e os que não demandassem análise para além do silogismo, contudo, não prescindiriam da utilização de outras técnicas argumentativas e até mesmo o recurso aos princípios, tidos pelo Autor como o objetivo central do regramento positivado (MACCORMICK, 2006, p. 83-85).

Em primeiro momento, deverá o Julgador verificar se o caso controvertido pode ser solucionado à vista do mero silogismo, isto é, da argumentação por dedução, também compreendida como justificativa de primeira ordem. Acaso o fato compreenda perfeita subsunção à norma já positivada nos meandros do sistema, inexistindo qualquer particularidade ou limitação de pertinência ou interpretação, deverá ser aplicada. Esta operação, segundo o autor, resolverá grande parte dos casos controvertidos, eis que nem sempre se estará diante de situações extremas em cujo cerne se traduza um embate normativo ou principiológico, muitas vezes correlacionado com o que se compreende como a justiça a ser efetivada.

No âmbito da argumentação por dedução – primeiro passo a ser trilhado pelo juiz para, adotando o modelo argumentativo preconizado por Neil MacCormick, decidir a causa posta ao seu exame – deverá o julgador observar: a) quanto a definição das premissas fáticas: regras da lógica e ônus probatório; e b) quanto à premissa jurídica: a tese da validade, tal

de uma teoria standart da argumentação, compondo o quadro a partir do qual as discussões mais específicas, conceituais ou aplicadas se desenvolvem. Desde o final da década de 70 do século XX, um dos autores cuja contribuição certamente configurou o perfil atual da teoria da argumentação jurídica é Neil MacCormick. Em que pese vários escritos sobre temas como a soberania e a questão da integração europeia, sua reputação acadêmica deve-se sobretudo aos textos de filosofia do direito, com especial destaque para os trabalhos acerca da argumentação jurídica". – (MARTINS; ROESLER; JESUS, 2011, p. 208 – 209).

como compreendida pelo Autor em foco. Em seguida, deverá resolver eventuais problemas de pertinência, interpretação e de fatos secundários, a fim de lograr obter, ao final, premissas fáticas e normativas aptas e hábeis a viabilizar o silogismo. Agindo dessa forma e, sendo viável o silogismo, resolverá a questão por mera dedução, aplicando os fatos à norma.

Entretantes, situações se verificarão em que a justificação de primeira ordem não será suficiente para decidir a res de qua agitur. Cogitar-se-á, nestas hipóteses, das justificativas de segunda ordem, apoiadas em técnicas que não se limitam a subsunção do fato à norma. Neste ponto, utiliza-se o Autor de outras espécies de argumentos: a) a coerção da justiça formal, que equivale à busca por precedentes qualificados que já tenham decidido a questão; b) a argumentação de coerência, que, em seus meandros, revela o argumento por coesão e da autenticidade do desacordo (MACCORMICK, 2006, p. 129-131); c) argumentação consequencialista, que traz a aferição do interesse público, justiça e, em seu cerne, a argumentação avaliatória;

A argumentação consequencialista consiste em levar em conta e exteriorizar as consequências futuras da decisão judicial, não propriamente sob o aspecto fático (porque relacionado estritamente ao caso concreto), mas no tocante à normatividade ínsita à ratio decidendi genérica. O juiz, avaliando as consequências do posicionamento que assuma, verificará se o resultado normativo final a ser haurido do provimento decisório ultimar-se-á por salvaguardar a coerência e aplicabilidade do sistema, ao revés de derruí-lo.

Não há, todavia, como utilizar a argumentação consequencialista desconexa à avaliatória, de maneira que ao julgador será demandada análise de conceitos abertos como o interesse público, justiça e bem-estar (MACCORMICK, 2006, p. 133). Esta situação parece melhor se amoldar aos sistemas jurídicos que adotam preponderantemente ou de maneira exclusiva o common law, já que a partir da concepção judicial do direito aplicável à espécie serão retirados fundamentos normativos para a construção do sistema em si. Nos ordenamentos apegados ao sistema do civil law, por outro lado, ressoa autoritário e decisionista incutir ao julgador a possibilidade de definir, ainda que por meio de decisões intersubjetivas, a melhor compreensão acerca de conceitos como bem-estar, justiça e interesse público.

Sintetizando, portanto, o modelo argumentativo de Neil MacCormick, deverá o juiz assim proceder: a) verificar se a resolução da testilha se resume à operação silogística (justificação de primeira ordem ou por dedução), observando os detalhes e limitações a ela inerentes; b) não sendo possível, terá de empreender, nessa sequência, análise de

precedentes, coerencial e consequencialista, adotando as justificativas de segunda ordem.

Solucionando a *res in iudicium deducta* e expondo objetivamente a argumentação – ou técnica argumentativa – utilizada, serão definitivamente afastados modelos desconexos à racionalidade, ainda que para a decisão dos casos alguma parcela de subjetivismo se revele imprescindível. Essa, ao menos, era a intenção de MacCormick, revelada inadequada por oportunidade do advento da quarta geração da teoria da argumentação jurídica, que, ao revés do Direito, tratou de dar ênfase aos aspectos fáticos e, da mesma forma, ao invés de focar o contexto da justificação, aprofundou o exame do contexto da descoberta. Diante explanaremos com mais vagar a respeito.

3 A TERCEIRA GERAÇÃO DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

A terceira geração da teoria da argumentação jurídica é marcada pela reconciliação entre os valores e a argumentação racional. O roteiro de modelos argumentativos anteriores objetiva racionalizar a tomada de decisão, de sorte a que o provimento judicial decisório pudesse ser objeto de controle argumentativo em todas as suas facetas de exposição.

Agora, na terceira geração, ocorre a percepção de que o sistema decisório deve se acomodar ao ambiente axiológico gerado em grande parte pelo pós-positivismo e fundamentado nos pilares valorativos dos direitos humanos. Essa reconciliação se revela necessária, considerando que não haverá mais como expungir da decisão um espaço de compreensão da influência dos valores tanto na compreensão do litígio, como na decisão e, ainda, na efetivação da decisão tomada.

A compreensão da influência do ambiente valorativo antes mesmo de o litígio ser levado a análise pelo aparelho estatal consubstancia fator que, desenvolvido pela terceira geração da teoria da argumentação jurídica, desencadeará na estrutura decisória da quarta fase, em que sequer no Direito se situa a tomada de decisão.

Por outro lado, também a percepção de que os valores devem ser levados em consideração em momento pós-tomada de decisão passou a delinear a utilização de importantes técnicas atualmente consideradas, como a dos processos estruturantes, ou o compromisso significativo, em que, uma vez adjudicado o direito postulado, ainda assim não se esgota a providência jurisdicional, que deverá levar em consideração a pauta axiológica, ademais das condições ambientais e institucionais existentes ao momento do cumprimento da decisão.

Alguns autores marcaram de maneira bem definida este momento, podendo mesmo ser dito que romperam com a sistemática dos modelos

argumentativos e inseriram na decisão a análise factual e holística, baseada na axiologia do sistema jurídico.

Vejamos algumas propostas.

3.1. RONALD DWORKIN: EXCEÇÃO E TRANSIÇÃO À TERCEIRA GERAÇÃO

Dworkin pretende, por meio de sua teoria, superar o modelo proposto pelo positivismo e utilitarismo, o que denomina, em cunho genérico, de teorias dominantes (DWORKIN, 2010). Entende o direito como integridade ("*Law as integrity*") e observa que os princípios ocupam papel central e preponderante na arquitetura constitucional, funcionando não apenas como baliza interpretativa, senão também como forma de revelar o direito já criado e que precisa ser realizado.

O positivismo, sustentado principalmente por Hans Kelsen em sua teoria pura do direito, promove nítida separação entre direito e política, ensejando análise meramente formal dos conflitos, tendo como base apenas e tão somente a moldura normativa que se verifica candente para fins de ordenação social (KELSEN, 2000). Afasta-se, assim, o potencial do direito como instrumento de emancipação e transformação social, o que é sustentado por Dworkin ao conceber a sociedade como uma 'comunidade de princípios' e, na mesma linha, também por Jürgen Habermas ao tratar da cooriginalidade do direito enquanto medium na implementação da ação comunicativa.

A leitura positivista, de acordo com Dworkin, não pode desconsiderar a tensão existente entre o direito posto e a necessidade de sua correção em vista das condições presentes, atuais. A decisão que adjudique ao cidadão o direito que lhe cabe em cada caso, se baseada exclusivamente em critérios meramente vinculados ao direito preexistente e situados estritamente dentro da moldura normativa que já se verifica evidente, não satisfaz, porque não se encontra justificada a partir de uma concepção de justiça que revele os princípios morais e políticos que, em determinado momento histórico e diante de preciso recorte temporal, vigem em cada sociedade.

Se, por um lado, a recomendação do autor é no sentido de que a adjudicação deve se dar "*as unoriginal as possible*" (o menos original possível), desvelando-se apenas o que previamente já fora adotado nas decisões políticas e aplicando o direito preexistente, nem por isso os princípios devem ser postos de lado e ignorados ao momento da decisão. Antes, deve ser trilhado o caminho inverso, de sorte a que os vetores principais e nucleares do sistema informem as regras que pretendem concretizá-los, de maneira a que a decisão seja consentânea à racionalidade e justiça (DWORKIN, 2010, p. 85-87).

O positivismo, neste aspecto, deve ser relativizado de maneira a viabilizar certa

'discricionariedade judicial', admitindo-se que o juiz crie direito novo para decidir determinada controvérsia que lhe fora submetida quando as normas que já se verificam postas no direito legislado não sejam suficientes, só por si, para tanto, não podendo apresentar resposta precisa. Nestas condições, estará o juiz atuando não como um substituto de legislador ("*deputy to the legislature*"), mas sim como "legislador substituto" ("*deputy legislature*"), o que se afigura plenamente admissível acaso concebido o direito enquanto integridade e a sociedade como informada por princípios que lhe sirvam de norte.

Analisando a resolução de casos difíceis, Dworkin cunha a distinção entre argumentos de princípio e de política como critério judicial para desfecho de tais conflitos.

Destaca que os argumentos de política justificam uma decisão política, fomentando ou protegendo algum objetivo coletivo da comunidade como um todo. Ao contrário, o argumento de princípio justifica a decisão política, garantindo e respeitando o direito constitucional de um indivíduo ou de um grupo, ainda que contrário à maioria (DWORKIN, 2010, p. 129-130). Para Dworkin, é equivocada a ideia de que, atuando com argumentos de princípio, a Corte estaria a proferir decisões de índole antidemocrática. Argumentando com o caso do aborto, pondera que eventual decisão da maioria ultimaria por adotar opiniões morais, justamente o que viria em malogro à teoria da representação (DWORKIN, 2010, p. 100).

A atuação do legislador pode – e deve, aliás – ser pautada em ambos os argumentos, ao passo que ao julgador cabe apenas tratar, na resolução de casos postos à sua cura, dos argumentos de princípio, o que, a um só turno, afasta a alegação de déficit democrático ao proferir decisão em certa medida com viés contramajoritário e, de outra toada, ainda refuta a ponderação de que ao criar direito novo com a sua decisão, estaria aplicando novel enquadramento jurídico à situação de fato preexistente.

A argumentação em torno de princípios ainda permite corrigir a feição utilitarista estritamente voltada às ponderações consequencialistas e direcionadas apenas ao bem-estar geral e eventual benefício ou custeio da sociedade (DWORKIN, 2010, p. 150-154). Considerando que o juiz, ao decidir aplicando argumentos de princípio, estaria dando especial relevo aos comandos nucleares do sistema, entende a atividade judicial neste aspecto como essencial à evolução da democracia e apta a incrementar – e não diminuir – o princípio da separação de poderes, ajustando a sua aplicação ao caráter axiológico que decorre da Constituição.

Neste processo de interpretação, o juiz não poderá desconsiderar ou simplesmente ignorar a história institucional ou a moralidade política da sociedade, mas, ao revés, fazer prevalecer a ideia de

que os pronunciamentos judiciais realizam direitos políticos que já existem, levando-se em conta a história institucional, moralidade, prática e justiça, conciliando-os e (re)equilibrando-os sem o necessário sacrifício de um em detrimento do outro (DWORKIN, 2010, p. 136-137).

A teoria exposta por Ronald Dworkin considera, em grande parte, uma virada principiológica na interpretação das normas jurídicas. Concebe-se, nessa linha, que o Autor realiza uma 'leitura moral' da Constituição, desapegando-a ao positivismo estrito e, de igual sorte, afastando-a do caráter utilitarista/econômico que poderia malograr a adjudicação da melhor regra, de acordo com certa discricionariedade judicial, ao caso concreto analisado, cuja resposta não se revela previamente tratada e concebida no interior do sistema.

3.2. MANUEL ATIENZA E A TRÍPLICE ARGUMENTAÇÃO

Manuel Atienza é um filósofo do Direito da Escola de Alicante para a qual ele próprio contribuiu a fundar e desenvolver, atuando como professor da Universidade da mesma cidade. É um autor que já parte da compreensão pós-positivista do Direito, deixando claro em sua postulação teórica que a teoria da argumentação jurídica não se justifica se não estiver de alguma forma entremeada à práxis, ou seja, à realidade cotidiana.

Os processos de tomada de decisão, segundo ele, devem considerar o Direito, mas não apenas. Há espaço na própria formação jurídica para que os meandros fáticos sejam considerados, respeitados e utilizados como forma de filtragem entre o Direito e a realidade, gerando, por via de consequência, uma decisão mais completa e dialógica.

Para tanto, sustenta a importância dos esquemas argumentativos como espaços em que a pragmática possa entrar em contato com a sintática e a semântica, com o fito de, acomodando a principiolgia necessária à resolução de casos difíceis, resultar na construção de solução decisória mais efetiva no campo prático.

Aliás, a percepção do Direito enquanto argumentação – ressaltando as espécies (i) sintática, resultante principalmente da aplicação da lógica dedutiva, (ii) semântica, decorrente da compreensão analítica do texto normativo, e (iii) pragmática, derivando da realidade a construção do argumento final a ser observado – constitui, talvez, o traço principal da sua compreensão do fenômeno jurídico atrelado à prática (ATIENZA, 2010).

A argumentação formal, de acordo com o Autor, agasalha a lógica da incidência de regras e a correspondente subsunção de fatos, denotando esquema argumentativo que não logra resolver os casos difíceis, ou de outras categorias que extravasem a dos casos fáceis (casos trágicos, por exemplo). Da

mesma forma, essa construção argumentativa tampouco se preocupa com a verdade, cingindo os seus esforços e se contentando em demonstrar a validade formal dos argumentos.

Isso é insuficiente, porque não açambarca casos mais complexos com os quais a sociedade passou a ter que lidar em função da sua própria complexificação enquanto sociedade. Para tanto, outra solução haveria de ser estruturada.

Considerando a insuficiência da argumentação formal, Atienza desenvolveu o que compreendeu como argumentação material, em cujo bojo estariam compreendidos os problemas éticos e morais, inseridos no contexto jurídico a partir dos princípios (aqui considerados em conjunto com as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados). A argumentação material supera, para ser levada a cabo, a matriz positivista, porque não consegue visualizar na formalização da regra a partir da sua formação anatômica "Se F, então deve-ser P", a acomodação de casos capazes de revelar dilemas para além do próprio Direito. A concepção pragmática da argumentação jurídica cuidaria desse ponto, ao enlevar os efeitos do cumprimento do Direito – e não propriamente das regras, note-se – para a tomada de decisão factual e juridicamente razoável.

As três concepções, sintática, semântica e pragmática, em conjunto funcionariam como os pilares a partir dos quais a justificação argumentativa se sustentaria e fomentaria a solução decisória da totalidade de questões levadas à Juízo, desde aquelas para as quais apenas a justificação por dedução fosse suficiente, até as morais e eticamente mais complexas. Como completório, observando essas três categorias para a construção do esquema argumentativo, também estará a própria teoria cumprindo os seus três papéis fundamentais: (i) o teórico ou cognoscitivo, descrevendo a linguagem prescritora do sistema, (ii) o prático ou técnico, viabilizando a construção de soluções juridicamente qualificadas para a totalidade de casos, ainda que morais e eticamente complexos, e (iii) política ou moral, conformando o sistema ao quadro da realidade existente, a partir da compreensão dos princípios regentes do ordenamento.

A proposta de Atienza tem o indubitável mérito de promover ruptura entre o Direito e outros ramos do pensamento jurídico, aproximando-os em um movimento centrípeto que resulta tanto em uma nova formação do Direito enquanto ciência, como também na inserção, no ambiente de tomada de decisões, de realidades técnicas alheias ao jurídico.

Essa proposta, que, obviamente, é combatida em seara teórica, talvez possa ser compreendida como uma ponte entre a terceira e quarta gerações, na medida em que esta situará a tomada de decisão para muito além do Direito e, paradoxalmente, em seu interior. Vejamos como se desenvolve.

4 A QUARTA GERAÇÃO DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA: O DIREITO PARA ALÉM DO DIREITO

Observe a seguinte indagação realizada por Jonathan Haidt no artigo "*The emotional Dog and Its Rational Tail: A social intuitionist Approach to Moral Judgment*":

Júlia e Marcos são irmãos. Encontram-se viajando pela França durante as férias de verão. Uma noite ficam sós em uma cabana perto da praia. Consideram que seria interessante e divertido se fizessem amor. Ao menos seria uma nova experiência para cada um deles. Júlia estava tomando pílulas, mas Marcos usa um preservativo por segurança. Os dois desfrutam o momento, mas decidem não fazê-lo mais. Ambos guardam essa noite como um segredo especial que os faz sentir-se mais unidos. O que você opina disso? Foi correto que fizessem amor? (HAIDT, 2001).

A quarta geração da teoria da argumentação jurídica insere a tomada de decisão em campo diverso ao do Direito. Como se pode observar pelo estudo desenvolvido por Jonathan Haidt, o elemento decisório último não estaria inserido no ambiente jurídico, mas sim na percepção intuitiva do que seria o correto, ou não. Com efeito, esse é precisamente a denominação conferida pelo Autor para o seu modelo comportamental-decisório: modelo social-intuicionista.

A visão de Haidt não é isolada. Outros autores trabalharam o mesmo ponto, podendo ser percebido um desenvolvimento paralelo ao Direito pelas ciências cognitivas no que tange à tomada de decisão.

No campo da psicologia, sua variante comportamental ou experimental trouxe importantes pontos de reflexão para os pesquisadores sobre o tema das questões de fato. León Festinger, por exemplo, propôs a teoria da dissonância cognitiva, Stanley Milgran realizou muitos experimentos cognitivos com o desafio de localizar a tomada de decisão a partir do entendimento interno de questões como (i) obediência à autoridade, (ii) habitualidade, (iii) normalização de conduta, entre outras contribuições. Mais recentemente, métodos psicológicos de análise de tomada de decisão foram propostos por autores como Henle (o método racional-dedutivo), Jonathan Haidt (o método social intuitivo), Harman, Mason e Sinnot - Armstrong (o método do equilíbrio reflexivo), Joshua Greene (método social de valoração), o que indica que de fato a questão da valoração dos fatos e da tomada de decisão está longe de ser definitivamente resolvida.

A lista de outros ramos do conhecimento poderia ser bastante ampliada, mencionando-se, por exemplo, a economia comportamental, que, com Richard Thaler, propôs que as decisões podem ser severamente influenciadas por aspectos externos gerados por ela ou por agentes econômicos, pelo

mercado, pela Estado ou simplesmente por outros indivíduos (THALER & SUSTEIN, 2008; THALER, 2019); as neurociências que, muitas vezes envolvidas com a medicina, também oferecem pontos de reflexão, como os destacados por autores como António Damásio; as teorias das ciências sociais, a partir de contribuições clássicas como as de Alfred Schütz, Herbert Blumer (com o interacionismo simbólico), George Herbert Mead, Erving Goffman (dramaturgia sociológica), Harold Garfinkel, Peter Winch, Geert Hofstede, a autores mais recentes, como Manuel Arias Maldonado, que postula o ideal do sujeito pós-soberano (MALDONADO, 2016); e, por fim, ao marketing, com autores como Malcolm Gladwell e Dan Ariely, que destacam variações importantes na tomada de decisão baseada em fatos, crenças, percepções etc.

O que se percebe é que, a despeito de o Direito não ter levado em consideração o desenvolvimento da tomada de decisão levada a cabo por intermédio das ciências cognitivas, tal se verificou de maneira muito consistente, com metodologia científica própria, baseada em achados científicos, e hipóteses que se revelaram comprovadas há muitas décadas.

O que há de novo, nessa inflexão, é o efetivo interesse do Direito pelas ciências cognitivas para fins de tomada de decisão; e isso se deu em função da releitura do contexto da descoberta enquanto parte indissociável do processo de tomada de decisão racional. Se, antes dessa virada cognitiva, o contexto de justificação, a partir da racionalização do Direito, retratava o preponderante interesse dos teóricos da argumentação jurídica, com a percepção de que toda uma ciência já havia desenvolvido, sob o ponto de vista pragmático, modelos de tomada de decisão, além de detalhar e esmiuçar com ampla verticalização a metodologia decisória, não restou outra solução a não ser inserir nos meandros da argumentação jurídica também o enfoque oriundo das ciências cognitivas, fomentando o desenvolvimento do contexto da descoberta.

CONCLUSÃO

O presente artigo teve como objetivo desenvolver uma visão concatenada entre o que se denominou gerações da teoria da argumentação jurídica, classificando-as a partir dos contextos de justificação e descoberta.

Ao largo do artigo foram exploradas as necessidades de racionalização da tomada de decisão, inicialmente observadas a partir do contexto de justificação, por intermédio da primeira a terceira gerações da teoria da argumentação jurídica, passando, ao final, para a importância que assumiu o contexto da descoberta que, adotando critérios de outros ramos do pensamento científico (sobretudo das ciências cognitivas), encontrou na quarta geração da teoria da

argumentação jurídica o seu ambiente adequado de desenvolvimento.

Ao que podemos perceber, a imbricação do contexto de descoberta no âmbito da teoria da argumentação jurídica é recente e demanda ainda muito desenvolvimento e integração. Entretanto, desde logo se pode considerar que já não há mais passo atrás, no sentido de que a valoração de questões fáticas e empíricas seja realizada desconsiderando os marcos teóricos e achados científicos oriundos sobretudo das ciências cognitivas.

Esperemos, assim, a visualização do que o futuro nos aguarda em relação ao desenvolvimento das gerações da teoria da argumentação jurídica e como se correlacionarão à tomada de decisão.

REFERÊNCIAS

- ATIENZA, Manuel. *El Derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*. Barcelona: editorial Planeta, 2010.
- ATIENZA, Manuel. As razões do Direito. Teorias da Argumentação jurídica: Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000.
- DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a sério. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. VII-VIII.
- HAIDT, Jonathan. *The emotional Dog and Its Rational Tail: A social intuitionist Approach to Moral Judgment*. In: *PSYCHOLOGICAL REVIEW*, 2001, v. 108, n. 4, p. 814 - 834.
- KELSEN, Hans. Teoria Pura do direito. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- LANGSDORF, Leonore. *Argumentation as Contextual Logic: An Appreciation of Backing in Toulmin's Model*. In: *COGENCY*, v. 3, n. 1, 2011, p. 51 - 78.
- MACCORMICK, Neil. Argumentação jurídica e teoria do direito. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- MALDONADO, Manuel Arias. *La democracia sentimental. Política y emociones en el siglo XXI*. Barcelona: Página Indómita, 2016.
- MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; ROESLER, Cláudia Rosane; JESUS, Ricardo Antônio Rezende. A noção de Coerência na teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick: caracterização, limitações, possibilidades. *In: Revista NEJ, Florianópolis*, v. 16, n. 2, p. 207 - 221, maio./agosto 2011, p. 208 - 209.
- PERELMAN, Chaim. Lógica jurídica. Tradução de Vergínia K. Pupi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. Tratado da argumentação jurídica. A nova retórica. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- PÉREZ DE LA FUENTE, Óscar. *El caso de los tiradores del Muro de Berlin. A vueltas con algunos debates clásicos de la Filosofía del Derecho del siglo XX*. In: *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 2011, n. 23, p. 453 - 487.
- RADBRUCH, Gustav. *El hombre en el derecho*. Buenos Aires: Depalma, 1980.
- RÜTHERS, Bernd. *Derecho degenerado. Teoría jurídica y juristas de cámara en el Tercer Reich*. Traducción de Juan Antonio García Amado. Madrid: Marcial Pons, 2016.
- THALER, Richard. Misbehaving. A construção da economia comportamental. Tradução de George Schlesinger. Rio de Janeiro: Editora Intrínseca, 2019.
- THALER, Richard H.; SUSTEIN, Cass R. *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*. New Haven: Yale University Press, 2008.
- TOULMIN, Stephen E. Toulmin. Os usos do argumento. Tradução de Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- VIEHWEG, Theodor. Tópica e Jurisprudência. Brasília: Universidade de Brasília, 1979.

LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA E MODELOS DECISÓRIOS: REFLEXÕES SOBRE UMA PROPOSTA DE ANTEPROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO CONSTITUCIONAL

DEMOCRATIC LEGITIMACY AND DECISION-MAKING MODELS: REFLECTIONS ON A PROPOSAL FOR A PRELIMINARY DRAFT CODE OF CONSTITUTIONAL PROCESS



Carolina Fontes Vieira ¹

O anteprojeto do código de processo constitucional prevê a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, no exercício do controle concentrado de constitucionalidade, proferir decisões construtivas, declarações de inconstitucionalidade por arrastamento, modular efeitos da declaração de constitucionalidade, bem como realizar apelos ao legislador, tal como já incorporado em sua praxis jurisprudencial. Ainda assim, suscitam controvérsias, em especial, as decisões aditivas e substitutivas, eis que nesses casos o STF atua como produtor de conteúdos normativos. Nesses casos pode haver impacto à legitimidade democrática da Suprema Corte, contribuindo para seu descrédito, eis que a produção de conteúdos normativos pode se sobrepor à atividade típica do poder legislativo.

¹ Juíza de Direito. Membro do Comitê de Saúde (COPAS), NUPEMEC e da Comissão de Igualdade e Gênero do TJPR. Diretora do Núcleo Curitiba da EMAP. Coordenadora de Direitos Humanos da EJUD. Professora da Escola da Magistratura do Estado do Paraná. Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Coimbra. Doutoranda em Direito pela Universidade Federal do Paraná. E-mail: cfvi@tjpr.jus.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9688701242513086>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9816-6732>.

Há situações, entretanto, que sem a produção de um certo conteúdo normativo restaria inviabilizada a missão de fazer valer o programa normativo constitucional. Propõe-se que as decisões construtivas não são necessariamente antidemocráticas, desde utilizadas de forma contida, no limite da imprescindibilidade à preservação da Constituição.

Palavras-Chaves: Jurisdição constitucional; Modelos de tomada de decisão; Legitimidade democrática.



Ricardo Rachid de Oliveira²

The draft of the constitutional procedure code provides for the possibility for the Federal Supreme Court, in the exercise of concentrated control of constitutionality, to issue constructive decisions, declarations of unconstitutionality by dragging, modulate the effects of the declaration of constitutionality, as well as make appeals to the legislator, such as already incorporated into its jurisprudential praxis. Even so, they raise controversies, in particular, the additive and substitutive decisions, since in these cases the STF acts as a producer of normative content. In these cases, there may be an impact on the democratic legitimacy of the Supreme Court, contributing to its disrepute, since the production of normative content can overlap with the typical activity of the legislative power. There are situations, however, in which without the production of a certain normative content, the mission of enforcing the constitutional normative program would remain unfeasible. It is proposed that constructive decisions are not necessarily anti-democratic, provided they are used in a contained manner, within the limits of indispensability for the preservation of the Constitution.

Keywords: Constitutional jurisdiction; Decision-making model; Democratic legitimacy.

² Juiz Federal. Juiz Auxiliar no Supremo Tribunal Federal (2013/2014 e 2015/2019). Mestre e Doutor pela Universidade Federal do Paraná. Professor da Universidade Federal do Paraná, das Faculdades Integradas do Brasil (Unibrasil) e da Escola da Magistratura do Estado do Paraná. E-mail: ricardo.rachid@uol.com.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9688701242513086>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-2638-3041>.

INTRODUÇÃO

O anteprojeto do código de processo constitucional, em seu artigo 40¹, inova ao dispor sobre outras modalidades de decisões, além das daquelas de constitucionalidade e de inconstitucionalidade expressamente indicadas no texto constitucional. Segundo o referido, artigo incumbe ao Supremo Tribunal Federal realizar a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, bem como, em sede de recurso extraordinário²,

[...] (i) proferir decisões redutivas, aditivas e substantivas, [...] (iii) apelar ao legislador, quando a decisão de inconstitucionalidade, diante do vazio legislativo, puder trazer prejuízo à segurança jurídica; (iv) decidir por arrastamento, quando o dispositivo, não expressamente impugnado, depender do declarado inconstitucional; e (v) modular os efeitos temporais da sua decisão em nome da segurança jurídica ou de excepcional interesse social³.

A partir da leitura do enunciado acima é necessário pontuar alguns esclarecimentos preliminares. Em primeiro lugar, é preciso elucidar que as modalidades de decisões de inconstitucionalidade, ao contrário do que prevê o texto, podem (e já são) aplicáveis às hipóteses de inconstitucionalidade abstrata e não apenas na modalidade de inconstitucionalidade detectada no controle concreto⁴.

Isso significa que a inconstitucionalidade por arrastamento, prevista no inciso IV, por exemplo,

embora seja uma construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – diante da ausência de positivação constitucional ou legal –, é uma modalidade hermenêutica que já vem sendo aplicada há décadas pela Corte. A teoria da inconstitucionalidade por arrastamento, também denominada de inconstitucionalidade consequencial, por atração, derivação ou reverberação normativa, constitui-se em técnica utilizada quando as normas apresentam conexão e interdependência entre si, de tal forma que a declaração de inconstitucionalidade de uma afetará o sistema normativo dependente dela.

Assim, como forma de viabilizar segurança jurídica e a integridade do ordenamento jurídico, o intérprete precisa analisar não apenas a compatibilidade da norma acoimada de inconstitucional como também daqueles dela dependentes – ainda que se possa argumentar eventual contradição com os princípios processuais da inércia e da congruência.

Em segundo lugar, quando o texto fala em “parlamento”, tem-se a utilização de um termo genérico – considerando a ausência de um sistema parlamentarista no Brasil – para se referir à atuação normativa tanto do poder legislativo quanto do poder executivo. Isto é, em que pese se atribua ao poder legislativo a missão constitucional de criar atos normativos que inovem a ordem jurídica, o texto constitucional brasileiro, além de ter atribuído um poder de agenda e de iniciativa legislativa consideravelmente abrangente ao poder executivo

¹ Em 23 de setembro de 2015 foi apresentado ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o anteprojeto do Código de Processo Constitucional brasileiro. No entanto, apenas no ano de 2020, mais especificamente no dia 24 de novembro, o presidente da Câmara dos Deputados instituiu uma comissão de juristas para elaborar um anteprojeto de lei que sistematize as normas de processo constitucional brasileiro. Importante consignar, desde já, que o presente trabalho não tem a pretensão de tratar sobre as vantagens e desvantagens de um código de processo constitucional.

² Embora não seja o tema da presente pesquisa, a análise de compatibilidade de lei ou ato normativo frente a Constituição, na maneira incidental ou concreta, ocorrerá por intermédio do recurso extraordinário, sobre esse tema e o impacto de análise dos filtros recursais, conferir: BARROSO, Luís Roberto; MONTEDÔNIO, Frederico. Como salvar a repercussão geral: transparência, eficiência e realismo na escolha do que o Supremo Tribunal Federal vai julgar. //: BARROSO, Luís Roberto. Um outro país: transformações no direito, na ética e na agenda do Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

³ Texto indicado no anteprojeto em caráter provisório com a seguinte redação: “40 – Além das decisões de constitucionalidade e de inconstitucionalidade, assim como da interpretação conforme e da declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, poderá o Supremo Tribunal Federal, no recurso extraordinário: I – proferir decisões redutivas, aditivas e substitutivas; II – suspender o julgamento e dar prazo para o Parlamento se pronunciar, fixando, desde logo, a data da sua retomada para a hipótese de inércia; III – apelar ao legislador, quando a decisão de inconstitucionalidade, diante do vazio legislativo, puder trazer prejuízo à segurança jurídica; IV – decidir por arrastamento, quando dispositivo, não expressamente impugnado, depender do declarado inconstitucional. V – modular os efeitos temporais da sua decisão em nome da segurança jurídica ou de excepcional interesse social”.

⁴ O controle de constitucionalidade no sistema brasileiro é usualmente definido como misto, na medida em que congrega um sistema de controle de constitucionalidade concentrado ou abstrato – modelo austríaco – e um sistema de controle de constitucionalidade difuso ou concreto – modelo americano. Além das nuances peculiares ao sistema brasileiro, ambos os modelos tratam, em apertada síntese, de uma análise de compatibilidade da lei ou do ato normativo frente à Constituição. A diferença entre os modelos diz respeito, dentre outras, a quem ou qual Órgão terá a competência para realizar essa atividade de verificação. No sistema difuso a apreciação de adequação entre a lei ou o ato normativo e a Constituição poderá ser realizada por todo e qualquer magistrado, independentemente da sua competência ou do seu rol de atribuições constitucionais. Já o controle de constitucionalidade abstrato poderá ser realizado com exclusividade pelos Tribunais de Justiça ou pelo Supremo Tribunal Federal, a depender de qual espécie de ato normativo se pretenda questionar, bem como a partir de qual parâmetro de constitucionalidade se discuta. Sendo assim, tem-se que a análise de compatibilidade entre a lei ou o ato normativo federal e estadual em relação à Constituição Federal incumbirá com exclusividade ao Supremo Tribunal Federal. Já o exame de lei ou ato normativo estadual e municipal, tendo como parâmetro de constitucionalidade a Constituição Estadual, será de competência exclusiva do Plenário do Tribunal de Justiça, nos termos do art. 125 da CRFB. Dentro desse cenário, tem-se que o Supremo Tribunal Federal pode realizar ambas as formas de controle de constitucionalidade, na medida em que a Constituição viabilizou o exame de compatibilidade de forma exclusiva, em alguns casos, aos Ministros da Corte, bem como permitiu que chegassem a eles, por meio do recurso extraordinário, a compatibilidade de lei ou ato normativo que se revela imprescindível ao julgamento do caso concreto. Para repensar a existência de um sistema misto, conferir: JOBIM, Marco Félix. Controle difuso de constitucionalidade das leis: rumo cada vez mais ao sistema abstrato. (MARINONI; SARLET, 2019, p. 831 – 846).

(ABRANCHES, 2018), viabilizou ao Presidente da República também inovar a ordem jurídica.

Sendo assim, em alguns casos, poderá o Supremo Tribunal Federal suspender o julgamento fixando prazo para que o legislativo ou mesmo o executivo se manifestem. Ademais, quando o dispositivo em epígrafe fala que a Corte poderá apelar ao legislativo “quando a decisão de inconstitucionalidade, diante do vazio legislativo”, puder trazer prejuízo à segurança jurídica, deve-se compreender ambos os poderes, ou seja, incumbirá tanto ao executivo quanto ao legislativo a atuação normativa em prol da segurança jurídica, sem efetiva distinção, nesse ponto, entre eles. Tenha-se em conta, por exemplo, matérias cuja iniciativa legislativa seja privativa do Presidente da República (art. 61, §1º, CR/88).

Ainda nessa toada, o enunciado em questão traz importante contribuição ao diálogo entre os poderes, na medida em que propõe, conforme acima delineado, uma série de mecanismos para viabilizar a construção dialogada, ou mesmo para tentar extirpar a noção de que se possa outorgar a um único poder a palavra final sobre assuntos nucleares ou sensíveis a todos (MENDES, 2011). São as hipóteses previstas nos incisos II e III do enunciado acima transcrito, nos quais se reflete a preocupação em viabilizar não apenas uma construção democrática, mas também refletir se as decisões centrais sobre políticas públicas não deveriam ser verdadeiramente tomadas em fóruns mais responsivos perante o povo, como o parlamento e outros espaços mais amplos onde a opinião se forma (SCHAUER, 2004, p. 1.064 - 1.066).

Por fim, em relação às decisões de caráter interpretativo e, portanto, com um viés técnico-jurídico efetivo, a discussão que se propõe diz respeito à atuação do legislador, isto é, se a previsão na legislação de algumas modalidades decisórias contribui para afastar o voluntarismo decisional. Em outras palavras, será que a indicação de modelos ou tipos de decisão efetivamente contribui para se garantir uma atuação mais técnica à Corte e, dessa forma, afastar os eventuais déficits de legitimidade democrática da sua atuação? Ou se trata de mera indicação de um rol exemplificativo de decisões que podem ser tomadas pelo Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade? É o que se propõe colocar à discussão, tendo como pilar a necessidade de construção e reforço à legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal (GLEZER, 2020).

1 INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL OU À MODA BRASILEIRA: LIMITES

Em que pese a presente análise não ingresse na seara interpretativa⁵, ela parte do pressuposto de que uma Corte Constitucional realiza uma interpretação dos enunciados linguísticos presentes no texto de forma peculiar, seja porque as regras hermenêuticas aplicáveis no âmbito constitucional são distintas, seja porque os princípios aplicáveis à Constituição são diferentes daqueles hodiernamente conferidos aos magistrados na interpretação e aplicação da lei ao caso concreto⁶.

Tomando como pressuposto os limites acima, põe-se em debate a forma pela qual o Supremo Tribunal Federal, em especial nos últimos cinco anos, utiliza a interpretação constitucional não apenas como um caminho para extrair uma norma do texto/enunciado constitucional, mas, em grande parte, como um “jogo político” e, em que medida, esse embate político leva ao descrédito da própria instituição. Nessa linha, pôr os olhos em alguns julgados da Corte pode indicar um caminho elucidativo.

A primeira delas, e talvez a mais representativa, diz respeito à discussão sobre a possibilidade de executar-se a sentença penal condenatória assim que esgotada a jurisdição em segunda instância. Segundo o artigo 5º, inciso LVII, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Os conceitos relacionados ao tema têm gerado profícuos debates e discussões nos últimos trinta anos. Aliás, o STF pronunciou-se mais de uma vez em direções opostas até mesmo com uma composição idêntica de ministros.

Durante o período de 1988 a 2009 vigorava a posição de que era constitucional a prisão após o julgamento em segunda instância até que uma decisão do plenário, no *Habeas Corpus* 84.078/MG, por sete votos a quatro, mudou o entendimento e passou a declarar a inconstitucionalidade dessa prática. No entanto, após mudanças legislativas operadas pelo Congresso Nacional em relação ao artigo 283, do Código de Processo Penal, o entendimento do Supremo Tribunal Federal foi alterado novamente para considerar essa prática constitucional quando se julgou o HC 126.292/SP no ano de 2016.

Novamente em abril de 2018 quando foi pautado o *habeas corpus* do (na época) ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, ocasião em que os ministros

⁵ Cf. BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. O papel criativo dos tribunais – técnicas de decisão em controle de constitucionalidade. *AJURIS*. Porto Alegre, v. 46, n. 146, jun., 2019; BLANCO MORAIS, Carlos. As sentenças com efeitos aditivos. In: BLANCO DE MORAIS, Carlos; CASSEB, Paulo; MONTEBOLLO, Sofia et al. As sentenças intermediárias da justiça constitucional. Lisboa: AAFDL, p. 15-115, 2009; MEYER, Emílio Peluso Neder Meyer. *Decisão e jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017; SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São

Paulo: Saraiva, 2015; SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *Sentenças aditivas na jurisdição constitucional brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2016; SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte, 2014; STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

⁶ Cf. GUASTINI, Riccardo. *Interpretar e argumentar*. Belo Horizonte: Editora D'Plácida, 2019.

reafirmaram a possibilidade de manutenção da prisão após o esgotamento da jurisdição em segunda instância, embora a Min. Rosa Weber tenha manifestado de forma expressa que, em sede de controle abstrato, poderia compreender a questão de forma diversa⁷. Na sequência, após ser pautado o caso e retirado de pauta na véspera do julgamento,

[...] em outubro de 2019, o caso foi novamente posto em pauta e julgado após quatro sessões de julgamento. Por seis votos a cinco, o tribunal reverteu sua Jurisprudência, declarando a inconstitucionalidade da prática da prisão em segunda instância (ASSIS, 2018).

Alguns temas ligados ao direito tributário também sofrem com a frequente oscilação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. Veja-se, por exemplo, que em setembro do ano passado o Supremo assentou a constitucionalidade das contribuições ao Sebrae, à Apex e à ABDI ao fundamento de que o elenco da atual redação do artigo 149, §2º, III, deve ser lido com a tônica exemplificativa e não exaustiva, em contrariedade aos fundamentos jurídicos fixados pelo Tribunal, em 2013 (RE 559.937) sobre o mesmo tema de fundo (taxatividade do rol do art. 149 da Constituição⁸).

Esses exemplos, longe de pretender engessar a jurisprudência da Corte ou não admitir a mudança de entendimento ao longo do tempo, trazem uma importante reflexão. A alteração da posição firmada pelo tribunal ou mesmo a superação de um precedente⁹ exige uma análise pontual e justificada com base em uma efetiva mudança fática e não como forma de adequar os interesses majoritários – políticos, sociais ou midiáticos – de alguns grupos ou de um paciente ou parte específica.

Essa mudança precisa refletir coerência e integridade com as decisões anteriores da Corte e com os elementos factuais e jurídicos que deram base à decisão anterior de tal forma a permitir que não apenas as partes, mas essencialmente todos possam compreender as razões pelas quais o tribunal alterou o seu posicionamento.

Afinal, é justamente essa atuação clara, transparente e coerente que permite aumentar o grau de confiabilidade do cidadão no poder judiciário, em especial em matérias sensíveis à grande parte da população. Vale dizer, diante da dificuldade atual de formação de coalizões entre o poder legislativo e executivo, do aumento da fragmentação partidária e da baixa governabilidade, grandes temas políticos deságuam no poder judiciário, o qual, diante dos princípios que o regem, tais como da inafastabilidade jurisdicional e segurança jurídica, não dispõe de alternativa senão a tomada de decisão.

Nessa linha, mesmo que se opte pelo uso das virtudes passivas de Bickel (1986) ou mesmo nas decisões minimalistas de Sunstein (1999; 2007, p. 15), ainda assim determinadas matérias continuam a ser levadas ao Supremo. Essa força, a qual vem sendo paulatinamente atribuída a quase todas as Cortes Constitucionais nas últimas décadas, se por um lado trouxe, em um primeiro momento, uma expansão na atuação e nos poderes da Corte¹⁰, por outro lado, pode vir a ter como externalidade negativa a sua possível fragilização e desmonte (GLEZER, 2020).

Logo, se levar decisões de cunho político ao poder judiciário, por intermédio de suas Cortes Constitucionais, é um fenômeno intrínseco ao desenho constitucional brasileiro, ou mesmo uma forma de garantir a hegemonia das elites políticas, econômicas e sociais (HIRSCHL, 2020), o que importa, na afirmação de Ran Hirshel, uma suposta adoção de uma juristocracia, deve-se ter a devida cautela para que as referidas decisões sejam fruto de uma efetiva ponderação técnica, jurídica e adequadamente fundamentada com os “capítulos anteriores do romance”¹¹ ao invés de um solipsismo voluntarista (SCHLANSKI; SITO, 2017).

Assim, retomando a discussão proposta, na qual se pondera quais são os limites para as decisões construtivas indicadas no primeiro item do artigo em debate e como viabilizar que a sua utilização deixe de ser compreendida como um instrumento de atuação meramente política da Corte, para ser visualizada como um efetivo mecanismo de interpretação, passa-se a pensar sobre essas modalidades decisórias.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 152752/PR. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5346092>. Acesso em: 22 de mai.2022. Conferir, ainda: <https://www.conjur.com.br/dl/leia-voto-ministra-rosa-weber.pdf>. Acesso em: 22 de maio de 2022.

⁸ Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3774549>. Acesso em: 22 de maio de 2022.

⁹ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. O julgamento nas cortes supremas: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017; MARINONI, Luiz Guilherme. A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

¹⁰ Para uma análise da expansão do poder judiciário com viés sociológico, conferir: “quanto às razões sociológicas para a ampliação da importância do poder judiciário, encontram-se a nova sociedade pluralista, o novo perfil do julgador e a juridicização da sociedade”. – (LAZZARIN, 2020, p. 200). Para uma análise normativa sobre o poder judiciário, conferir:

BARBOSA, Leon Victor Q.; CARVALHO, Ernani. O Supremo Tribunal Federal como a rainha do jogo de xadrez: fragmentação partidária e empoderamento judicial no Brasil. Revista de Sociologia e Política, v. 28, 2020; MAGALHÃES, Rebecca; CARVALHO, Ernani. Há um desenho institucional favorável à independência judiciária? Um panorama das constituições vigentes na América Latina. Revista Debates, v. 8, n. 3, 2014.

¹¹ “Defende-se aqui a utilização da ideia do “romance em cadeia” e do “direito como integridade” de Dworkin, para que o Supremo Tribunal Federal passe a proferir suas decisões como se estivesse a escrever capítulos de um romance, com coerência em relação ao capítulo anterior e permitindo que o romance ainda continue a ser escrito por outras decisões (capítulos) no futuro, de modo que haja não só uma continuidade do processo decisório no tempo, devendo ser coerente não apenas às decisões do passado, mas também às normas e principalmente aos princípios erigidos pela comunidade política”. – (BARBOZA, 2014).

2 DECISÕES CONSTRUTIVAS: MÉTODO INTERPRETATIVO OU MANIPULAÇÃO?

O conceito de decisões manipulativas, também denominadas de normativas, tem sua origem na doutrina e jurisprudência italiana, em especial na doutrina de Riccardo Guastini (2019). Segundo o autor, as decisões manipulativas são aquelas perpetradas pela jurisdição constitucional com vistas a modificar ou aditar as normas submetidas à sua apreciação de forma a adequar o seu conteúdo ao texto constitucional¹².

Elas normalmente se diferenciam, como bem pontua o anteprojeto, em decisões redutivas, aditivas e substitutivas, embora não haja uniformidade na classificação (BARROSO; MELLO, 2019). As decisões redutivas são aquelas que, segundo parte da doutrina, mais se aproximariam à declaração de inconstitucionalidade parcial com ou sem redução de texto e dizem respeito às decisões que reconhecem um excesso legislativo e, por isso, promovem a supressão de algum elemento na norma. Já as aditivas têm cabimento quando textos normativos são considerados inconstitucionais diante do que deixaram de incluir em seu programa, razão pela qual se adiciona ou se acrescenta o conteúdo que faltava à norma para que ela, então, passe a ser considerada constitucional.

É o caso, por exemplo, da decisão levada ao plenário virtual que referendou a medida cautelar deferida pelo Ministro Edson Fachin na ADI 6327 "a fim de conferir interpretação conforme à Constituição ao artigo 392, § 1º, da CLT, assim como ao artigo 71 da Lei nº 8.213/91 e, por arrastamento, ao artigo 93 do seu Regulamento (Decreto nº 3.048/99), e assim assentar (com fundamento no bloco constitucional e convencional de normas protetivas constante das razões sistemáticas antes explicitadas) a necessidade de prorrogar o benefício, bem como considerar como termo inicial da licença-maternidade e do respectivo salário-maternidade a alta hospitalar do recém-nascido e/ou de sua mãe, o que ocorrer por último, quando o período de internação exceder as duas semanas previstas no art. 392, § 2º, da CLT, e no art. 93, § 3º, do Decreto nº 3.048/99" (ADI 6327-MC-Ref, Rel. Min. Edson Fachin)¹³.

Da mesma forma, na ADI relativa à possibilidade de interrupção da gestação do feto anencefálico colocou-se em debate se eventual interrupção configuraria ou não crime, uma vez que o artigo 128 do Código Penal não abrangia essa hipótese como uma das excludentes de ilicitude. A Corte acabou

por ampliar ou aditar a interpretação dada ao dispositivo legal como forma de adequá-lo à Constituição, abarcando também a possibilidade de interrupção da gestação em caso de anencefalia¹⁴.

Já as decisões substitutivas são aquelas em que a Corte declara a inconstitucionalidade "de um preceito na parte em que expressa certa norma em lugar de outra, substancialmente distinta, que dele deveria constar para que fosse compatível com a Constituição. Atuando dessa forma, a Corte não apenas anula a norma impugnada, como também a substitui por outra, essencialmente diferente, criada pelo próprio tribunal, o que implica a produção heterônoma de atos legislativos ou de um direito judicial." (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 148).

É o caso da decisão do Supremo Tribunal Federal, na ADI 4.424/DF, sobre a incidência dos artigos 12, inciso I, e 16, ambos da Lei nº 11.340/2006 ao assentar a natureza incondicionada da ação penal em caso de lesão corporal, pouco importando a extensão desta, praticado contra a mulher no ambiente doméstico, ao contrário do que expressamente afirmava o dispositivo. Segundo a referida decisão:

Consigno, mais uma vez, que o Tribunal, no julgamento do Habeas Corpus nº106.212/MS, declarou a constitucionalidade do artigo 41 da Lei nº 11.340/06 no que afasta a aplicação da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995 – Lei dos Juizados Especiais –, relativamente aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista para o tipo. E, no tocante aos crimes de lesão leve e de lesão culposa, a natureza condicionada da ação penal foi introduzida pelo artigo 88 da Lei nº 9.099/95. Logo, a declaração, como já ocorreu, da constitucionalidade do artigo 41 da Lei nº 11.340/06, a estampar a não incidência da citada lei, afasta a previsão de que a ação relativa ao crime do artigo 129 do Código Penal é pública condicionada, mas, já agora em processo objetivo – cuja decisão irradia-se extramuros processuais –, para expungir quaisquer dúvidas, resta emprestar interpretação conforme à Carta da República aos artigos 12, inciso I, e 16 da Lei nº 11.340/2006, para assentar a natureza incondicionada da ação penal em caso de crime de lesão corporal, pouco importando a extensão dessa última.¹⁵

Em que pese o largo uso dessas modalidades decisórias, elas não estão isentas de problemas ou mesmo do debate sobre a sua viabilidade democrática (SAGUÉS, 2019, p. 1273 – 1289). No caso das decisões aditivas, o grande problema diz respeito ao limite de

¹² Na definição de Luís Roberto Barroso e Patrícia Mello: "Trata-se de técnica de decisão por meio da qual o intérprete introduz novos conteúdos na norma, que não poderiam ser extraídos diretamente do seu programa normativo, a fim de compatibilizá-la com a Constituição". – (BARROSO; MELLO, 2019).

¹³ Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classe=NumeroIncidente=%22ADI%206327%22&base=acordaos&sinonimo=true>

&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanc ed=true. Acesso em: 30 de maio de 2022.

¹⁴ Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 30 de maio de 2021.

¹⁵ Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6393143>. Acesso em: 22 de maio de 2022.

atuação da jurisdição, ou seja, quando a Corte passa a atuar como legislador positivo, substituindo-se aos poderes políticos e quando atua nos limites atribuídos à jurisdição. Segundo Luís Roberto Barroso e Patrícia Mello:

Embora haja importantes controvérsias quanto à utilização de decisões aditivas em sentido estrito, pode-se afirmar que elas têm melhor aceitação quando é possível demonstrar argumentativamente que a superação da omissão relativa só poderia ocorrer de uma única forma obrigatória à luz da Constituição (soluzione a rime obbligate) ou, ainda, quando, mesmo que possível, em tese, a solução por mais de uma forma, as alternativas não eleitas pela Corte Constitucional seriam: (i) inverossímeis, (ii) incompatíveis com o próprio regime estabelecido pelo legislador, (iii) menos compatíveis com princípios constitucionais sob uma perspectiva sistêmica ou (iv) desproporcionais (inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais em sentido estrito) (BARROSO; MELLO, 2019, p. 19).

Tal como as decisões aditivas, as substitutivas estão ainda mais sujeitas à crítica doutrinária, na medida em que supostamente ofenderiam o princípio democrático, a separação dos poderes, o equilíbrio orçamentário e, ainda segundo alguns, argumentos consequencialistas, ao conferir ao judiciário o poder de manipular o conteúdo das leis submetidas ao controle de constitucionalidade.

Trata-se de uma crítica que se baseia, em grande parte, na ideia de que os Tribunais Constitucionais devem se portar como legisladores negativos, diante do fato de que os seus membros não foram eleitos pelo povo por meio do voto periódico e responsivo¹⁶. Essa crítica, embora seja desenvolvida por grande parte da doutrina como um dos possíveis efeitos adversos do controle de constitucionalidade (BINEMBOJM, 2004), não impedem, ao menos num primeiro olhar, a realização de decisões construtivas.

Devidamente demonstrado, conforme alhures indicado, que o preenchimento da omissão parcial seria a única interpretação constitucional possível, bem como que a interpretação aditiva permite uma maior unidade da legislação perante a Constituição, não há como se afirmar – de forma peremptória – que há uma quebra dos valores democráticos. Da mesma forma, não há uma necessária violação da separação de poderes sempre que a Corte profere uma decisão normativa, eis que, embora não caiba ao Judiciário a elaboração de um

ato normativo geral e abstrato – como é típico ao poder legislativo – incumbe ao poder judiciário explicitar o conteúdo dos enunciados linguísticos, seja para aclarar o seu conteúdo seja para extrair do texto a norma aplicável ao caso. Assim, dentro dessa medida, e respeitando o programa normativo proposto, há sim a criação e edificação de um direito pelo judiciário.

Trata-se, portanto, de uma tensão entre a legislatura e as Cortes que deve ser vista com a devida acuidade e ponderação, na medida em que negar por completo a admissibilidade das sentenças manipulativas com efeitos aditivos ou substitutivos seria conceder uma supremacia à legislação (WALDRON, 2004), sem se preocupar com a necessidade de adequação do sistema normativo à lei fundamental. Por outro lado, o uso desmedido das decisões manipulativas, sem a observância à técnica hermenêutica e à devida justificação argumentativa parece contribuir não apenas para a crise de legitimidade¹⁷ da Corte Constitucional como, adversariamente, ao seu possível desmonte.

CONCLUSÃO

No fim, mais do que métodos interpretativos previstos no inciso 40, a possibilidade de decisões construtivas deve vir acompanhada da necessária justificação, coerência e respeito à integridade do Direito, na medida em que as decisões construtivas ou normativas devem servir para viabilizar a adequação da norma sub judice ao sistema jurídico-constitucional. Eventuais decisões que não venham permeadas com esse intuito, mas que sejam apenas um mecanismo para encobrir o arbítrio do intérprete ou a propulsão de interesses particulares ou escusos não se coadunam com os princípios e fundamentos do atual Estado Democrático de Direito.

Nessa ótica, retomando a reflexão inicial proposta, no artigo 40, ao explicitar algumas modalidades ou caminhos ao hermeneuta, ainda que de cunho meramente exemplificativo, permite adequar os termos da lei ou ato normativo à Constituição. Para tanto, deve-se ter em mente alguns pressupostos. O primeiro deles é que as decisões construtivas de caráter aditivo devem ser utilizadas "quando for possível demonstrar, argumentativamente, a existência de uma única solução constitucional para o preenchimento da omissão parcial" (BARROS; MELLO, 2019, p. 25).

¹⁶ Em crítica a essa afirmação está a posição delineada pelo Prof. J.J. Gomes Canotilho (2003).

¹⁷ Não é possível desconhecer o argumento desenvolvido por Vanberg, quando afirma que a legitimidade judicial também depende do poder atribuído aos demais agentes políticos a ele, bem como do apoio popular efetivamente recebido em temas polêmicos. Vale dizer, quando Vanberg afirma que existem dois pontos de edificação da autoridade judicial, conforme alhures indicado, ele assevera que (i) o apoio à autoridade judiciária ocorre "quando executivos e legisladores obtêm benefícios

diretos ou indiretos da presença de um judiciário influente (explicações endógenas)"; da mesma forma "(ii) o amplo apoio dos cidadãos à independência judicial pode tornar os ataques à autonomia judicial onerosos para outros formuladores de políticas e fornecer um escudo para o judiciário (explicações exógenas)". O autor ainda afirma que ambos os mecanismos podem ser "complementados pelo comportamento estratégico dos juízes, que exercem seu poder de forma a construir e manter sua autoridade." – (VANBERG, 2015, p. 182).

Nas decisões substitutivas, quando o vácuo normativo gravíssimo é produzido pela declaração de inconstitucionalidade da norma, pode ser justificável que o próprio tribunal supra a norma faltante, ainda que haja mais de uma alternativa constitucionalmente válida, desde que respeitado o seguinte exame tripartido:

[...] i) a não intervenção criativa da Corte agravaria a inconstitucionalidade; ii) inexistência de movimentação congressual consistente de adotar nova normativa sobre a matéria; iii) as normas produzidas correspondem ao mínimo de criatividade possível (GONÇALVES, 2016, p. 317).

Em ambas as formas de decisão deve-se ter em mente que ainda que as decisões de cunho minimalista possam ter efeitos negativos no sistema jurídico, como indica Rodrigo Brandão, elas ainda podem ser uma boa alternativa quando o Supremo Tribunal Federal se depara com questões políticas importantes ou mesmo diante dos chamados "desacordos morais razoáveis" como forma de alcançar ou reforçar a noção de diálogo constitucional. Nessa lógica, as decisões construtivas podem ser um mecanismo de manutenção da integridade e coerência do sistema, mas não podem ultrapassar os limites do respeito aos contornos institucionais específicos de cada um dos poderes.

Em outras palavras, o emprego dessas modalidades ou técnicas decisórias parece ser inevitável na medida em que durante o processo de interpretação sempre há alguma forma de construção da norma pelo intérprete, em especial nos juízos de controle de constitucionalidade, nos quais as questões não se centram na existência ou não de um juízo de atuação criativa (legislativa), mas nos limites dessa atuação no exercício de compatibilidade da norma à Constituição. Os limites, conforme repisado alhures, dizem respeito mais a uma atuação de um intérprete comprometido com as balizas democráticas e com o compromisso normativo constitucional do que a denominação que se atribua à atividade em si de extração das normas dos enunciados linguísticos.

Como bem ressalta José Joaquim Gomes Canotilho:

[...] uma constituição pode ser flexível sem deixar de ser firme. A necessidade de uma permanente adequação dialéctica entre o programa normativo e a esfera normativa justificará a aceitação de transições constitucionais que, embora traduzindo a mudança de sentido de algumas normas provocado pelo impacto da evolução da realidade constitucional, não contrariam os princípios estruturais (políticos e jurídicos) da constituição (CANOTILHO, 2003, p. 1229).

É o que se pretende ver, como diria Rubens Glezer, dentro das quatro linhas do campo (GLEZER, 2020).

REFERÊNCIAS

ABRANCHES, Sérgio. *Presidencialismo de coalização: raízes e evolução do modelo político brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. A oscilação decisória no STF acerca da garantia da presunção de inocência: entre a autovinculação e a revogação de precedentes. *Revista de informação legislativa*, v. 55, n. 217, p. 135 – 156, jan./mar. 2018.

BARBOSA, Leon Victor Q.; CARVALHO, Ernani. O Supremo Tribunal Federal como a rainha do jogo de xadrez: fragmentação partidária e empoderamento judicial no Brasil. *Revista de Sociologia e Política*, v. 28, 2020.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Escrevendo um romance por meio dos precedentes judiciais: uma possibilidade de segurança jurídica para a jurisdição constitucional brasileira. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 177 – 207, abr./jun. 2014.

BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. O papel criativo dos tribunais – técnicas de decisão em controle de constitucionalidade. *Revista AJURIS*, Porto Alegre, v. 46, n. 146, jun./ 2019.

BARROSO, Luís Roberto; MONTEÔNIO, Frederico. Como salvar a repercussão geral: transparência, eficiência e realismo na escolha do que o Supremo Tribunal Federal vai julgar. *In*: BARROSO, Luís Roberto. *Um outro país: transformações no direito, na ética e na agenda do Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BICKEL, Alexander. *The Last Dangerous Branch*, *New Haven and London: Yale University Press*, 1986.

BINEMBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BLANCO MORAIS, Carlos. As sentenças com efeitos aditivos. *In*: BLANCO DE MORAIS, Carlos; CASSEB, Paulo A.; MONTEBOLO, Sofia et al. *As sentenças intermediárias da justiça constitucional*. Lisboa: AAFDL, p. 15 – 115, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

FALLON JR., Richard H. *The Core Of An Uneasy Case For Judicial Review*. Disponível em: https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/11222677/fallon_judicialreview.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 20 abr. 2022.

GLEZER, Rubens. *Catimba constitucional. O STF, do antijogo à crise constitucional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2020.

GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

GONÇALVES, Gabriel Accioly. *O desenvolvimento judicial do Direito: construções, interpretação criativa e técnicas manipulativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

GUASTINI, Riccardo. *Interpretar e argumentar*. Belo Horizonte: Editora D'Plácida, 2019.

HIRSCHL, Han. *Rumo à juristocracia. As origens e consequências do novo constitucionalismo*. Londrina: Editora E.D.A., 2020.

JOBIM, Marco Félix. *Controle difuso de constitucionalidade das leis: rumo cada vez mais ao sistema abstrato*. In: MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). *Processo Constitucional*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 831 - 846.

LAZZARIN, Sonilde Kugel. *As razões sociológicas da expansão do poder judiciário no mundo contemporâneo. Espaço jurídico*. Joaçaba, v. 10, n. 2, p. 191 - 212, jul./dez., 2009.

MAGALHÃES, Rebecca; CARVALHO, Ernani. *Há um desenho institucional favorável à independência judiciária? Um panorama das constituições vigentes na América Latina*. *Revista Debates*, v. 8, n. 3, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. *O julgamento nas cortes supremas: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. 2. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2016.

MENDES, Conrado Hubner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEYER, Emílio Peluso Neder Meyer. *Decisão e jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

NOBRE, Marcos; RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Judicialização da política? Sobre a naturalização da separação dos poderes*. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

SAGUÉS, Néstor Pedro. *Control de constitucionalidade, controle de convencionalidad y la problemática de sus topes*. In: MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). *Processo Constitucional*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 1273 - 1289.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SCHAUER, Frederick. *Judicial supremacy and the modest Constitution*. *California Law Review*, 2004, v. 93, p. 1.064/1.066.

SCHLANSKI, Mariana; SITO, Santiago Artur Berger. *O solipsismo das decisões judiciais produzidas no paradigma da filosofia da consciência e a exigência democrática da hermenêutica*. *Revista de Argumentação e Hermenêutica Jurídica*, v. 3, n. 1, 2017. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/HermenêuticaJuridica/article/view/2171>. Acesso em: 30 de maio de 2022.

SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *Sentenças aditivas na jurisdição constitucional brasileira*. Belo Horizonte: Forum, 2016.

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

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SUNSTEIN, Cass. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1999.

SUNSTEIN, Cass. *Incompletely Theorized Agreements in Constitutional Law*. *University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper*, n. 147, 2007.

VANBERG, Georg. *Constitutional Courts in comparative perspective: a theoretical assessment. Annual Review of Political Science*, v. 18, p. 167 - 185, 2015.

WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement. Oxford: Oxford University Press, 2004.*

A DEFICIÊNCIA PESSOAL E A RESOLUÇÃO CNJ N° 343 DE 2020

PERSONAL DISABILITY AND CNJ RESOLUTION N°. 343 OF 2020



Mauro Bley Pereira Junior¹

Breve estudo dos direitos fundamentais, deficiência, capacitismo, assistência. Análise da Resolução CNJ 343/90 quanto a condições especiais de trabalho aos deficientes e às pessoas que os assistem.

Palavras-Chaves: Deficiência; Assistência; Condições especiais de trabalho.

Brief study of fundamental rights, disability, ableism, assistance. Analysis of CNJ Resolution 343/90 regarding special working conditions for the disabled and the people who assist them.

Keywords: Deficiency; Assistance; Special working conditions.

¹ Juiz de Direito Substituto em Segundo Grau no Tribunal de Justiça do Paraná. Mestre em Direito Privado pela Universidade Federal do Paraná em 1992. E-mail: mbp@tjpr.jus.br.

INTRODUÇÃO

O professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho narra que desde a revolução de 1789, o regime constitucional é associado à garantia dos direitos fundamentais. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão condicionou à proteção dos direitos individuais a existência da Constituição. Isso indicou, com absoluta certeza, que a existência da Constituição estaria relacionada a disposições que estabelecessem uma esfera autônoma de ação do indivíduo, delimitando o campo de interferência legítima do Estado. Essa era a ideia do individualismo.

Com o passar dos tempos, operou-se mudança no modo de encarar as relações entre o indivíduo e o Estado, sendo estabelecidos direitos a serem reconhecidos e protegidos pelo Estado em prol do indivíduo. Assim, foram reconhecidos direitos considerados fundamentais ao indivíduo, com caráter de inalienabilidade, imprescritibilidade e irrenunciabilidade.

O reconhecimento e a proteção desses direitos passaram a integrar as constituições na medida de defender direitos e garantias em favor de indivíduos, que seriam superiores ao próprio poder que os concedeu ou reconheceu. Esses direitos são reconhecidos como direitos humanos fundamentais (FERREIRA, 1977, p. 118 – 124).

Conforme a atual Constituição Federal Brasileira é necessário observar que as pessoas com deficiência devem receber proteção e garantias decorrentes de direitos humanos fundamentais.

Conforme observa o Conselheiro do CNJ Mário Maia, os direitos humanos decorrem de mandamento supralegal e de titularidade transindividual que ultrapassam a esfera do indivíduo, sendo esta a “ratio” pela qual são considerados metaindividuais, pertencendo a uma coletividade e não ao indivíduo (MAIA, 2022).

Toda norma de direitos fundamentais tem eficácia máxima, cujo objetivo e razão de ser são a busca no arcabouço de direitos fundamentais.

Os grandes movimentos sociais dos dois últimos séculos produziram relevantes mudanças jurídicas e a convicção de que a realização dos direitos humanos exige muito mais que generosidade, sendo necessária a mudança de mentalidade.

Os direitos humanos não dependem mais de teorizações, mas de atitudes concretizadoras.

Os direitos humanos não devem ser justificados, mas protegidos, devendo ser tratados não como questão filosófica, mas política.

Considera-se discriminação toda forma de distinção, restrição ou exclusão, por ação ou omissão, que tenha o propósito ou o efeito de prejudicar, impedir ou anular o reconhecimento ou o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais de pessoa com

deficiência. A definição se aplica também à recusa em promover adaptações razoáveis e fornecer tecnologias assistivas. (art. 4º, § 1º, da lei 13.146/2015).

Em 2010, o Tribunal Superior do Trabalho criou a primeira comissão especial dedicada à questão da acessibilidade, com o objetivo de assegurar às pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida o pleno exercício de seus direitos e de promover ações eficazes voltadas para a sua inclusão e ambientação. Denominada Comissão Permanente de Acessibilidade e Inclusão, tem como objetivo estabelecer diretrizes para o desenvolvimento e a elaboração de políticas de acessibilidade na Instituição. A Comissão também é responsável por buscar adequações relativas a barreiras pedagógicas, edificações, urbanísticas, transporte, informação e comunicação, conforme os princípios do desenho universal.

Neste sentido foi estabelecida a Rede Acessibilidade e Inclusão da Pessoa com Deficiência, acordo de cooperação técnica que prevê o intercâmbio de experiências, informações, pesquisas, tecnologias e soluções de acessibilidade. Além do TST, integram a rede o Supremo Tribunal Federal (STF), o Superior Tribunal de Justiça (STJ), o Tribunal de Contas da União (TCU), o Senado Federal, a Câmara dos Deputados e o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT).

A dispensa é considerada discriminatória quando for motivada por origem, raça, cor, sexo, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional ou idade. Caso a dispensa tenha sido ocasionada por algum dos motivos previstos na Lei 9.029/1995, o empregado pode requerer indenização por dano moral e reintegração ao emprego, com ressarcimento integral de todo o período de afastamento.

Infelizmente, no Brasil ainda se verifica o desconhecimento de direitos às pessoas com deficiência.

Neste sentido, observo notícia publicada na Revista Consultor Jurídico – Conjur, em 02/10/2022, com título “Dispensa Discriminatória - Empresa que demitiu mãe de criança com Down terá que indenizar”

A notícia informa que juiz do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, utilizou o Decreto 4.377 de 13/09/2002, que promulgou a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e a Convenção Sobre os Direitos das Pessoas Com Deficiência para fundamentar decisão que condenou empresa por dispensa discriminatória.

É relatado na notícia (2022):

No caso concreto, uma profissional que trabalhava em home office foi dispensada quando a empresa decidiu retomar as atividades presenciais, ela possui um filho portador de

Síndrome de Down e precisava se manter em casa para cuidados dele.

Em sua defesa, a empresa sustentou que a impossibilidade da trabalhadora retomar suas funções presencialmente motivou a rescisão do contrato de trabalho e que essa era uma prerrogativa do empregador.

O juiz, contudo, entendeu que ainda que exista, de fato, o poder diretivo, este é limitado, pois deve sempre observar a função social desempenhada pela parte empregadora. Neste sentido, ponderou (CONJUR, 2022):

Em defesa, a própria reclamada havia relatado que "as atividades da Reclamante, até então realizadas de forma presencial nas dependências da Reclamada, passaram a ser desempenhadas exclusivamente fora das dependências da Ré, através de meios telemáticos de comunicação", ou seja, o que demonstra que havia a total condição de adaptar a situação contratual às realidades vivenciadas pelas partes [...].

Por fim, o magistrado explicou que ao simplesmente rescindir o contrato, sendo conhecedora das condições da reclamante, como reconheceu em defesa, adotou postura totalmente contrária ao Direito, implicando em reconhecimento de ato discriminatório." (CONJUR, 2022),

A decisão judicial tem inegáveis marcas de equilíbrio, ponderação e equidade, sendo que adaptou leis ao caso concreto, atendendo a sua finalidade social e observando que houve discriminação e ofensa indireta ao direito de pessoa com deficiência.

Como se pronuncia Paulo Bonavides, "as decisões judiciais devem ser avaliadas pelo seu conteúdo de justiça, não pela sua adequação à legalidade." (BONAVIDES, 2020).

1 A DEFICIÊNCIA

Nos termos do art.2º da Lei nº 13.146 de 06 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com deficiência), a deficiência trata-se de impedimento pessoal de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir a participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

A deficiência já foi vista como um problema pessoal e particular, e não caberia a sociedade qualquer atuação no sentido de permitir o desenvolvimento e inclusão social dessa pessoa. Naquele período, não havia qualquer atenção às barreiras enfrentadas por essas pessoas, que deveriam conformar-se com as limitações existentes.

Felizmente, nas últimas décadas, observa-se o reconhecimento que todas as pessoas, deficientes ou

não, têm direito ao pleno desenvolvimento e participação social, sendo reconhecida a necessidade de proteção e inclusão.

Em nível internacional, a mudança conceitual sobre deficiência foi estabelecida na Organização das Nações Unidas (ONU), em março de 2007, através da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, também chamada de Convenção de Nova York. O Brasil ratificou os atos junto ao Secretário Geral das Nações Unidas em 1º de agosto de 2008, e os atos institucionais entraram em vigor para o Brasil, no plano jurídico externo, em 31 de agosto de 2008, sendo promulgados através do Decreto nº 6949 de 25 de agosto de 2009.

A deficiência trata-se de mera situação de diversidade de condições humanas, que indica a necessidade de políticas e medidas para garantir acessibilidade. A deficiência não é razão para considerar a pessoa incapaz. Considerá-la incapaz e negar sua inclusão é reconhecido como capacitismo.

O capacitismo é fenômeno de exclusão e violência contra pessoas com deficiência e configura-se um tipo de violência que transcende o âmbito da ação individual, e, muitas vezes, é reproduzido pelas próprias instituições ao considerar os cuidados às pessoas com deficiência como privilégios, e não como direitos.

Uma das concepções capacitistas é a propagação de ideias baseadas em estereótipos equivocados de que pessoas com deficiência são frágeis, doentes, e não podem contribuir socialmente.

Não se pretende aqui negar algumas limitações vivenciadas por pessoas com deficiência, mas o que se defende é que tais situações devem ser contornadas através da eliminação ou amenização de barreiras, por meio da oferta de condições que garantam acessibilidade.

É de se destacar que muitas pessoas com deficiência atuam com especial força e concentração, a ponto de alcançar extraordinário destaque social, ultrapassando, em vários sentidos e situações, as pessoas sem qualquer deficiência.

A título meramente exemplificativo, faço menção de algumas personalidades:

Helen Keller: Norte-americana. Surda e cega. Filósofa, escritora, jornalista, ativista política e palestrante. Premiada por obras literárias e reportagens, foi ativista contra a guerra e em favor de direitos dos trabalhadores.

Stephen Hawking: Inglês. Esclerose miotrófica lateral. Físico teórico britânico. Um dos maiores cientistas do mundo.

Jean-Dominique Bauby: Francês. Síndrome do confinamento. Jornalista e editor da revista Elle. Escreveu um livro movendo apenas uma pálpebra.

John Nash: Norte-americano. Esquizofrenia. Matemático que desenvolveu teorias aplicadas muito além de seu tempo.

Christy Brown: Irlandês. Paralisia cerebral. Escritor, poeta e pintor que pintava e escrevia usando apenas o pé esquerdo.

Frida Khalo: Mexicana. Poliomielite e espinha bífida. Pintora e ativista política. Artista consagrada pela extraordinária qualidade e intensidade de suas obras.

Nobuyuki Tsujii: Japonês. Síndrome de Down e Cego. Pianista. Um dos melhores pianistas do mundo.

Philippe Pozzo di Borgo: Francês. Tetraplégico. Administrador. Autor do livro autobiográfico "Le second souffle" (O segundo suspiro), que se transformou no filme "Intocáveis", o filme mais visto na França em 2011, e o mais rentável filme francês. A verba arrecadada foi doada a uma associação de amparo a deficientes físicos.

Sudra Chandran: Indiana. Deficiente física com prótese em uma das pernas. Dançarina. Uma das mais aclamadas dançarinas indianas, apresentando-se em vários países.

Jamie Brewer: Norte-americana. Síndrome de Down. Atriz e apresentadora. Já apresentou anúncios no principal evento esportivo dos EUA (Super Bowl) e trabalhou na famosa série "American Horror Story".

Mara Gabrielli: Brasileira. Tetraplégica. Publicitária, psicóloga e empreendedora. Secretária Municipal, vereadora, deputada federal e atualmente senadora. Fundadora de ONG para promover a acessibilidade, pesquisas sobre a cura de paralisia, e a inserção de pessoas com deficiência no mercado de trabalho.

Ricardo Tadeu Marques: Brasileiro. Cego. Desembargador no Tribunal Regional do Trabalho do Paraná. Um dos mais cultos e produtivos magistrados brasileiros. Desenvolveu método de trabalho em que memoriza os casos em que atua.

Viver com deficiência, no meu entendimento, significa um renascimento.

Reproduzo uma história que ilustra esta afirmação:

Foi organizado evento beneficente para obter doações a fim de tratamento do professor, guru, psicólogo, e escritor norte-americano Richard Alpert, também conhecido como Ram Dass, que havia sofrido um severo derrame (AVC). Ele perdeu a mobilidade das pernas, e depois de quase um ano de reabilitação, conseguia falar, mas com dificuldade e procurando palavras.

Ram Dass foi levado em uma cadeira de rodas para o palco, e disse (2015):

Durante anos, pratiquei, como karma yogue, o caminho do serviço. Escrevi livros que falam de aprender a servir, ajudar os outros. Agora, renasci

numa outra situação. Preciso que me ajudem a levantar, que me alimentem, me lavem, e que me levem para a cama.

Posso dizer, com certeza, que é mais difícil ser ajudado do que ajudar. Mas, esse é apenas outro tempo na minha vida, pois já renasci muitas vezes. Nos anos 60, eu era professor em Harvard, e quando considerei o fim deste ciclo, saí com Tim Leary espalhando a cultura psicodélica. Nos anos 70, novamente renasci e fui à Índia, de onde retornei como Baba Ram Dass, o guru. Nos anos 80, renasci novamente e participei da fundação da Seva Foundation, construí hospitais, e auxiliei refugiados.

Sempre toquei violoncelo, joguei golfe, e dirigi automóvel. Desde o derrame, o carro está na garagem, e o violoncelo e os tacos de golfe estão no armário. Se eu me visse como esta pessoa, sentiria muita pena. Mas não me vejo assim. Com o derrame, eu renasci e agora tenho uma nova vida nesse corpo. É onde estou, o que sou, e onde preciso estar. É necessário aceitar este renascimento." (BRAGA, 2010, p. 28).

A vida, por vezes, não é o que esperamos, e apresenta vários obstáculos. A principal finalidade de nossa existência é a evolução. E isso muitas vezes importa em superação de dor e frustração, e realizar um renascimento, como ocorre com as pessoas com deficiência.

É de se destacar o relevante valor das pessoas que assistem e convivem com pessoas com deficiência.

Conviver e assistir pessoas com deficiência exige exercícios de força mental e espiritual que devem ser desenvolvidos todos os dias.

Essa força também se traduz na circunstância de que essas pessoas devem ter um especial sentido de solidariedade e generosidade. Diariamente, essas pessoas devem trazer motivação, sempre observando que o amanhã sempre será dia de ser novo, ser outro, ser mais. Essas pessoas não podem permanecer presas em fatos do passado, e devem reconhecer os milagres diários.

Ainda no sentido de demonstrar a importância de assistir pessoas com deficiência, observo que as personalidades acima nominadas sempre contaram com auxílio e apoio de pessoas que entenderam a importância de conceder as mesmas oportunidades e mostrar que a deficiência é uma barreira que sempre pode ser ultrapassada.

Neste sentido, apenas de forma exemplificativa:

Helen Keller, em 1887, antes de completar sete anos de idade, passou a contar com a ajuda da professora Anne Sullivan que foi contratada pela família e passou a morar em sua casa, tornando-se também sua acompanhante, conforme é relatado no livro "*The Story of My Life*", e no filme "The Miracle Worker" (O Milagre de Anne Sullivan) (KELLER, 1902).

Stephen Hawking contou com o auxílio de sua primeira esposa, a educadora inglesa Jane Hawking, conforme é relatado no livro "*Travelling to Infinity: My life with Stephen*" e no filme "A teoria de Tudo: A extraordinária História de Jane e Stephen Hawking". (HAWKING, 2007).

Jean-Dominique Bauby contou com a ajuda e a empatia da fonoaudióloga Sandrine para a criação um sistema de comunicação feita por Jean com um olho só, pois foi a única parte do corpo dele que se mexia. (BAUBY, 1997).

3 A RESOLUÇÃO CNJ Nº 343 DE 09/09/2020

Os direitos das pessoas com deficiência tratam-se de direitos fundamentais que surgiram com o objetivo de proteger e garantir justiça a todas as pessoas, independentemente de suas condições físicas e mentais.

Esses direitos visam combate à discriminação e barreiras que impedem que as pessoas com deficiência aproveitem e exerçam seus direitos fundamentais. É necessário observar igualdade de tratamento entre pessoas com e sem deficiência. A aplicação da igualdade, nestes casos, está relacionada à equidade, em que é necessário tratamento diferenciado para promover a integração e o pleno desenvolvimento das pessoas com deficiência.

O Conselho Nacional de Justiça, através da Resolução 343/2020, estabeleceu que pessoas com necessidades especiais e com doenças graves também tenham condições diferenciadas de trabalho – o que já era permitido para pessoas com deficiência ou que tinham filhos ou dependentes com deficiência. Para este último grupo, a resolução define que, quando ambos os pais ou representantes legais forem servidores, os dois poderão ter horário especial. Antes da resolução, o direito ao horário especial seria concedido a apenas um responsável, o que caracterizaria, indiretamente, um prejuízo e ofensa à pessoa com deficiência.

O art. 2º da mencionada resolução observa a legitimidade da condição especial de trabalho dos magistrados e servidores, cabendo aos Tribunais proceder a designação provisória para atividade fora da comarca ou subseção de lotação do(a) magistrado(a) ou do(a) servidor(a), de modo a aproximá-los do local de residência do(a) filho(a) ou do(a) dependente legal com deficiência, assim como do local onde são prestados a si ou aos seus dependentes serviços médicos, terapias multidisciplinares e atividades pedagógicas;

Consta do parágrafo primeiro do mesmo dispositivo que para fins de concessão de condições especiais de trabalho, deverão ser considerados o contexto e a forma de organização da família, a necessidade de compartilhamento das

responsabilidades, a participação ativa dos pais ou responsáveis legais, com o objetivo de garantir a construção de um ambiente saudável e propício ao crescimento e ao bem-estar de seus(suas) filhos(as) ou dependentes, bem assim de todos os membros da unidade familiar.

Entre as condições especiais de trabalho que poderão ser solicitadas estão:

- designação provisória para atividade fora da Comarca ou Subseção de lotação, de modo a aproximar o servidor do local de residência do(a) filho(a) ou do(a) dependente legal com deficiência, assim como do local onde são prestados a si ou aos seus dependentes serviços médicos, terapias multidisciplinares e atividades pedagógicas;

- apoio à unidade judicial de lotação ou designação, que poderá ocorrer por meio de designação de juiz auxiliar com jurisdição plena, ou para a prática de atos processuais específicos, pela inclusão da unidade em mutirão de prestação jurisdicional e/ou pelo incremento quantitativo do quadro de servidores.

- concessão de jornada especial, nos termos da lei;

- exercício da atividade em regime de teletrabalho, sem acréscimo de produtividade de que trata a Resolução CNJ 227/2016.

As referidas disposições indicam, com muita segurança, que cabe aos Tribunais observar o direito de magistrados e servidores, e seus filhos ou dependentes com deficiência, permanecerem próximos, e em locais onde possam ser prestados serviços médicos, terapias e atividades pedagógicas.

Note-se que se trata de direito, e não de benefício; e que este direito é reconhecido ao magistrado ou servidor, e também em favor da pessoa com deficiência que deve residir em local onde possa receber serviços de saúde e assistência adequadas.

O Censo realizado pelo Centro de Pesquisas Judiciais (CPI) da Associação dos Magistrados Brasileiros, publicado em 2022, mostrou que muitos magistrados(as) se encontram nas condições prevista na mencionada Resolução. De 813 magistrados que responderam à pesquisa, 101 têm algum tipo de deficiência e 201 têm pelo menos um dependente com deficiência. A pesquisa também demonstrou que 42% dos magistrados que responderam à pesquisa disseram desconhecer a mencionada Resolução. (2022).

Os tribunais estaduais e federais deveriam até o início de dezembro de 2020 regulamentar a mencionada Resolução. Apesar de alguns atrasos, as informações oficiais dão conta que atualmente todos os tribunais brasileiros estão adotando as regras previstas.

A Resolução e sua regulamentação pelos Tribunais se insere na política pública de inclusão para a proteção aos direitos da pessoa com deficiência, em conformidade com o estabelecido na Convenção

Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, ratificada pelo Brasil com status de Emenda Constitucional em 2008. Conforme bem mencionou o Ministro Dias Toffoli, então presidente do CNJ, "essa resolução não estabelece nenhum privilégio, tanto que não contém nenhuma distinção entre magistrados e servidores. Apenas faz cumprir os preceitos previstos na Constituição Federal."

CONCLUSÃO

A deficiência trata-se de impedimento pessoal de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir a participação plena e efetiva na sociedade

As deficiências pessoais não significam incapacidade.

As pessoas com deficiência devem ser respeitadas, e seus direitos fundamentais reconhecidos através de políticas públicas de inclusão.

Esses direitos fundamentais são normas e valores que buscam a proteção, o amparo e a inclusão das pessoas com impedimentos de natureza física, mental, intelectual ou sensorial.

Tais direitos se baseiam no princípio da igualdade e inclusão, em que todos devem ter condições de desenvolvimento e participação ativa na sociedade.

Para obter igualdade e inclusão, as pessoas com deficiência tem o direito à condições especiais de trabalho, e à assistência de pais e responsáveis, a quem também devem ser concedidas condições especiais de trabalho.

No sentido do reconhecimento desses direitos, foi editada a Resolução 343/2020, que atende a obrigação do Estado de promover a integração e o desenvolvimento social das pessoas com deficiência, como forma de reduzir desigualdades e eliminar barreiras à inclusão.

A referida resolução estabelece condições especiais de trabalho que são medidas para garantir à pessoa com deficiência, qualidade de vida em ambiente inclusivo, na medida em que permite assistência próxima de pais ou responsáveis, atendimento de saúde, realização de terapias e atividades pedagógicas.

Tendo em vista os dados obtidos em pesquisa institucional, são necessárias atividades da Associação dos Magistrados Brasileiros, Associações de Magistrados Estaduais e Federais, e as Associações de Servidores Estaduais e Federais para divulgação da Resolução 343/2020 aos magistrados e servidores.

Neste sentido, é necessária a promoção de cursos, seminários ou ações educativas para que esta política pública seja difundida culturalmente na sociedade brasileira.

São, também, necessárias outras políticas públicas que gerem empoderamento das pessoas com deficiência, protegendo-as do capacitismo.

Esse empoderamento também poderia ocorrer com cotas para a candidatura política de pessoas com deficiência. No Brasil ainda não há lei nesse sentido, mas uma Proposta de Emenda Constitucional (PEC 34 de 2016) pretende que seja estabelecido um quantitativo de cadeiras no legislativo federal, estadual e municipal para pessoas com deficiência.

REFERÊNCIAS

BAUBY, Jean-Dominique. *Le scaphandre et le papillon*. 1. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1997.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 35. ed. São Paulo: Ed. Juspodivm, 2020.

BRAGA, Rosana. Histórias para viver feliz. v. 18. São Paulo: Ed. Minuano, 2010.

BRASIL. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: [conjur.com.br/secoes/noticias/2022-out-02](https://www.conjur.com.br/secoes/noticias/2022-out-02). Acesso em: 23 out. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/web/guest/comissao-de-acessibilidade-e-inclusao>. Acesso em: 23 out. 2022.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Direitos Constitucionais Fundamentais. Enciclopédia Saraiva do Direito, v. 28, São Paulo. Ed. Saraiva, 1977.

HAWKING, Jane. *Travelling to Infinity: My Life with Stephen*. 1. ed. London: Alma Books, 2007.

KELLER, Helen. *The Story of my life*. 1. ed. 2008.

MAIA, Mário. Judicialização da Saúde em Demandas que envolvam Pessoas com Deficiência. *In*: Palestra no Curso Direito das Pessoas com Deficiência – Desafios Contemporâneos – Tecnologia e Acessibilidade, Escola Nacional da Magistratura, 15 out. 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/ciclo-de-palestras-na-bahia-destaca-direitos-a-pessoa-com-deficiencia/>. Acesso em: 23 nov. 2022.

SZPORE, Patrícia Cerqueira Kertzman; ARAUJO, Elbia Rosane Souza de; MELO, Flávio Henrique de. Centro de pesquisas judiciais da AMB. Brasília: AMB, 2022. Disponível em: <https://cpj.amb.com.br/projetos/pesquisas/>. Acesso em: 23 nov. 2022.

FAKE NEWS – BREVE ESTUDO E COMBATE

FAKE NEWS – BRIEF STUDY AND COMBAT



Mauro Bley Pereira Junior ¹

Breve estudo sobre *Fake News*, apresentando-se conceito, a controvérsia com a liberdade de expressão, o desenvolvimento com a internet e redes sociais, exemplos legislativos e algumas decisões judiciais. Propõe-se combate e plano de ação.

Palavras-Chaves: *Fake News*; Internet e redes sociais; Combate.

Brief study on FaKe News, presenting the concept, the controversy with freedom of speech, the development with the internet and social networks, legislative examples and some judicial decisions. Combat and action plan are proposed.

Keywords: Fake News; Internet and social networks; Combat.

¹ Juiz de Direito Substituto em Segundo Grau no Tribunal de Justiça do Paraná. Mestre em Direito Privado pela Universidade Federal do Paraná em 1992. E-mail: mbp@tjpr.jus.br.

INTRODUÇÃO

O presente estudo é fruto de conhecimentos adquiridos no curso "Fake News e o Espaço Público Digital" promovido pela Escola Nacional da Magistratura, em julho de 2022, sob a tutoria do Prof. Dr. Paulo Brasil Menezes. A partir de tais conhecimentos, aliados a pesquisas realizadas em artigos científicos relacionadas ao tema, apresento este breve estudo para ponderar sobre a importância social das *Fake News*, e ousadamente, ao final, indicar proposta de combate no ambiente social e de trabalho.

1 CONCEITO

Não há conceito jurídico e legal de *Fake News*. As ideias conceituais que serão expostas neste breve estudo são ideias gerais. Para que se verifique a necessidade de um conceito jurídico e legal, é necessário que sejam apresentados elementos objetivos de sua importância para incidência do direito. Há várias críticas doutrinárias sobre a expressão *Fake News*, sendo que Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery apresentam conceito doutrinário de "ardiloso e bem urdido conjunto de fatos verdadeiros, que desmerecem uma afirmação, também verdadeira, mas que se quer seja recebida como falsa", e serve para "criar no destinatário a certeza de que essas mentiras reiteradas (ou meia verdades) apresentam-se como verdade". (NERY JR, 2020).

Há preocupação conceitual de *Fake News* pela circunstância de que possam existir algumas interpretações que vejam *Fake News* em todas opiniões contrárias a um determinado tema. Tais interpretações podem resultar em prejuízo da liberdade de expressão e pensamento, a qual já contém limites próprios no campo da responsabilidade civil e penal.

A expressão *Fake News* foi utilizada, em 2016, na eleição de *Donald Trump* nos Estados Unidos, referindo-se a estratégias de construção de narrativas falsas ou descontextualizadas, marcadas por discursos emocionais, e sem a devida verificação.

Fake News seria expressão utilizada para ilustrar uma variada gama de informações: erros não intencionais, rumores sem origem, notícia inexata, teorias da conspiração, sátiras, distorções da realidade, falsas afirmações, paródias, conteúdo distorcido, conteúdo fabricado, falsas conexões, conteúdo manipulado, publicidade enganosa, dentre outros.

As *Fake News*, entendidas como informações ou notícias falsas ou descontextualizadas fazem parte da realidade social em todas as civilizações desde os primórdios temporais. A notícia ou informação falsa é detectada como mentira. A notícia descontextualizada é aquela que provem de informação verdadeira, mas é distorcida ao ser apresentada em outro contexto fático-social, de forma que se torna enganosa.

As *Fake News* se diferenciam dos boatos em razão de serem disseminadas, instantaneamente, a muitas pessoas, e serem apresentadas em determinado contexto com o objetivo de criar uma esfera falaciosa sobre algo ou alguém, de modo a enganar os destinatários da mensagem inverídica.

Essas notícias ou informações foram pano de fundo de atividades positivas, como a exploração de locais e de conhecimentos, bem como resultaram em eventos negativos, como conflitos e guerras.

O presente estudo refere-se às *Fake News* com efeitos negativos.

Claire Wardle e Hossein Dewrahshyan, em denso artigo científico, "*Information Disorder: Toward an interdisciplinary framework for research and policy making Council of Europe*" (2017) estabelecem três tipos diferentes de notícias ou informações com efeitos negativos, relacionando-as a danos:

Mis information, quando uma informação falsa é compartilhada, mas não se pretende nenhum dano; Dis information, quando uma informação falsa é compartilhada para causar dano, ou causa dano acidentalmente; e a Mal information, quando uma informação verdadeira é compartilhada para causar dano, o que, frequentemente, ocorre quando a informação particular é inserida em ambiente público. (WARDLE; DERAKHSHAN, 2017).

As *Fake News* que serão tratadas, neste estudo, são aquelas denominadas Dis information, ou desinformação, que, conforme anteriormente mencionado, tratam-se de notícias falsas ou descontextualizadas que causam dano, intencionalmente ou acidentalmente, a uma pessoa ou empresa, ou várias pessoas ou empresas.

Algumas dessas *Fake News* espalham o ódio, camuflam ações autoritárias e violentas, criando a falsa sensação da necessidade de reação violenta para obter ordem, legalidade e legitimidade no poder. A desinformação, nestes termos, com a apresentação de informações antagônicas foi e, ainda, é estratégia muito utilizada em conflitos e guerras.

Muitas das referidas *Fake News* tratam-se de desinformações que pretendem a formação de opinião e estão associadas a reações emocionais e de empatia, suggestionando o receptor a um determinado comportamento. A emoção, geralmente despertada na leitura da "manchete", atrai o receptor da notícia ou informação e o faz iniciar a leitura. A empatia, apresentada no texto, estabelece convencimento e acolhimento, propiciando a continuidade da leitura e cria estímulos para a adesão sem confirmar a veracidade e a integralidade da informação.

Essas *Fake News* têm impactos não somente no que tange à crise de confiança nas instituições públicas, verificada hodiernamente, podendo mesmo resultar em prejuízo da saúde e vida dos cidadãos.

Neste sentido, pelo *Centre for Countering Digital Hate do King's College London*, restou demonstrado que 60% das pessoas que acreditam nas informações mentirosas sobre o coronavírus estão mais sujeitas a descumprirem as medidas de isolamento social. (ALLINGTON; DHAVAN, 2020).

Portanto, as *Fake News* têm poder de comunicação enganosa e são capazes de prejudicar a liberdade de pensamento, o direito de acesso à informação, e podem até mesmo prejudicar a saúde e vida.

2 FAKE NEWS E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

As *Fake News* se revestem de opiniões, e aqueles que as produzem ou reproduzem sustentam o direito de manifestação fundado na liberdade de opinião, observando-se constantes discussões sobre a fronteira de tal liberdade.

Apesar do desenvolvimento social e tecnológico, não há um consenso sobre a especificidade deste limite.

É importante salientar que o ato de manifestar ideias e pensamentos diversos daqueles considerados socialmente aceitáveis é protegido pela lei.

Segundo a Constituição Federal, (art.5º, IX) "É livre a expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de censura ou licença."

Torna-se claro, nesse sentido, que a exteriorização de posições é direito básico de cidadão, e a regularização das manifestações é antidemocrática.

Como mencionou o político Ulysses Guimarães em discurso proferido em 18/06/1987: "A censura é a inimiga feroz da verdade. É o horror à inteligência, à pesquisa, ao debate, ao diálogo. Decreta a revogação do dogma da falibilidade humana e proclama os proprietários da verdade" (ALLINGTON; DHAVAN, 2020).

Um dos principais motivos de conflitos é utilizar da liberdade de expressão para apresentar informações falsas ou descontextualizadas, agressões, piadas ou comentários vexatórios com objetivo de humilhar e causar constrangimento.

Essas *Fake News* podem colocar em risco a relação entre democracia e liberdade de expressão. Esta delicada relação, quase paradoxal, se estabelece a partir da verificação de que quanto mais assegurada a liberdade de expressão, maior respeito ao regime democrático. Todavia, conferir liberdade de expressão, de forma irrestrita, pode acarretar riscos para a democracia, comprometendo a própria liberdade de expressão.

É de se observar que nenhum combate, embora necessário, ao exercício manifestamente abusivo da liberdade de expressão e de informação, pode ser feito

às custas da censura, ou nem a liberdade de expressão e nem a Democracia sobreviverão. A liberdade de expressão e pensamento não pode ser sujeita a censura prévia. Porém, não é admissível qualquer manifestação em favor de conflitos, de discriminação de pessoas, posto que constituem incitamento à hostilidade, ao crime ou à violência.

Assim, as *Fake News* que pretendem promover desinformação generalizada na sociedade e realizar ataques à dignidade das pessoas e à democracia, não se inserem no âmbito de proteção do direito fundamental à liberdade de expressão garantida pelo artigo 5º, inciso IV, da Constituição Federal. Tais notícias constituem infrações ao princípio da dignidade da pessoa humana, e tratam-se de ações contra a estabilidade democrática, e contra a paz social.

3 FAKE NEWS COM INTERNET E REDES SOCIAIS

Conforme é bem observado pelo Prof. Dr. Paulo Menezes Brasil, verifica-se especial dinamicidade de informações através da internet, face a utilização, principalmente das redes sociais. O advento das redes sociais permitiu a divulgação de uma gama enorme de informações numa velocidade cada vez maior. Muitas notícias e informações são divulgadas e reproduzidas instantaneamente para centenas, milhares ou milhões de pessoas, com alcance cada vez maior.

Neste cenário, verificam-se as mencionadas *Fake News*, quando algumas notícias, frases soltas e vídeos apelativos capazes de causar, artificialmente, estados mentais e emocionais, são apresentados com a finalidade de obter apoio a ideias baseadas em fundamentos falsos.

Essas *Fake News*, baseadas apenas na emocionalidade, retiram o espaço da razão, deixando vulnerável os receptores, que ficam suscetíveis a receber informações falsas. A verdade e a sua difusão passam a perder importância. (MENEZES, 2022).

A verdade, nestes casos, é corroída, apresentando-se notícias negacionistas com relatos de falsas histórias (como a negação do holocausto), e informações nas mídias sociais oriundas de perfis e seguidores falsos.

Estas notícias e informações, hoje reconhecidas como *Fake News*, também foram definidas como "pós-verdade".

Segundo o dicionário Oxford, o termo "pós-verdade" tem significado: "Relativo a, ou que denota, circunstâncias nas quais fatos objetivos são menos influenciadores na formação da opinião pública do que apelos à emoção ou à crença pessoal" (OXFORD, 2016).

"Pós-verdade" significa informação ou notícia que relativiza a percepção do verdadeiro a partir das convicções pessoais e emoções do receptor da mensagem, e não com base nas comprovações fáticas. O prefixo "pós" indica que, no momento em que se

recebe a informação, a verdade demonstrável ficou para trás.

Neste sentido, as redes sociais são propícias ao desenvolvimento das *Fake News*. Isso porque, mentiras são especialmente criadas com base em crenças das pessoas de certo grupo, para causar reações emocionais de apoio e com vistas a disseminar, muitas vezes, desinformação generalizada.

Diz-se "especialmente criadas" porque são elaboradas com base em prévia pesquisa, seja por meio de coleta de informações constantes em bancos de dados de empresas ou de aplicativos de celular, seja por meio de pesquisa direta propriamente dita.

A coleta de informações, conforme bem observa o Prof. Dr. Paulo Brasil Menezes, é realizada por empresas de tecnologia das plataformas digitais em procedimento denominado "capitalismo de vigilância". (MENEZES, 2022).

O capitalismo de vigilância, numa síntese, caracteriza-se pelo fato das empresas de tecnologia, através de programas ou algoritmos, ao oferecerem seus produtos, se apropriarem dos dados dos usuários objetivando influenciá-los. Tais informações são capturadas com o intuito de influir na maneira que determinados grupos desejam.

Com esses dados, e com o acesso às suas opções sociais, surge a possibilidade de propagandas a usuários ou grupos de usuários, disseminando-se *Fake News*, visando a modificações de comportamentos, direcionando notícias e anúncios específicos cujas finalidades são, a mais das vezes, decisões baseadas em emoções e empatia. Se determinado usuário ou grupo social se encontra inclinado, por suas convicções pessoais, a acreditar em determinada narrativa, basta que um agente mal-intencionado, com os referidos dados, lance uma mentira alinhada com essa narrativa para que ela seja aceita por esse usuário ou grupo.

As redes sociais, em estreita ligação com o capitalismo de vigilância exercem grande influência na disseminação de *Fake News*, direcionando e influenciando os receptores. Assim, os dados nas redes sociais são utilizados para monitorar atividades e gerar renda, bem como proporcionar influência e poder.

Por isso, a proteção de dados pessoais passou a ser direito fundamental e verificou-se a necessidade de regulamentação legal.

4 LEGISLAÇÃO

Apresentam-se exemplos legislativos referentes à proteção e à responsabilização em razão de *Fake News*.

É de se destacar que não se pretende a análise exaustiva das incidências legais, mas apenas apresentar referência relevantes.

- O Código Penal

Ofensa à honra – art.138

Incitação ao crime – art.286

Denúncia caluniosa – art.339

Perseguição – art.147-A

Violência psicológica contra a mulher –

Art.147-B

Divulgação de cena de sexo, nudez, pornografia

– Art.218-C

Violação de Segredo – Art.154-A

- O Código Eleitoral

Impedir ou embaraçar o sufrágio – Art. 297

Divulgação de fatos inverídicos – Art. 323

Ofensa à honra com finalidade eleitoral – Arts.

324, 325 e 326

Violência política contra a mulher – Art.326-B

- A Lei das Eleições (Lei 9504/97)

Divulgação de pesquisa eleitoral fraudulenta –

Art. 33, caput, e § 4º

- O Código de Defesa do Consumidor

Omitir informação sobre produto ou serviço –

Art. 66

Publicidade enganosa ou abusiva – Art.67

- A Lei 8.137/90 (Crimes contra a ordem

tributária)

Fraudar informações ao Fisco – art.2º, V

- A Resolução nº 23.610/2019-TSE

A Resolução traz relevantes situações nos artigos 9º, 28, 34, e 38, que se referem a propaganda eleitoral, divulgação de fatos e disparo em massa de propaganda ou fatos.

- A Lei 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD)

A LGPD surgiu com o objetivo de proteger os dados de cidadãos e usuários de redes sociais, e dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, sendo que em seu art.2º, inciso III, resguarda a liberdade de expressão relacionando com a preservação de informações.

- O Marco Civil da Internet (Lei 12.965/14)

Esta importante legislação condiciona o uso da internet ao respeito à liberdade de expressão (arts. 2º, 3º e 8º) e prevê responsabilização das plataformas. Na provisão de conexão à internet, cabe ao administrador de sistema autônomo respectivo o dever de manter os registros de conexão sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 1 ano, nos termos do regulamento (art. 13); e o provedor de aplicações de internet, custodiar os respectivos registros de acesso a aplicações de internet pelo prazo de 6 meses (art. 15). O propósito foi criar instrumental que consiga, por autoridade constituída e precedida de autorização judicial, acessar os registros de conexão, rastreando e sancionando eventuais condutas ilícitas perpetradas por usuários da internet e inibindo, de alguma forma, o anonimato no uso das redes.

- O Projeto de Lei 2630/2020

Buscando diminuir o impacto da desinformação, foi aprovado no Senado Federal o PL

2630/2020. A Câmara dos Deputados, através de grupo de trabalho, está obtendo informações e opiniões de especialistas.

O Projeto de Lei é composto por 36 artigos e sete capítulos e pretende instituir a "Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet".

Pretende-se estabelecer um regime de responsabilização das plataformas, as quais são divididas em redes sociais e serviços de mensageria privada.

O Projeto de Lei tem aplicação condicionada para as plataformas de redes sociais e serviços de mensageria privada que tenham mais de dois milhões de usuários registrados no Brasil. Entre os princípios presentes no PL, destacam-se o respeito ao usuário em sua livre formação de preferências políticas e de uma visão de mundo pessoal; e a responsabilidade compartilhada pela preservação de uma esfera pública livre, plural, diversa e democrática.

Destaca-se o artigo 6º do PL, que estabelece que os provedores de redes sociais e os serviços de mensageria privada devem adotar medidas para vedar o funcionamento de contas inautênticas, vedar contas automatizadas não identificadas como tal e identificar todos os conteúdos impulsionados e publicitários que a distribuição tiver sido feita por pagamento.

O PL estabelece, em uma das suas previsões mais polêmicas, que redes sociais e serviços de mensageria podem solicitar a apresentação de documento de identidade do usuário quando houver denúncia que viole a lei, indícios de contas inautênticas ou ordem judicial.

Especificamente para os serviços de mensageria privada, o PL determina a elaboração de quatro políticas básicas: 1) manter a natureza interpessoal do serviço; 2) limitar o número de encaminhamentos de uma mesma mensagem e o número máximo de membros por grupo; 3) instituir mecanismos para aferir consentimento prévio do usuário para inclusão em grupos e correlatos; e 4) desabilitar, por padrão, o aceite para inclusão em grupos e semelhantes. O PL classifica o encaminhamento em massa como o envio de uma mesma mensagem por mais de cinco usuários em um intervalo de até 15 dias para grupos e semelhantes.

Sobre a moderação de conteúdo, um outro tema polêmico do PL, o artigo 12 prevê que em caso de dano imediato ou de difícil reparação, de segurança da informação ou do usuário, de violação a direitos e crianças e adolescentes, de ocorrência de crimes tipificados na Lei nº 7.716/1989 (define os crimes resultantes de preconceitos de raça ou cor), ou de grave comprometimento da usabilidade, integridade ou estabilidade da aplicação, os provedores podem retirar o conteúdo sem notificar o usuário. Nos outros casos, os provedores devem notificar o usuário sobre a

fundamentação, o processo de análise e a aplicação da medida, e, em todos os casos, deve garantir a possibilidade do usuário recorrer da indisponibilização de conteúdos e contas.

O PL estabelece obrigação específica para as redes sociais apresentarem relatórios trimestrais de transparência que devem conter diversas informações, dentre elas, o número total das medidas de moderação de contas e conteúdos, bem como as medidas adotadas e o número total de contas automatizadas identificadas.

Para além disso, as redes sociais também têm como obrigação identificar todos os conteúdos impulsionados e publicitários, indicando a conta responsável pelo impulsionamento/anúncio e permitir que o usuário acesse informações de contato dessa conta. Inclusive, as redes sociais podem requerer que os anunciantes confirmem sua identificação.

O PL também prevê interessante capítulo sobre a atuação do poder público, no qual estabelece que as contas dos órgãos e entidades da Administração Pública e dos agentes políticos, cuja competência advém da Constituição (por exemplo detentores de mandatos eletivos), são de interesse público, portanto, não podem restringir o acesso de outras contas às suas publicações.

Além disso, a Administração Pública passaria a ter obrigação de expor informações e gastos com impulsionamento ou propaganda de conteúdo na rede no respectivo portal da transparência, informando questões como o valor do contrato, os critérios de definição do público-alvo e a lista de aplicações nas quais o conteúdo foi vinculado.

Para acompanhar a aplicação da legislação, o PL cria o Conselho de Transparência e Responsabilidade na Internet, que será vinculado ao Congresso Nacional e tem como atribuição central a realização de estudos, pareceres e recomendações sobre liberdade, responsabilidade e transparência na internet. O conselho será formado por 21 conselheiros com mandatos de dois anos permitindo uma recondução. Entre a composição, encontram-se duas cadeiras reservadas para a polícia, uma para o Conselho Nacional dos Chefes e Polícia Civil e outra para o representante do Departamento de Polícia Federal.

Outro ponto interessante do PL é a previsão da "autorregulação regulada" no artigo 30, que permite que as redes sociais e serviços de mensageria criem instituição para auxiliar no cumprimento da lei com atribuições de instituir e administrar plataforma digital voltada para a transparência e a responsabilidade no uso da internet e disponibilizar serviço de atendimento e encaminhamento de reclamações, entre outras.

O PL estabelece duas sanções específicas para o descumprimento da lei: advertência com indicação de prazo para adoção de medidas corretivas e multa de até 10% do faturamento do grupo econômico

no Brasil no seu último exercício. Sendo que as duas sanções supracitadas podem ser aplicadas sem prejuízo de outras penalidades civis, criminais ou administrativas que subsistam e o valor auferido deve ser destinado ao Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb) para ser empregado em ações de educação e alfabetização digitais.

Já nas disposições finais, o PL também define que as redes sociais e serviços de mensageria privada devem ter sede e nomear representantes legais no Brasil permitindo o cumprimento das ordens judiciais brasileiras. (BRASIL, 2020).

Frequentemente, novos problemas são resolvidos com o aperfeiçoamento de instrumentos já existentes. Tal ocorre com as Fake News, na medida em que os usuários da rede dispõem unicamente do emprego de conceitos e técnicas processuais há muito concebidas para propósitos diversos. Neste contexto, a proibição, a contenção da continuidade de propagação e a remoção das notícias falsas da Internet podem dar-se tanto pela própria arquitetura da Internet, quanto pela jurisdição nacional. (ARRABAL; BEDUSCHI; SOUSA, 2021).

5 JURISPRUDÊNCIA

Apresentam-se algumas decisões com análise de Fake News, apenas como referência.

Supremo Tribunal Federal (STF)

Ação direta de inconstitucionalidade – art. 45 ii e iii da lei 9504/97 (lei das eleições) – liberdade de expressão e pluralismo de ideias, valores estruturantes do sistema democrático. inconstitucionalidade de dispositivos normativos que estabelecem previa ingerência estatal no direito de criticar durante o processo eleitoral. proteção constitucional as manifestações de opiniões dos meios de comunicação e a liberdade de criação humorística. – (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4451. Relator: Ministro Alexandre de Moraes, 6 de março de 2019).

No julgamento, o Ministro Luiz Fux apresentou enfoque às *Fake News*, sendo considerado que a intervenção do Poder Judiciário no processo eleitoral deve ser mínima, destacando-se a distinção entre o exercício legítimo da liberdade de expressão – que abarca a veiculação de opiniões e críticas mediante charges e sátiras – do falseamento doloso da verdade que causa danos graves e mesmo irreversíveis aos

candidatos e ao próprio processo eleitoral, e as assim designadas *Fake News*, que devem ser repudiadas e combatidas pela Justiça Eleitoral.

Trata-se da primeira importante decisão do STF que envolve o tema das *Fake News*, e sobre a legitimidade da veiculação de sátiras, charges e manifestações de humor em geral, durante campanhas eleitorais, reafirmando a posição preferencial da liberdade de expressão.

Superior Tribunal de Justiça (STJ):

Recurso especial. Obrigação de fazer c/c exibição de documentos. Postagem de vídeo contendo informações alegadamente falsas, prejudiciais à imagem da sociedade empresária autora, em rede social. Quebra do sigilo de todos os usuários que compartilharam o conteúdo potencialmente difamatório na plataforma do facebook. Impossibilidade. Pleito sem exposição de fundadas razões para a quebra. Marco civil da internet (Lei n. 12.965/2014, art. 22). Preservação da privacidade e do direito ao sigilo de dados. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4.Turma). Recurso Especial nº xxxx-665/SC. Relator: Ministro Luiz Felipe Salomão, 9 de março de 2021).

Tribunal Superior Eleitoral (TSE)

Recurso ordinário. Eleições 2018. Deputado Estadual. Ação de investigação judicial eleitoral (aije). Uso indevido dos meios de comunicação social. Abuso de poder político e de autoridade. art. 22 da LC 64/90. Transmissão ao vivo. Rede social. Dia do pleito. Horário de votação. Fatos notoriamente inverídicos. Sistema eletrônico de votação. Fraudes inexistentes em urnas eletrônicas. Audiência de milhares de pessoas. Milhões de compartilhamentos. Promoção pessoal. Imunidade parlamentar como escudo para ataques à democracia. Impossibilidade. Gravidade. Cassação do diploma. Inelegibilidade. Provimento. (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Ordinário Eleitoral nº xxxxx7598, Classe 11550, Ministro: Luis Felipe Salomão, 28 de outubro de 2021).

Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP)

Dano moral emissora de televisão afirmação. Em programa vespertino da apelada, de que o autor, jogador de futebol de renome, estaria envolvido em romance com cantora também famosa – autor recém-casado – afirmação feita por preposto da emissora responsabilidade civil caracterizada inteligência dos artigos 186, 932, iii e 933, do CC necessidade de a emissora checar a veracidade dos fatos antes de divulgá-los – irrelevância de retratação e pedido de desculpas no dia seguinte programas que obtém público graças à divulgação de

escândalos. Necessidade de combate severo às chamadas fake news - indenização estimada em R\$ 25.000,00, considerando a gravidade da conduta e a capacidade econômica da ofensora recurso provido em parte. (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº xxxxxxx-xx.2014.8.26.0405/SP . Relator: Silvério da Silva, 28 de maio de 2019).

Tribunal de Justiça do Paraná (TJ-PR)

Recurso inominado. Divulgação de fake news em grupo de mídia social. Farto conjunto probatório produzido nos autos que atesta a ausência de veracidade da informação compartilhada. Falha no dever de cuidado do recorrente - divulgação de notícia sem consultar previamente a sua idoneidade, direito à liberdade de expressão que não é absoluto. Dano moral caracterizado. Sentença mantida. Recurso conhecido e desprovido. (BRASIL. Recurso Inominado nº XXXXXX20198160044/PR. Relator: Juiz de Direito da Turma Recursal dos Juizados Especiais Juan Daniel Pereira Sobreiro, 2 de agosto de 2021).

CONCLUSÃO

O interesse pela verdade deve persistir na mesma velocidade em que se disseminam notícias fraudulentas. Embora se trate de árdua tarefa, a busca pela verdade deve prevalecer.

Nessa perspectiva, é crucial que o combate às Fake News se dê pelos meios legais disponíveis, por iniciativas públicas, e pela imprensa, para rapidamente levar a notícia correta, em oposição às Fake News.

Observando-se as iniciativas públicas, tem-se verificado várias atividades de combate às Fake News pelo STF (Supremo Tribunal Federal), CNJ (Conselho Nacional de Justiça) e STJ (Superior Tribunal de Justiça).

Tem-se verificado, também, em alguns Tribunais de Justiça, como no Maranhão, a criação de Núcleos de Combate à Desinformação com foco na educação de servidores e magistrados.

Para alertar e conscientizar a população dos perigos do compartilhamento de informações falsas, em 1º de abril de 2019, representantes do CNJ, das associações da magistratura, do STF, do STJ, e da imprensa lançaram o Painel de Checagem de Fake News. Os parceiros do Painel contribuem para o projeto dentro de sua área de atuação e com as ferramentas que dispõem para checar dados e realizar ações de

alerta à sociedade sobre o perigo da informação falsa. [9]

Uma das iniciativas do Painel foi a campanha *#FakeNewsNão*, que divulgou posts, vídeos, textos e artes que esclarecem sobre os danos provocados por informações falsas e ajudam a população a identificar publicações suspeitas, impedindo a circulação de notícias falsas.

Combater as *Fake News* é iniciativa e foco de campanha da ONU (Organização das Nações Unidas), desde junho de 2020, através da iniciativa *#TakeCareBeforeYouShare* ou "Pause. Pense antes de compartilhar", para assegurar a confiança de uma informação (UNITED NATIONS, s.d.).

Quando ocorrem notícias imprecisas, e adotamos postura indiferente, estamos facilitando o escoamento cada vez mais abundante de Fake News, o que pode causar especial desequilíbrio no nosso ambiente social e de trabalho. Esse desequilíbrio é o primeiro sintoma para verificarmos os efeitos nocivos das *Fake News*, que podem provocar ódio, falsas expectativas, descrédito a alguém ou à uma instituição, ou mesmo a criação de mitos.

É necessário reagir, com informação adequada. A informação certa é a melhor forma de combate à desinformação.

Não podemos nos omitir. Neste sentido, reproduzo os seguintes pensamentos:

Para que o mal triunfe, basta que os bons não façam nada. (Edmund Burke - político e escritor irlandês - 1729-1797)

O que me preocupa não é o grito dos maus. É o silêncio dos bons. (Martin Luther King- pastor e ativista político norte-americano - 1929-1968)

Acreditamos e defendemos que a informação é a melhor forma de combater a disseminação de notícias falsas, conhecidas como Fake News. Para isso, é fundamental não compartilhar notícias mentirosas ou de veracidade duvidosa, denunciar a postagem falsa na própria rede social em que é veiculada e reproduzir e repercutir apenas informações verdadeiras e corretas de fontes oficiais e/ou de grandes veículos da imprensa. (WWF-Brasil - ONG Brasileira criada em 1996)

Assim, ousadamente, apresento plano de combate de *Fake News* no ambiente social e no ambiente de trabalho.

No ambiente de trabalho e social, tal plano tem como objetivos gerais:

- Observar que a desinformação prejudica o regular exercício da liberdade de pensamento e de expressão;

- Combater a desinformação no ambiente de trabalho e social, reconhecendo que seus efeitos são nefastos à sociedade.

São objetivos específicos:

-Evitar apresentação ou reprodução de qualquer notícia ou fato que seja inverídico ou descontextualizado;

-Atuar no sentido de verificar notícias caracterizadas pelo forte apelo à emoção e baseadas em crenças pessoais que destacam fatos e situações como se fossem comprovadamente verdadeiros;

-Disseminar nas redes sociais, informações sobre *Fake News*, decisões judiciais sobre as mesmas, os riscos sociais das notícias desconfiguradas e a necessidade de combate à desinformação.

Propõe-se como metodologia:

-Realizar reunião com colegas de trabalho e colaboradores, bem como encontros virtuais com os integrantes de grupos sociais, esclarecendo os efeitos das Fake News, e estabelecendo debate sobre as reações emocionais e racionais em face de notícia verossímil, porém, falsa, caracterizada por forte apelo à emoção;

-Apresentar a importância do Painel Multissetorial de Checagem de Informações e Combate a Notícias Falsas;

-Apresentar a importância da campanha da ONU de combate à desinformação, através da iniciativa "Pause. Pense antes de compartilhar", frase que deve ser reproduzida em todas as mídias sociais;

-Criar uma rede social com seu grupo de trabalho para disseminar mensagens de combate às Fake News;

-Elaboração de vídeos pessoais e institucionais no sentido de esclarecimento e combate às *Fake News*.

Como cronograma de execução, após debate sobre prazos razoáveis para as ações de combate às Fake News, sugere-se que, mensalmente, até data acordada na reunião de trabalho ou do grupo social, seja realizada:

- Colheita de informações através do #FakeNewsNão, ou de sites relacionados, como <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/painel-de-checagem-de-fake-news/noticias-cheçadas>;

- Colheita de informações de decisões judiciais sobre *Fake News*;

- Postagem, e reprodução em redes sociais, de informações de *Fake News* anteriormente colhidas;

- Postagem de decisões judiciais referentes a Fake News;

- Postagem de mensagens e vídeos indicando a necessidade de verificar notícias ou fatos, e evitar a disseminação de Fake News, ressaltando o prejuízo à paz e a desestabilização social causadas pelas mesmas.

Finalmente, como bem observou o Prof. Dr. Paulo Brasil Menezes no curso "*Fake News* e o Espaço Público Digital", mencionado na introdução deste estudo: "Por que não incluir no Brasil uma disciplina nas

escolas sobre alfabetização de mídia? O Executivo e o MEC poderiam pensar nisso. Países como Suécia e Finlândia investem nessa missão e conseguem invejáveis níveis de conhecimento midiático em crianças e adolescentes, que vai culminar no aprimoramento de sua própria democracia."

REFERÊNCIAS

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Confiança na mídia: responsabilidade civil por danos causados por *Fake News*. In: ABOUD, G; NERYJR, N; CAMPOS, R (org.). *Fake News* e regulação. 2.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

WARDLE, Claire; DERAKHSHAN, Hossein. *Information Disorder: Toward an interdisciplinary framework for research and policy making*. Council of Europe, 2017. Disponível em: <https://rm.coe.int/information-disorder-toward-an-interdisciplinary-framework-for-research/168076277c>. Acesso em: jul. 2022.

ALLINGTON, Daniel; DHAVAN, Nayana. *The relationship between conspiracy beliefs and compliance with public health guidance with regard to COVID-19*. London: Centre for Countering Digital Hate, 2020. Disponível em: [https://kelpure.kel.ac.uk/portal/files/127048253/Allington and Dhavan 2020.pdf](https://kelpure.kel.ac.uk/portal/files/127048253/Allington%20and%20Dhavan%202020.pdf). Acesso em: jul. 2022.

WIKIQUOTE. A coletânea de citações livre. Disponível em: https://pt.wikiquote.org/wiki/Ulysses_Guimarães. Acesso em: 23 jul. 2022.

MENEZES, Paulo Brasil. *Fake News*. Modernidade, Metodologia, Regulação e Responsabilização. 3. ed. São Paulo: Ed.Juspodivm, 2022.

OXFORD Languages. *Word of the year 2016*. Disponível em <https://languages.oup.com/word-of-the-year/2016/>.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 2630/2020. Institui a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2256735>. Acesso em: 23 jul. 2022.

ARRABAL, Alejandro Knaesel; BEDUSCHI, Leonardo; SOUSA, Alexa Schmitt. Autorregulação e Reserva de Jurisdição no Combate às *Fake News*. RDP, Brasília, v. 18, n. 99, p. 516 - 538, jul./set 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Painel de Checagem de *Fake News*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/painel-de-checagem-de-fake-news>; e <https://www.cnj.jus.br/programas-e->

acoes/painel-de-chechagem-de-fake-news/noticias-
cheçadas. Acesso em: 23 jul. 2022.

UNITED NATIONS. Pause. TakeCareBeforeYouShare.
Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2020/06/1718572>. Acesso em: 23 nov. 2022.

COMENTÁRIOS À AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N.º
4.870/ES

COMMENTS TO THE DIRECT UNCONSTITUTIONALITY ACTION N.º 4.870/ES



Felipe Cazuo Azuma ¹

A ação direta de inconstitucionalidade n.º 4.870/ES, protocolada em 17 de outubro de 2012 e julgada em 15 de dezembro de 2020, teve como objeto o artigo 109, inciso I, alínea 'h' da Constituição Estadual do Espírito Santo. A referida alínea, do referido artigo, foi inserida através da Emenda Constitucional n.º 85/12 e criou uma nova hipótese de foro por prerrogativa de função.

Palavras-Chaves: Inconstitucionalidade; Supremo Tribunal Federal; Constituição do Estado do Espírito Santo.

¹ Mestre em Direito pela Universidade Paranaense – UNIPAR. Advogado. E-mail: felipe@abdadvocacia.com.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2027761233637159>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-9379-4740>.



José Laurindo de Souza Netto²

The direct action of unconstitutionality n.º 4.870/ES, file don October 17, 2012 and judged on December 15, 2020, had as its object the article 109, item I, item 'h' of the State Constitution of Espírito Santo. The referred paragraph, of the referred article, was inserted through Constitutional Amendment n.º 85/12 and created a new hypothesis of jurisdiction by prerogative of function.

Keywords: Unconstitutionality; Federal Court of Justice; Constitution of the State of Espírito Santo.

² Doutor e Mestre pela Universidade Federal do Paraná - UFPR. Desembargador e Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná - TJPR. Presidente do Conselho de Presidentes dos Tribunais de Justiça do Brasil - CONSEPRE. Professor Titular no Programa de Mestrado da Universidade Paranaense - UNIPAR e no Programa de Mestrado e Doutorado do Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. E-mail: jln@tjpr.jus.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8509259358093260>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-6950-6128>.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico tem a finalidade de tecer comentários sobre a ação direta de inconstitucionalidade n.º 4.870/ES.

Esta ação foi proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) sob o fundamento de ofensa ao princípio da simetria já que a EC n.º 85/12 estendeu as hipóteses de foro por prerrogativa de função a ações que não tenham natureza criminal, mas que possam resultar em perda ou suspensão de direitos políticos e/ou perda da função pública ou do mandato eletivo, como é o caso da ação de improbidade administrativa.

Em 15 de dezembro de 2020 o plenário do Supremo Tribunal Federal julgou procedente a referida ação direta de inconstitucionalidade para declarar a inconstitucionalidade do artigo 109, inciso I, alínea h, da Constituição do Estado do Espírito Santo, com redação dada pela Emenda Constitucional n.º 85/2012.

Segue a ementa da decisão do plenário do Supremo, com grifos inexistentes no texto original:

EMENTA. Ação direta de inconstitucionalidade. Emenda Constitucional n.º 85/12, do Estado do Espírito Santo, que acrescentou a alínea h ao art. 109, inciso I, da Constituição estadual. Criação de nova hipótese de foro por prerrogativa de função. Ações de natureza civil que possam resultar em perda ou suspensão de direitos políticos e/ou perda da função pública ou do mandato eletivo. Ofensa ao princípio da simetria. Precedentes. Inconstitucionalidade. **1. Por obra do constituinte originário, foi fixada a primazia da União para legislar sobre direito processual (art. 22, I, CF/88). Contudo, extraem-se do próprio texto constitucional outorgas pontuais aos estados membros da competência para a elaboração de normas de cunho processual.** Destaca-se aqui a possibilidade de a constituição estadual definir as causas afetas ao juízo natural do Tribunal de Justiça, desde que atendidos os princípios estabelecidos na Lei Fundamental (art. 125, CF/88). **2. A Emenda Constitucional n.º 85/12, do Estado do Espírito Santo, ao estender as hipóteses de foro por prerrogativa de função a ações que não tenham natureza criminal, mas que possam resultar em perda ou suspensão de direitos políticos e/ou perda da função pública ou do mandato eletivo, como é o caso da ação de improbidade administrativa, contrariou o princípio da simetria e foi de encontro à jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal.** Precedentes: ADI n.º 2.797, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJe de 19/12/06; ADI n.º 2.860, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJe de 19/12/06; Pet n.º 3.240-AgR, Rel. p/ o ac. Min. Roberto Barroso, DJe de 22/8/18. 3. Modulam-se os efeitos da decisão para que não alcance os processos já transitados em julgado. **4. Ação julgada procedente. (grifo nosso).**

A metodologia atribuída ao presente artigo, quanto aos meios, se trata de uma investigação que tem como suporte uma pesquisa bibliográfica. Esta por sua vez, consolida-se por meio de livros contidos no acervo pessoal do autor, bem como em buscas de livros, artigos e jurisprudências disponíveis *on-line*.

1 A EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 85/2012

Sabe-se que as emendas constitucionais são fruto do poder constituinte derivado reformador, uma vez que são instrumentos utilizados para a alteração do trabalho do poder constituinte originário, através do acréscimo, da modificação ou da supressão de normas, como bem lecionam Antônio José e Miguel Feu Rosa (1998).

A matéria introduzida pela PEC (Proposta de Emenda Constitucional), se estiver em perfeita harmonia com os limites indicados pela própria constituição¹, incorporar-se-á ao texto originário e a ela será atribuída força normativa de constituição.

A emenda constitucional publicada em 09 de julho de 2012 trouxe, em seu preâmbulo, a seguinte finalidade: "Estabelece foro no Tribunal de Justiça para aqueles que nele tenham foro por prerrogativa de função, previsto na Constituição Estadual, nas ações que possam resultar na suspensão ou perda dos direitos políticos ou na perda da função pública ou de mandato eletivo".

Em outras palavras, a norma cria nova hipótese de foro por prerrogativa de função, relativo a ações destinadas a processar e julgar atos de improbidade administrativa.

Para isso, acrescentou ao inciso I do artigo 109 da Constituição Estadual do Espírito Santo, a alínea "h", com a seguinte redação: "nas ações que possam resultar na suspensão ou perda dos direitos políticos ou na perda da função pública ou de mandato eletivo, aqueles que tenham foro no Tribunal de Justiça por prerrogativa de função, previsto nesta Constituição".

Percebe-se, portanto, que a referida emenda buscou criar uma nova hipótese de foro por função àqueles que fossem réus em ações que pudessem resultar na suspensão ou perda de direitos políticos ou na perda de função pública ou de mandato eletivo, como ações de improbidade administrativa, por exemplo.

2 FUNDAMENTOS DA ADI N.º 4.870/ES

A ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) sustentou que a emenda constitucional supracitada teria violado os arts. 22, inciso I; 25; e 125 da Constituição Federal, assim como o

¹ A exemplo, cita-se o artigo 60 da Constituição Federal, em seus incisos I, II, III e parágrafos 1º, 2º, 3º, 4º e 5º.

art. 11 do Atodos Disposições Constitucionais Transitórias, haja vista que o dispositivo questionado, ao estabelecer sistemática processual diversa da que prevista na Constituição Federal para conhecimento e julgamento de ação civil pública por improbidade administrativa, rompeu com o modelo federal estabelecido pela Constituição Federal.

Segue a transcrição dos artigos supracitados, respectivamente:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição

Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

Art. 11. Cada Assembléia Legislativa, com poderes constituintes, elaborará a Constituição do Estado, no prazo de um ano, contado da promulgação da Constituição Federal, obedecidos os princípios desta.

Segundo a parte autora, ao legislar sobre matéria processual, "estabelecendo foro por prerrogativa de função para ações civis, a Assembleia Legislativa daquele Estado invadiu a competência legislativa da União (art. 22, I, da Constituição Federal)".

Alegou, ainda, que as prerrogativas de foro são hipóteses excepcionais adotadas pelo ordenamento jurídico brasileiro e, já que ofendem o princípio democrático da igualdade, por estabelecerem privilégios, apenas podem ser estabelecidos pela Constituição Federal, de modo que não há que se falar na criação de hipótese de foro por prerrogativa de função por meio de Constituição Estadual.

E de fato, o instituto do foro privilegiado, por si só, é uma ofensa ao princípio constitucional supracitado, isto porque oferece um tratamento diferenciado a certos indivíduos. É de se concordar, portanto, que tamanha "ofensa" só possa ser autorizada pela Constituição Federal da República.

3 COMENTÁRIOS SOBRE O JULGAMENTO DA ADI N.º 4.870/ES

Em análise ao acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, percebe-se que o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade n.º 4.870/ES se deu em total acordo com o entendimento jurisprudencial majoritário bem como com o texto constitucional vigente em nosso país.

Como bem afirmado pelo Ministro Dias Toffoli, relator da referida ação, esta tratava, essencialmente, dos limites da competência dos estados para dispor, em

suas constituições, sobre as atribuições dos respectivos tribunais de justiça.

Mais do que isso, sobre a possibilidade dos estados federativos, ao disporem sobre o aludido tema, instituírem hipótese de foro por prerrogativa de função não prevista na Constituição Federal.

Conforme já afirmado, há a possibilidade de modificação/adição/supressão do poder constituinte originário por meio do poder constituinte derivado.

Ocorre que este poder constituinte derivado encontra seus limites na própria Constituição outorgada pelo poder constituinte originário.

Sabe-se que, de fato, o constituinte originário, na Carta Magna de 1988, autorizou aos estados federados para que se autoorganizem e elaborem suas próprias cartas políticas (art. 25, caput, da CF).

Entretanto, conforme o art. 11 do ADCT, cada Constituição Estadual deverá obedecer aos princípios instituídos na Constituição Federal.

Em se tratando do tema do foro por prerrogativa de função, há que se destacar que a jurisprudência da Corte Suprema vem se consolidando com o passar dos anos, ao firmar entendimento de que não é possível que as Constituições Estaduais ampliem tais possibilidades.

Isto porque, as normas referentes ao tema aludido são amplamente contempladas pela Carta Maior, inclusive em âmbitos estaduais e municipais, não havendo espaço para qualquer tipo de ampliação.

Nesse sentido, foi o voto do Ministro Alexandre de Moraes na ADI n.º 2.556/MA, julgada em 15 de maio de 2019:

Como disse, a Constituição Federal fez uma escolha. Como regra, ela estabeleceu a dupla instância. A regra é de que, não só com base no princípio do juiz natural, mas no princípio da igualdade, todos devem ser processados e julgados pelos mesmos órgãos jurisdicionais. Excepcionalmente, a Constituição Federal estabeleceu, como disse, exceções em nível federal, estadual e municipal, não se limitou somente às autoridades federais. Ela já foi estabelecendo uma cláusula. A manutenção da interpretação do Supremo Tribunal Federal - que, obviamente, aqui, por justiça, é a interpretação que vem sendo dada - continuaria permitindo realmente algo absolutamente fora dos padrões normais. Nada justifica que 4.578 vereadores sejam processados pelo Tribunal de Justiça da Bahia. Não há nem a proximidade com o fato, a possibilidade de uma investigação mais próxima, sendo que, se a Constituição quisesse, teria feito, no art. 29, com os vereadores, em relação ao foro, o que fez com a imunidade material. Quando quis a previsão da imunidade material igual a deputados federais, o fez. Quando não quis a extensão de um foro, não o fez. Então, essa é a interpretação que me parece mais consentânea com o conjunto da Constituição. A prerrogativa de foro é uma excepcionalidade - a meu ver, em vários casos, uma boa excepcionalidade, mas é

uma excepcionalidade - que a Constituição Federal estabeleceu. A abertura por parte do § 1º do art. 125 transformaria a exceção em regra. Se, amanhã, todos os estados, pela Constituição estadual, quisessem estender livremente o foro, poderiam fazê-lo.

Nota-se, como é firme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ao afirmar a não possibilidade de ampliação, por meio das Constituições Estaduais, das hipóteses de foro por prerrogativa de função.

O Ministro Dias Toffoli, no julgamento da ADI n.º 2.553/MA, apresentou entendimento diverso, ao afirmar que o constituinte estadual é legitimado para apresentar outras hipóteses de foro por prerrogativa de função desde que se observe uma "mínima equivalência" com o modelo instituído pela Constituição Federal.

E, mesmo se utilizando desde entendimento, concluiu que a hipótese criada pela referida EC 85/12 não se compara aos cargos para os quais a Constituição de 1988 previu a prerrogativa.

Em suas assertivas palavras:

Em nenhum momento a Constituição de 1988 cogita de foro por prerrogativa de função para o julgamento de autoridades processadas por atos de improbidade administrativa, sendo esse um claro limite à competência dos estados para dispor sobre o tema em suas constituições.

Sobre o tema, ainda, vale destacar a precisa decisão do Ministro Roberto Barroso quando do julgamento da PET n.º 3.240-AgR, o qual possui a seguinte ementa, com grifos inexistentes no original:

Direito Constitucional. Agravo Regimental em Petição. Sujeição dos Agentes Políticos a Duplo Regime Sancionatório em Matéria de Improbidade. **Impossibilidade de Extensão do Foro por Prerrogativa de Função à Ação de Improbidade Administrativa.** 1. Os agentes políticos, com exceção do Presidente da República, encontram-se sujeitos a um duplo regime sancionatório, de modo que se submetem tanto à responsabilização civil pelos atos de improbidade administrativa, quanto à responsabilização político administrativa por crimes de responsabilidade. Não há qualquer impedimento à concorrência de esferas de responsabilização distintas, de modo que carece de fundamento constitucional a tentativa de imunizar os agentes políticos das sanções da ação de improbidade administrativa, a pretexto de que estas seriam absorvidas pelo crime de responsabilidade. A única exceção ao duplo regime sancionatório em matéria de improbidade se refere aos atos praticados pelo Presidente da República, conforme previsão do art. 85, V, da Constituição. 2. **O foro especial por prerrogativa de função previsto na Constituição Federal em relação às infrações penais comuns não é extensível às ações de improbidade**

administrativa, de natureza civil. **Em primeiro lugar, o foro privilegiado é destinado a abarcar apenas as infrações penais. A suposta gravidade das sanções previstas no art. 37, § 4º, da Constituição, não reveste a ação de improbidade administrativa de natureza penal. Em segundo lugar, o foro privilegiado submete-se a regime de direito estrito, já que representa exceção aos princípios estruturantes da igualdade e da república. Não comporta, portanto, ampliação a hipóteses não expressamente previstas no texto constitucional. E isso especialmente porque, na hipótese, não há lacuna constitucional, mas legítima opção do poder constituinte originário em não instituir foro privilegiado para o processo e julgamento de agentes políticos pela prática de atos de improbidade na esfera civil. Por fim, a fixação de competência para julgar a ação de improbidade no 1º grau de jurisdição, além de constituir fórmula mais republicana, é atenta às capacidades institucionais dos diferentes graus de jurisdição para a realização da instrução processual, de modo a promover maior eficiência no combate à corrupção e na proteção à moralidade administrativa.** 3. Agravo regimental a que se nega provimento" (Pet 3.240-AgR, Rel. Min. Teori Zavascki, Rel. p/ o ac. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe de 22/8/18) (grifo nosso).

Assim, dois foram os grandes fundamentos que fizeram com que os Ministros do Supremo Tribunal Federal votassem pela procedência da ADI n.º 4.870/ES, quais sejam: **a)** O fato de que o constituinte estadual deve, sempre, respeitar os limites impostos pela Constituição Federal; e **b)** O fato de que a jurisprudência do Supremo é uníssona ao afirmar a impossibilidade de extensão das hipóteses de foro por prerrogativa de função, as quais foram previstas estritamente na Carta Magna.

O voto do Ministro Relator foi seguido por todos os outros Ministros, à exceção do Min. Marco Aurélio, o qual divergiu em relação aos efeitos da modulação aplicada.

Por fim, ao segundo argumento, cabe aqui um destaque: Um dos maiores problemas enfrentados pelos operadores do direito é a divergência de entendimentos dos julgadores. É possível que duas ações iguais, propostas na mesma comarca, obtenham resultados diferentes, com base única e exclusivamente no entendimento divergente dos Juízes daquela comarca.

O fato de o Supremo Tribunal Federal utilizar de entendimentos anteriores como fundamento para julgar a ADI em análise, demonstra a importância de uma jurisprudência consolidada para a segurança do ordenamento jurídico.

4 A DIVERGÊNCIA DO MINISTRO MARCO AURÉLIO

O Ministro Dias Toffoli, relator da ADI aqui em análise, em seu voto, posteriormente acompanhado

pelos outros Ministros, modulou os efeitos da decisão para que não alcançassem os processos já transitados em julgado, com fundamento na garantia da segurança jurídica (art. 27 da Lei n.º 9.868/99).

O Ministro Marco Aurélio, apesar de ter acompanhado o voto do relator em todos os outros aspectos, divergiu quanto à modulação dos efeitos da decisão, afirmando que deveriam, sim, alcançar até mesmo os processos já transitados em julgados, os quais sofreram as influências da EC 85/12.

Em suas palavras, afirmou que:

Proclamado o conflito com a Constituição Federal, sob o ângulo da higidez, mitiga-se esta, como se não estivesse em vigor até então, e assenta-se, como não alcançadas pelo surgimento dos efeitos da declaração, causas que ainda não tenham sido cobertas pela coisa julgada. Norma inconstitucional é natimorta. Formalizado o acórdão, é inadequada elucidação de conflito de interesses de caráter subjetivo. Não se está a julgar situação concreta. Tem-se o viés estimulante, consideradas as casas legislativas, no que incentivada a edição de norma à margem da Lei Maior, a fim de subsistirem, com a passagem do tempo, as situações constituídas – que, sob o ângulo do aperfeiçoamento, assim não se mostram –, as quais, posteriormente, serão endossadas, embora no campo indireto, ante modulação. Divirjo parcialmente do Relator, quanto à modulação dos efeitos da decisão.

Ocorre que a argumentação trazida pelo renomado Ministro não merece prosperar, uma vez que, conforme bem fundamentado pelo Relator, a não modulação dos efeitos da decisão colocaria em risco a segurança jurídica.

Destaca-se que a norma declarada inconstitucional entrou em vigência no ano de 2012, ou seja, inúmeros processos seriam afetados em caso de não modulação.

Vale lembrar que, apesar de ter sido declarada inconstitucional, a EC 85/12, quando de sua elaboração e aprovação, também passou por um processo de controle de constitucionalidade e, portanto, ao ser aprovada/publicada, era de se presumir que estivesse em consonância com a Constituição Federal.

Como ensina Luís Roberto Barroso (1998, p. 164 - 165):

(...) a presunção de constitucionalidade das leis encerra, naturalmente, uma presunção iuris tantum, que pode ser infirmada pela declaração em sentido contrário do órgão jurisdicional competente (...). Em sua dimensão prática, o princípio se traduz em duas regras de observância necessária pelo intérprete e aplicador do direito: (a) não sendo evidente a inconstitucionalidade, havendo dúvida ou a possibilidade de razoavelmente se considerar a norma como válida, deve o órgão competente abster-se da declaração de inconstitucionalidade; (b) havendo

alguma interpretação possível que permita afirmar-se a compatibilidade da norma com a Constituição, em meio a outras que carream para ela um juízo de invalidade, deve o intérprete optar pela interpretação legitimadora, mantendo o preceito em vigor.

O instituto da modulação é aplicado para projetar os efeitos da decisão do Supremo para o futuro, relativizando a regra geral de que as decisões que declaram a inconstitucionalidade de uma norma tenham efeitos retroativo, isto é, desde sua edição.

A Lei 9.869/99, em seu artigo 27, estabelece que o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, "ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social" possa "restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado".

Ou seja, a modulação, para ser aplicada, deverá observar alguns requisitos, quais sejam: **a)** Segurança jurídica; **b)** Excepcional interesse social; **c)** Quórum de maioria de dois terços dos Ministros. Os dois primeiros requisitos não são cumulativos.

Desta forma, a modulação dos efeitos da decisão da ADI n.º 4.870/ES foi devidamente aplicada, uma vez que fundamentada na segurança jurídica e obedecido o quórum exigido para tal.

CONCLUSÃO

O julgamento da ação direta de inconstitucionalidade n.º 4.870/ES, mais uma vez, trouxe à evidência a importância do controle de constitucionalidade, bem como se mostrou em perfeita consonância com o ordenamento jurídico brasileiro e com o entendimento jurisprudencial predominante no Supremo Tribunal Federal.

O instituto do controle de constitucionalidade tem como objetivo manter todas as normas em harmonia com o disposto na Constituição Federal. Nada é válido se contraria a Constituição e, por isso, não pode existir no ordenamento jurídico.

Este controle é feito de maneira preventiva, antes da aprovação de uma norma e pode ser feito de maneira repressiva, após a sua promulgação, como foi o caso da EC 85/12, objeto da ADI aqui discutida.

Foi por meio deste controle repressivo que os Ministros do Supremo Tribunal Federal declararam a inconstitucionalidade presente na emenda constitucional aprovada na Constituição Estadual do Espírito Santo.

Desta forma, declarou-se, então, ser incompatível com a Constituição Federal uma norma de Constituição Estadual que disponha sobre nova hipótese de foro por prerrogativa de função, em

especial relativo a ações destinadas a processar e julgar atos de improbidade administrativa.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 1998.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2018). Agravo Regimental na Petição nº 3.240/DF. Relator: Ministro Roberto Barroso, 10 de maio de 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748003291>. Acesso em: 21 nov.2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.553/MA. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 15 de maio de 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753485650>. Acesso em: 21 nov.2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.870/ES. Relator: Ministro Dias Toffoli, 15 de dezembro de 2020. Disponível em:

ESPÍRITO SANTO. [Constituição (1989)]. Constituição do Estado do Espírito Santo. Disponível em: <https://www3.al.es.gov.br/arquivo/documents/legislacao/html/coe11989.html>. Acesso em: 21 nov. 2022.

JOSÉ, Antonio; ROSA, Miguel Feu. Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1998.

OS “TAILLEURS” DO PODER JUDICIÁRIO – UM QUESTÃO DE IGUALDADE



Adriane Garcel¹

A presença feminina ainda é minoritária no Poder Judiciário e, quanto mais alto o cargo, menor é a representatividade. Diante da importância de um Poder Judiciário que reflita a composição da sociedade, o presente artigo tem como objetivo apresentar uma análise de direito comparado sobre os dados da participação das mulheres no Judiciário, bem como expor os principais obstáculos encontrados e as medidas adotadas pelo Brasil – principalmente pelo CNJ e pelo TJPR – e por outros países na busca pela igualdade de gênero. Para tanto, adota-se o método quantitativo, por meio da exposição de dados secundários e sua posterior análise. Como resultado, constata-se um esforço realizado na busca de superação das barreiras encontradas pelas mulheres e um progresso nesse sentido, entretanto, conclui-se que ainda há um longo caminho a ser percorrido, sendo necessário analisar não apenas os números, mas também os cargos ocupados pelas mulheres na carreira.

Palavras-Chaves: Poder Judiciário; Participação feminina; Dados; Direito comparado.

¹ Doutoranda e Mestra em Direito Empresarial e Cidadania no Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Pós-graduada pela Escola da Magistratura do Paraná – EMAP e pela Escola da Magistratura do Trabalho – EMATRA. Pós-graduada pela Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná – FEMPAR. Graduada em Letras e Direito pela Universidade Tuiuti do Paraná. Mediadora Judicial. Assessora Jurídica da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – TJPR. Professora no Curso de Direito no Centro Universitário do Paraná – UNIENSINO. Email: adriane.garcel@tjpr.jus.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3684019694966209>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5096-9982>.

THE “TAILLERS” OF THE JUDICIAL POWER – A MATTER OF EQUITY



Eduardo Milléo Baracat ²

Women continue to be underrepresented in the Judiciary and the higher the position the lower the proportion of women. Considering the importance of a judiciary that is reflective of society, the present study aims to present comparative data from Brazilian and international sources about women's representation, as well as the barriers reported and the measures taken by different countries. To do so, it is adopted the quantitative method, relied on secondary data, and its analysis. It concludes that there is an effort to overcome the barriers found by women, which resulted in some progress. However, there is still a long way to be covered, and it is necessary to analyze not only the numbers, but also the positions occupied by women.

Keywords: Judiciary; Representation of women; Data; Comparative law.

² Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho. Doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná (2002); Mestre em Direito Privado pela Universidade Federal do Paraná (1995); *Diplôme Supérieur de l'Université - Droit du Travail & Sécurité Sociale* pela Université Panthéon-Assas/Paris II (1998). Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (1987). Juiz Titular da 9ª Vara do Trabalho de Curitiba, desde 03/06/2002. Coordenador Pedagógico da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região (2016/2017). Professor Permanente do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do UNICURITIBA. Realizou estágio Pós-Doutoral na Universidade de Coimbra (2016-2017). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9913838403198516>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-2822-3316>.

INTRODUÇÃO

As mulheres historicamente ocuparam um papel de dona de casa, enquanto a carreira profissional era restrita ao sexo masculino. Aos poucos, as mulheres foram conquistando sua independência, direitos e espaço no mercado de trabalho, o que foi refletido em mudanças legislativas nacionais e internacionais. Tais mudanças vieram como forma de garantir a igualdade formal, encobrindo as diferenças estruturais existentes entre homens e mulheres.

A Constituição Federal de 1988 dispõe, entre os objetivos fundamentais, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de sexo (art. 3º, I, CF), e garante que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações (art. 5º, I, CF). Ademais, estabelece, entre seus princípios fundamentais, a cidadania e a dignidade humana (art. 1º, II e III, CF), sendo a igualdade de gênero uma de suas expressões.

Em âmbito internacional, foi promulgada a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, ratificada pelo Brasil pelo Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002. Além disso, em setembro de 2015, foi adotada como política global das Nações Unidas a Agenda 2030, que estabelece, entre os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, a igualdade de gênero (ODS nº 5).

Apesar dos esforços legislativos, a igualdade material não foi atingida. Observa-se que a figura antiga da mulher dona de casa ainda deixa resquícios. Não é diferente no Poder Judiciário, em que o predomínio do sexo masculino é visível. Não obstante as medidas de combate à desigualdade de gênero que resultaram em uma tendência de crescimento da participação feminina, nota-se que, quanto mais alto o cargo, menor é a representatividade das mulheres.

Diante desse quadro, o objetivo do artigo é analisar a participação feminina no Poder Judiciário internacional e brasileiro, bem como as principais barreiras encontradas e as medidas adotadas pelo Brasil e por outros países no combate à desigualdade de gênero. Para tanto, adota-se o método quantitativo, com a utilização de dados secundários, ou seja, disponibilizados por outras fontes, e sua posterior análise.

Após essa introdução, busca-se analisar as dimensões e sentidos da discriminação da mulher, analisando o seu contexto e a busca pela igualdade. Em seguida, é apresentado um panorama global sobre a representatividade das mulheres no Poder Judiciário. Para isso, são exibidos dados de diferentes países disponibilizados pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (UNPD), dos países-membros da União Europeia disponibilizados pela Comissão dos Assuntos Jurídicos (JURI) do Parlamento Europeu, dos membros da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), dos Estados

Unidos e da América Latina. Posteriormente, são expostas as principais barreiras encontradas, discutidas no Fórum de Genebra de 2013 da Comissão Internacional de Juristas (ICJ), composta por 60 juízes e advogados de todas as regiões do mundo. Por fim, são relatadas as medidas de combate à desigualdade de gênero adotadas nos países-membros da OCDE e da União Europeia.

Em um segundo momento, busca-se expor dados referentes ao Brasil, com base em relatórios apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça, que revelam a assimetria de gênero na ocupação de cargos no Poder Judiciário. Além de apresentar um panorama geral sobre a magistratura brasileira, são expostos dados do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Justiça do Paraná. Em seguida, são relatados os obstáculos encontrados pelas mulheres no Brasil e as medidas que vêm sendo adotadas para superá-los. Destaca-se a Política Nacional de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário instituída pelo Conselho Nacional de Justiça e as ações adotadas pelo TJPR em cumprimento às diretrizes estabelecidas pelo CNJ. O artigo é encerrado com uma breve conclusão.

1 DIMENSÕES E SENTIDOS DA DISCRIMINAÇÃO

Tradicionalmente, a sociedade era marcada por uma divisão de tarefas: ao homem cabia a vida pública e à mulher o espaço privado. Os cuidados com o lar e com os filhos eram atribuições exclusivas da mulher, sendo elas submissas ao homem, que era responsável pelo sustento da família. O ingresso das mulheres no mercado de trabalho se deu apenas a partir da Revolução Industrial. O reconhecimento da cidadania feminina é um fenômeno ainda mais recente. Até 1932, as mulheres não podiam votar e, até 1962, se tornavam relativamente capazes com o casamento, necessitando da assistência do marido para os atos da vida civil e de sua autorização para trabalhar (DIAS, s.d).

Aos poucos, foram sendo garantidos direitos formais à mulher, mas o histórico de seu papel social deixou sequelas que ainda são sentidas. Sua posição de submissão passou a legitimar diversas formas de discriminação:

A condição de subordinação decorre da circulação permanente de estigmas culturais que legitimam formas de discriminação, o que tem como consequência a ausência do gozo do mesmo

nível de respeito e estima social. Esses estigmas legitimam práticas discriminatórias que se tornam formas ordinárias do funcionamento de instituições públicas e privadas, práticas que podem decorrer da vontade consciente de excluir essas pessoas de oportunidades ou podem operar de forma desconectada de vontades individuais porque se tornam meios de operação normal das instituições (MOREIRA, 2020, p. 312).

Para além disso, em que pese a abertura do mercado de trabalho, há um desequilíbrio estrutural, ligado às tarefas do cotidiano e à guarda dos filhos, além de uma visão estereotipada do sexo feminino, que dificultam o seu ingresso aos espaços mais altos de poder¹. Assim, até hoje "o gênero dos indivíduos serve como base para uma série de representações culturais que determinam o status social das mulheres, como também justifica inúmeras práticas discriminatórias que confinam muitas mulheres a um status social inferior" (MOREIRA, 2020, p. 175).

A discriminação "trata-se de um fenômeno social múltiplo e complexo cujas motivações, por isso mesmo, não podem ser reduzidas a um único fator" (PACIORNIK; SOUZA NETTO; FOGAÇA, 2020, p. 23). Entre suas diversas vertentes, destaca-se a discriminação em razão do gênero, que impede que as mulheres alcancem muitos de seus objetivos em razão de barreiras sociais. Uma prática discriminatória consiste em impedir "o acesso de alguém a alguma oportunidade a partir de um critério que não possui relevância para o desempenho de uma atividade" (MOREIRA, 2020, p. 329), sendo uma situação corriqueiramente enfrentada pelas mulheres no mercado de trabalho.

Para superar esse cenário, não basta a igualdade formal, expressa em normas nacionais e internacionais, sendo necessário alcançar a igualdade material, que assegure efetivamente o acesso das mulheres às mesmas oportunidades dos homens. Além de normas gerais e abstratas, são necessárias ações afirmativas que combatam formas de tratamento discriminatório em razão do sexo, enraizadas na sociedade, pois "os indivíduos pertencem a uma coletividade que lhes deve garantir condições materiais para a realização da liberdade individual" (MOREIRA, 2020, p. 223). A igualdade formal é de extrema importância, mas deve ser complementada pela igualdade material. Nesse sentido, é importante tornar visíveis situações discriminatórias encobertas para obter maiores chances de sucesso nas políticas públicas (PACIORNIK; SOUZA NETTO; FOGAÇA, 2020, p. 25).

¹ Nas palavras de Maria Berenice Dias: "As diferenças entre homens e mulheres, decorrentes de toda uma conjuntura social e cultural, acabaram por colocá-los em dois mundos, a ponto de serem tidos como sexos opostos, e não compostos, complementares. Essa divergência posicional, que levou à diferenciação de papéis assumidos, estruturou diferentemente cada um de seus protagonistas. No momento em que a mulher adentrou na esfera pública, não

Uma sociedade democrática não pode ser complacente com atos discriminatórios, muito menos o Poder Judiciário, que é justamente o local que deveria garantir o respeito aos direitos e garantias individuais. No entanto, ainda há uma discrepância entre os espaços ocupados pelas mulheres e pelos homens no Judiciário.

2 PANORAMA GLOBAL SOBRE A PARTICIPAÇÃO FEMININA NO PODER JUDICIÁRIO

2.1 CENÁRIO DA PARTICIPAÇÃO FEMININA NO PODER JUDICIÁRIO INTERNACIONAL

Os espaços públicos possuem um relevante papel no cumprimento efetivo do princípio da igualdade, pois "a formação do valor moral das pessoas está ligada ao reconhecimento que elas recebem no espaço público" (MOREIRA, 2020, p. 125). Assim, o Poder Judiciário deveria ser protagonista no combate à discriminação e garantia da igualdade. No entanto, não é o que se observa.

Globalmente, apesar de as mulheres representarem metade da população mundial, representam menos de um terço dos membros da magistratura². A representação feminina no Poder Judiciário varia muito entre os países, havendo casos em que supera essa média, como: França (70,9%), Itália (52,9%), El Salvador (48,7%), Alemanha (44,5%), Uganda (44%), Espanha (40%) e Estados Unidos (34,7%). No entanto, em outros países, os números estão muito abaixo, como: Kuwait (0%), Nepal (3,8%) e Iraque (7,6%) (EDROMA, 2019).

Nos últimos anos, o número de mulheres no Poder Judiciário vem crescendo ao redor do mundo, contudo, apesar do progresso no ingresso na carreira, o mesmo não ocorre em sua progressão. Mesmo nos países em que há uma maior representatividade, esta não se mantém em todos os níveis da carreira, sendo bem mais baixa nos cargos de cúpula, como é o caso de: El Salvador (35,7% no topo da carreira e 50,4% no início) e Alemanha (29,3% no topo da carreira e 44,8% no início) (EDROMA, 2019).

Na União Europeia, em estudo que mapeou a representação de homens e mulheres em profissões ligadas ao Direito nos 28 países-membros em 2017, constatou-se que, lá, as mulheres já representam uma pequena maioria entre os juizes (2010: 53%; 2021: 53%; 2014: 55%) (GALLIGAN, 2017, p. 48). Nos países de Civil Law – em que o ingresso na magistratura depende de

deixou de trazer sua bagagem, acumulada em suas funções privadas, havendo indiscutivelmente que se reconhecer como enriquecedora a convivência harmônica e igualitária entre ambos" – (DIAS, s.d).

² Conforme dados obtidos em julho de 2010 referentes a 88 países, as mulheres representavam 27% dos juizes (UN WOMEN, 2012, p. 60).

exames acadêmicos – as mulheres têm tido resultados tão bons quanto os homens (GALLIGAN *et al*, 2017, p. 28), enquanto nos países de *Common Law* – em que o ingresso depende de indicação – a maioria dos cargos de juízes é ocupado por homens.

Contudo, há uma diminuição na proporção da representatividade feminina à medida que aumenta o nível na carreira, sendo esta maioria revertida nas cortes mais altas: 59% de mulheres na primeira instância, 48% na segunda instância e 36% na suprema corte, conforme dados de 2014 (GALLIGAN *et al*, 2017, p. 49). Já entre os servidores, a representatividade feminina é muito maior, de 74% (GALLIGAN *et al*, 2017, p. 54).

Inclusive entre os membros da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), países mais desenvolvidos, que, em sua maioria já alcançaram a igualdade de gênero, com 53% de representatividade feminina entre os juízes, esta disparidade nos mais altos cargos da carreira se mantém. Na OCDE, as mulheres representam 59% dos juízes na primeira instância, 50% na segunda instância e apenas 32% nas supremas cortes (OECD, 2017).

Nos Estados Unidos, apesar de as mulheres já serem a maioria nas faculdades de direito, ainda ocupam poucas posições no topo da carreira jurídica. Na Justiça Federal dos EUA, há 203 mulheres e 418 homens nas District Courts, 60 mulheres e 115 homens nas Circuit Courts e 3 mulheres e 6 homens na Supreme Court. Historicamente, apenas 4% dos membros da Supreme Court foram mulheres. Na Justiça Estadual, por sua vez, há 6.056 mulheres e 17.778 homens (HALTON, 2021).

Na América Latina, a porcentagem de ministras na mais alta corte de cada país tem como média 32,1%³. Esse fenômeno é conhecido como teto de vidro⁴ – caracterizado por barreiras invisíveis que limitam o acesso das mulheres aos cargos do topo da carreira. Ainda que as mulheres alcancem certos espaços, diante de critérios impessoais e objetivos de seleção, como é o caso dos concursos para o ingresso em cargos públicos, “a presença de mulheres tende a diminuir nas posições mais elevadas das carreiras, em que prevalece o critério de nomeação, o que abre margem para a arbitrariedade, a pessoalidade e até mesmo para a manifestação de atitudes discriminatórias” (REZENDE, 2020, p. 304 *apud* FONTOURA; REZENDE; QUERINO, 2020). Por isso, a importância em analisar os obstáculos que dificultam a progressão das mulheres na carreira e as principais

medidas que vêm sendo adotadas pelos países para combatê-los.

2.2 OBSTÁCULOS E MEDIDAS DE INCENTIVO À PARTICIPAÇÃO FEMININA NO PODER JUDICIÁRIO INTERNACIONAL

Em 2013, no Fórum de Genebra sobre as mulheres e o Judiciário foram discutidos, entre juristas de todas regiões do mundo, os obstáculos encontrados para a igualdade de gênero. As barreiras iniciam-se nos processos de recrutamento e nomeação, tendo os participantes do Fórum destacado que os processos devem sempre garantir a independência e imparcialidade e priorizar a igualdade de gênero, tanto nas composições das bancas como nos critérios e procedimentos que são aplicados. Soma-se a isso os estereótipos de gênero prevalecentes, as normas e o papel tradicional da mulher na sociedade, o que pode ser agravado em países que aplicam uma interpretação conservadora baseada na religião para excluir a mulher do Judiciário. Ainda, muitas das participantes do Fórum relataram o fato de que elas ou suas colegas já enfrentaram assédio ou discriminação por ser mulher. Com medo de situações como essa, muitas mulheres relutam em ingressar no Poder Judiciário (*INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS*, 2013, p. 3 – 8).

Em 2017, Estudo da Comissão dos Assuntos Jurídicos do Parlamento Europeu expôs obstáculos muitos semelhantes para a inserção das mulheres no Poder Judiciário europeu: persistência de estereótipos de gênero (muitas vezes, inconsciente) em processos de recrutamento, seleção e promoção; dificuldade em conciliar as responsabilidades profissionais e privadas; falta de transparência nos processos de nomeação e promoção; escassez de práticas de mentoria e redes de apoio e falta de visibilidade do papel feminino nos cargos mais altos do Poder Judiciário (GALLIGAN, 2017).

Desse modo, a participação das mulheres no mercado de trabalho exige especial atenção, nos dizeres de Adilson José Moreira (2020, p. 165):

Homens e mulheres podem ter as mesmas oportunidades profissionais, mas a dupla rotina de trabalho à qual as mulheres são submetidas pode comprometer a carreira delas. Uma análise adequada da igualdade exige, portanto, a consideração de que os seres humanos não são iguais em todos os espaços nos quais são comparados, em função das diferentes posições que ocupam nas diversas formas de interação social.

³ Poder Judiciário: porcentagem de ministras no máximo tribunal de justiça ou corte suprema. Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe – (CEPAL, 2018).

⁴ Sobre o teto de vidro, afirma Vaz: “este fenômeno caracteriza-se pela menor velocidade com que as mulheres ascendem na carreira, o que resulta em sua sub-representação nos cargos de comando das organizações e,

consequentemente, nas altas esferas do poder, do prestígio e das remunerações. É observado mesmo quando as mulheres são dotadas de características produtivas idênticas ou superiores às de seus congêneres do sexo masculino” (VAZ, 2013, p. 765 - 766 *apud* REZENDE, 2020, p. 303).

Identificadas as principais barreiras, muitas delas comuns em diferentes países, devem ser desenvolvidos planos de ação – que vão desde objetivos políticos até disposições legais. Para se alcançar a igualdade nos espaços públicos, como o Poder Judiciário, é necessário um sistema de cooperação, que “implica a igualdade de procedimentos por parte das instituições públicas, a aceitação da legitimidade das normas que organizam a sociedade, além da noção de que essa cooperação permite a realização das liberdades” (MOREIRA, 2020, p. 126).

As medidas devem iniciar-se nos processos de recrutamento, com a implantação de sistemas imparciais e transparentes, com maior participação feminina nas comissões (GALLIGAN, 2017, p. 33 – 36). Não se pode olvidar que cada país tem um sistema próprio de seleção, mas, na maioria dos casos, as nomeações para as cortes mais altas se dão por indicação do executivo ou do legislativo, às vezes, com recomendações de comissões – o que requer conexões políticas. Nas cortes em que a seleção se dá por meio de exames, as mulheres tendem a ser melhor representadas (KALANTRY, 2012, p. 85).

Ainda, devem ser promovidas ações de networking e mentoria entre as mulheres, que as incentivem a superar os obstáculos existentes e ingressar no Poder Judiciário. Como meio de combater a persistência dos estereótipos de gênero e discriminação existentes, são necessários programas de treinamento para preparar adequadamente os juízes no exercício da profissão, com ênfase para o desenvolvimento do ensino da igualdade de gênero. Por fim, para auxiliar na conciliação entre a vida privada e a vida profissional, deve-se introduzir condições de trabalho mais flexíveis (GALLIGAN, 2017, p. 33 – 36).

Em razão da importância da participação feminina e da sua falta de representatividade no Poder Judiciário, discutida mundialmente, muitos países adotaram as medidas em questão e vêm obtendo sucesso. Entre eles, os países da OCDE, que alcançaram a paridade de gênero por meio de uma série de esforços na última década. As medidas incluem mudanças institucionais, desde o método de seleção para ingresso na carreira, passando pela organização do trabalho até os meios de promoção. Buscou-se implementar a paridade de gênero nas comissões responsáveis pela nomeação de magistrados, como forma de garantir um procedimento justo de seleção. Além disso,

estabeleceram-se acordos de trabalho mais flexíveis e uma maior promoção do acesso de mulheres às profissões jurídicas (OECD, 2017).

Ademais, todos os Estados-Membros da União Europeia implantaram leis para a proteção das mulheres, como meio de compensar as desvantagens que sofrem em razão dos deveres familiares. Entre as medidas tomadas nas últimas três décadas, destacam-se: programas de igualdade de oportunidades (Inglaterra), políticas de paridade de gênero (França) e sistemas de cotas na função pública (Alemanha) (GALLIGAN, 2017, p. 27).

Os países que concentraram esforços na adoção de medidas com o fim de combater as barreiras existentes são a prova de que é possível alcançar a igualdade de gênero no Poder Judiciário. Além das mudanças implementadas, é necessário ressaltar que há fatores típicos da carreira da magistratura que, por sua natureza, contribuem para a inserção das mulheres, como a garantia de licença-maternidade oferecida pelo serviço público, o direito de remuneração independente do gênero, bem como a possibilidade de trabalhar em tempo parcial (GALLIGAN, 2017, p. 25).

Curiosamente, enquanto alguns países não contam com nenhuma juíza, como é o caso do Kuwait (EDROMA, 2019), na França alega-se que, hoje, há a chamada “surféminisation” – mulheres em excesso no Poder Judiciário⁵. A conquista de espaço pelas mulheres foi acompanhada de uma deterioração da imagem do Judiciário francês, que teve como causa outros fatores, como o predomínio de litígios de massa, baixos salários e ambiente de trabalho pouco atraente (GALLIGAN, 2017, p. 26). O que ocorre no país é que, atualmente, os juristas do sexo masculino não têm interesse em se tornar juízes⁶. Ainda assim, nos cargos com responsabilidades mais elevadas, há uma falta de representação das mulheres, o que tem como causa principal a exigência de mobilidade geográfica⁷.

Portanto, cada país tem realidades próprias, de modo que é preciso analisar cada caso concretamente, para verificar quais medidas devem ser implementadas. Além disso, é preciso olhar não apenas para os números, mas também para as posições que as mulheres ocupam.

⁵ Conforme estudo de 2017, as mulheres são maioria em todos os cargos do Ministério da Justiça francês, com exceção do comando e da vigilância do sistema penitenciário. Na magistratura, as mulheres são maioria desde 2002 (FRANÇA, 2017, p. 35).

⁶ No primeiro ano da faculdade de direito, 51% dos estudantes do sexo masculino preferem a carreira de advogado e, no mestrado, esse número passa para 72,2% (FRANÇA, 2017, p. 41).

⁷ “Selon le CEVIPOF, la moindre mobilité géographique des femmes constituerait la principale cause de leur sous-représentation dans les postes HH et de chefs de juridiction. L'asymétrie entre les femmes et les hommes dans le partage des responsabilités familiales, à l'égard des enfants en début de carrière, comme plus tard à l'égard des parents âgés, explique très largement cette moindre mobilité, corrélée parfois à une moindre disponibilité. Ces contraintes entraînent des retards dans l'accès au premier grade et à la HH” (FRANÇA, 2017, p. 102).

3 A PARTICIPAÇÃO FEMININA NO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

3.1 DADOS SOBRE A PARTICIPAÇÃO FEMININA NO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

O Poder Judiciário brasileiro, infelizmente, ainda não alcançou a representatividade feminina, já que conta com apenas 38,8% de magistradas em atividade, conforme dados coletados pelo Conselho Nacional de Justiça referentes ao período de 1º de janeiro de 2009 a 31 de dezembro de 2018 (CNJ, 2019). Esses números contrastam com a população do país, representada por 51,6% de pessoas do sexo feminino e 48,4% de pessoas do sexo masculino (IBGE *apud* CNJ, 2019).

Observa-se que houve um crescimento da participação das mulheres, pois, em 1988, elas ocupavam apenas 24,6% dos cargos de magistrados (CNJ, 2019). No entanto, o aumento do ingresso das mulheres não é uma constante. Os períodos de maior entrada de mulheres no primeiro grau da carreira foram entre 1990 e 1999 (38%) e entre 2000 e 2009 (41%), já entre 2010 e 2018, foi apresentada uma queda (34%) (ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS, 2018).

Em análise de 77 concursos realizados entre 2009 e 2017, foi constatada a inscrição de 165.761 homens e 155.771 mulheres e a aprovação de 1.473 homens e 1.022 mulheres. Entre 2009 e 2015, os homens permaneceram com índices de aprovação maiores, mas nos últimos anos (2016 e 2017) as mulheres começam a apresentar percentuais de aprovação idênticos aos dos homens (CNJ, 2020, p. 27).

No Brasil, observa-se o mesmo fenômeno constatado nos dados de direito comparado: apesar do atual progresso em relação à entrada de juízas na atividade, quanto mais alto o nível da carreira, menor a representatividade feminina, de: 44% dos juízes substitutos, 39% dos juízes titulares, 23% dos desembargadores e apenas 16% dos ministros de tribunais superiores. Um número reduzido de mulheres chega aos cargos de desembargadoras, corregedoras, vice-presidentes e presidentes, permanecendo no patamar de 25% a 30% (CNJ, 2019).

A mais alta Corte do país bem retrata esse quadro. Desde a criação do Supremo Tribunal Federal, em 1890, a primeira participação feminina se deu somente em 2000, quando Ellen Gracie foi nomeada. Eleita por seus pares, a Ministra participou da Cúpula Diretiva do STF, como vice-presidente em 2004 e como presidente no biênio 2006-2008. Em toda sua história, até hoje, a Suprema Corte contou com apenas três ministras – Ellen Gracie, Cármen Lúcia e Rosa Weber. O

Supremo foi novamente chefiado por uma mulher no biênio 2016-2018, quando a Ministra Cármen Lúcia exerceu a presidência e, atualmente, a Ministra Rosa Weber é a vice-presidente da Corte⁸.

No Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, dos 120 desembargadores, apenas 20 são mulheres. Dentre os magistrados que chefiaram a Justiça Estadual Paranaense desde o ano de 1894, não há nenhuma mulher. A ausência de participação feminina se repete nos cargos de 1º vice-presidentes, corregedores-gerais da justiça e corregedores da justiça. A primeira mulher a integrar a Cúpula Diretiva do Tribunal de Justiça foi a Desembargadora Dulce Maria Sant'Eufêmia Cecconi, que assumiu as funções de 2ª vice-presidente apenas em 2013. O cargo de 2ª vice-presidente contou com a segunda participação feminina na gestão 2017-2018, quando foi ocupado pela Desembargadora Lídia Maejima. O extinto Tribunal de Alçada também contou com apenas duas mulheres em sua Cúpula Diretiva, as Desembargadoras Denise Martins Arruda e Conchita Toniolo, que ocuparam os cargos de vice-presidente em 2001 e 2002, respectivamente⁹.

Na magistratura paranaense, de um total de 909 cargos preenchidos, 337 são ocupados por mulheres, o que representa 37%. A proporção praticamente se mantém em todos os níveis da carreira, havendo maior disparidade no cargo de desembargador, sendo a participação feminina representada por: 43,3% dos juízes substitutos, 44,7% dos juízes na entrância inicial, 48,6% na entrância intermediária, 44,8% na entrância final e apenas 16% dos desembargadores (TJPR, 2019).

Se, no Brasil, o número de mulheres ocupando cargos da cúpula do Poder Judiciário é mais baixo do que os ocupantes desses cargos do sexo masculino, o cenário se inverte nos cargos de servidores. Nestes, o número de mulheres é de 56,6% do total, fenômeno que se repete nas funções de confiança e cargos comissionados (56,8%) e nos cargos de chefia (54,7%) (CNJ, 2019).

Do mesmo modo, no STF, dos 1.151 servidores, 679 são do sexo feminino (58,9%), conforme dados levantados em 2017 (MATOSO; FREDERICO, 2017). No TJPR, os cargos efetivos e em comissão também são ocupados majoritariamente por mulheres, em um total de 4.608 cargos contra 3.578 cargos ocupados por homens, representando aproximadamente 56,3% de mulheres, conforme dados levantados pelo Departamento de Gestão de Recursos Humanos (DGRH) do TJPR, em fevereiro de 2019 (TJPR, 2019).

Reconhece-se o prejuízo das práticas discriminatórias dentro do Poder Judiciário, na medida em que "uma sociedade construída em torno de divisões sociais arbitrárias impede o alcance da

⁸ Dados retirados do site do Supremo Tribunal Federal. STF. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 19 jul. 2021.

⁹ Dados retirados do site do Tribunal de Justiça do Paraná. TJPR, Museu da Justiça. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/presidentes-tjpr-museu>. Acesso em: 19 jul. 2021.

liberdade, além de dificultar a construção de um sistema de cooperação social" (MOREIRA, 2020, p. 140). Nesse sentido, apesar de os dados apresentados demonstrarem que a igualdade de gênero ainda não é uma realidade no Judiciário brasileiro, uma série de medidas vêm sendo adotadas para alcançá-la, com base em diretrizes lideradas pelo Conselho Nacional de Justiça.

3.2 OBSTÁCULOS E MEDIDAS DE INCENTIVO À PARTICIPAÇÃO FEMININA NO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Diante desse cenário, o Conselho Nacional de Justiça, sob o comando da Ministra Cármen Lúcia, publicou a Resolução n. 255, no dia 4 de setembro de 2018, que institui a Política Nacional de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário. Sua criação está em consonância com a ideia de igualitarismo, que "pressupõe a promoção de medidas substantivas para a integração dos diversos grupos" (MOREIRA, 2020, p. 140). Por meio dela, foi criado um "grupo de trabalho, responsável pela elaboração de estudos, análise de cenários, eventos de capacitação e diálogo com os Tribunais" a respeito do cumprimento da Resolução (art. 3º, Resolução n. 255, CNJ).

Além disso, o Conselho Nacional de Justiça determinou que:

Todos os ramos e unidades do Poder Judiciário deverão adotar medidas tendentes a assegurar a igualdade de gênero no ambiente institucional, propondo diretrizes e mecanismos que orientem os órgãos judiciais a atuar para incentivar a participação de mulheres nos cargos de chefia e assessoramento, em bancas de concursos e como expositoras em eventos institucionais (art. 2º, Resolução n. 255, CNJ).

O acesso à carreira de magistrado se dá por meio de concurso público, sendo a baixa representatividade feminina nas bancas de concurso um dos motivos de maior dificuldade de inserção das mulheres na carreira. No direito comparado, destaca-se, entre as medidas adotadas pelos diferentes países, a paridade de gênero nas comissões de seleção de juízes.

Em pesquisa realizada pelo grupo de trabalho, observou-se que, no Brasil, também houve um aumento de participação de mulheres ao se comparar os dados de comissões e bancas examinadoras imediatamente após a promulgação da Constituição de 1988 (8,2% e 10,8% de mulheres nas comissões e bancas, respectivamente) e no período de 2008 a 2018 (22,6% e 20,6%). O mesmo foi identificado quanto ao aumento de participação de magistradas, de 24,6% em 1988 e de 37,6% no período de 2008 a 2018 (CNJ, 2020).

A liberdade de escolha profissional é um direito garantido constitucionalmente (art. 5º, XIII, CF) e

o incentivo à participação das mulheres nos concursos públicos é de grande valia, ampliando-se o leque de candidatos para não se privar de determinados talentos. Destaca-se a importância da igualdade de oportunidades:

O que chamamos de igualdade de oportunidade corresponde à realidade de uma ordem social na qual as pessoas devem ter as mesmas oportunidades iniciais para que possam levar a diante seus planos de vida e devem ter a possibilidade de ter os mesmos meios para competir pelo alcance desses objetivos. Uma sociedade não pode permitir que seus membros sejam impedidos de ter acesso aos mesmos meios em função de fatores que não são moralmente relevantes. (MOREIRA, 2020, p. 153).

Em consonância com as diretrizes estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça, os tribunais de todo o país têm se movimentado para adotar medidas, dentro dos limites de sua competência, que contribuam para a inserção feminina no Judiciário. Esse é o caso do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, que instituiu a Comissão de Igualdade de Gênero, de relatoria do atual Presidente Desembargador José Laurindo de Souza Netto, aprovada por unanimidade pelo Órgão Especial em fevereiro de 2021, com o objetivo de garantir o cumprimento das medidas especificadas na Resolução n. 255 do CNJ.

A Comissão paranaense está trabalhando na identificação de entraves ao atingimento das metas para alcançar a igualdade de gênero e em medidas que reduzam a desigualdade nos concursos públicos, processos de recrutamento para cargos comissionados, contratação de terceirizados e avaliações para promoções e progressões funcionais (LIMA, 2021).

Mesmo antes do início dos trabalhos da Comissão de Igualdade de Gênero do TJPR e da edição da Recomendação nº 85/2021 do CNJ, que "dispõe sobre a observância de composição paritária na formação das Comissões Organizadoras e das Bancas Examinadoras de concursos públicos para ingresso na magistratura", a Comissão do Concurso para ingresso na magistratura do TJPR, designada pela Resolução nº 270, de 16 de setembro de 2020, já apresentava paridade de gênero (LIMA, 2021).

Os dados apresentados demonstram que cada vez mais mulheres vêm ingressando na magistratura e a adoção de tais medidas, referentes à igualdade de gênero desde a composição das comissões e bancas dos concursos, tende a alargar ainda mais o acesso. No entanto, é necessário viabilizar não apenas o acesso aos graus iniciais da carreira, mas também às promoções, que se dão por meio de votações nos tribunais e envolvem critérios políticos. Impõe-se a conscientização dos magistrados para que se viabilize a participação feminina em todos os níveis da carreira,

inclusive nos cargos diretivos. Conforme afirma Adilson José Moreira:

A igualdade deve permitir que as pessoas não sejam permanentemente coagidas a se adequarem a parâmetros comportamentais elegidos como necessários para a organização social. Assim, certos traços que designam identidades desvalorizadas têm sido protegidos a fim de garantir que as pessoas tenham a possibilidade de tratamento igualitário em situações relevantes. – (MOREIRA, 2020, p. 137).

Outro obstáculo a ser enfrentado pelas mulheres é a conciliação entre a vida privada e a vida pública. Pesquisa realizada sobre as mulheres na carreira do Ministério Público – mas perfeitamente aplicável ao Poder Judiciário – demonstrou que a estrutura da carreira dividida em entrâncias, em que o crescimento é condicionado à imposição de passagens por diversas cidades dificulta a conciliação entre a vida profissional e a família¹⁰.

Os sucessivos deslocamentos geográficos trazem obstáculos muito mais acentuados para as juízas do que para os juizes, como a resistência do cônjuge, a dificuldade de conciliação com as escolas dos filhos, além da reprovação social do papel de mãe solteira ou ausente¹¹. Nesse sentido, destaca-se que “a expectativa social influencia também o comportamento de membros de minorias porque muitos deles passam a modular seus comportamentos a partir das expectativas e dos incentivos que recebem da sociedade” (MOREIRA, 2020, p. 379 – 380).

No Paraná, o número de cargos na entrância final (588) é significativamente maior do que nas entrâncias intermediária (109), inicial (80) e no cargo de juiz substituto (48)¹², o que ameniza a dificuldade de chegada às grandes cidades e o conflito entre a realização profissional e familiar.

¹⁰ De acordo com o Procurador de Justiça Aposentado Carlos Francisco Bandeira Lins: “A conclusão a que se chegou a partir dos dados encontrados foi a de que, além das ingentes dificuldades encontradas pelas primeiras gerações de mulheres que se dispuseram a enfrentar os preconceitos contra seu ingresso na carreira, tiveram elas também, em grande número, de, em troca do sucesso na vida profissional, abrir mão da geração de filhos, como resultou claro ante o número de filhos gerados pelo conjunto das Promotoras e Procuradoras de Justiça, quando cotejado com o número de filhos gerados por seus colegas homens”. (LINS, s.d).

¹¹ Em pesquisa do CNJ que traçou o perfil sociodemográfico dos magistrados brasileiros em 2018, constatou-se que, enquanto entre os homens o percentual de casados é de 86%, entre as mulheres é de 72%. Ainda, os resultados revelaram uma maior proporção de mulheres sem filho em comparação aos homens, sendo que 74% das mulheres possuem filhos e 81% dos homens. Além disso, os homens apresentaram uma maior quantidade de filhos (CNJ, 2019).

¹² Dados retirados do site do TJPR: TJPR. Lista de antiguidade. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/lista-de-antiguidade-da-magistratura>. Acesso em: 20 jul. 2021.

¹³ A utilização das novas tecnologias inclui uma série de instrumentos: “A tramitação eletrônica dos processos, com

Ademais, a pandemia da Covid-19 fez com que se repensasse o modo de trabalho. Diante da necessidade de distanciamento social, empresas e órgãos públicos no mundo inteiro tiveram que mandar seus funcionários trabalhar de casa. No TJPR não foi diferente e, em março de 2020, foi estabelecido o fechamento dos edifícios dos Fóruns e do Tribunal de Justiça, o atendimento remoto, a realização de audiências por videoconferência e a troca das sessões presenciais para o Plenário Virtual. Como resultado desse período desafiador, houve o aumento da produtividade, que foi possível graças à utilização das novas tecnologias¹³. No período de 1º de abril a 4 de agosto de 2020, registrou-se uma expansão de 40% de produtividade (TJPR, 2020) e, em 393 dias, o Poder Judiciário paranaense realizou, de forma remota, mais de 8,4 milhões de atos processuais (TJPR, 2021). Nesse sentido, pode-se afirmar que “a pandemia abriu os olhos para a necessidade de o Judiciário continuar entregando a prestação jurisdicional de modo efetivo a todos os cidadãos adequando-se aos novos tempos” (SOUZA NETTO; FOGAÇA; GARCEL, 2020, p. 10). A utilização das tecnologias pelo Poder Judiciário integra o conceito de efetivo acesso à justiça no mundo novo pós-pandemia¹⁴ e permite a redução da sobrecarga de trabalho dos magistrados, de deslocamentos desnecessários e, conseqüentemente, uma melhor articulação entre a vida pessoal e a vida profissional.

Não se justifica que o Judiciário – principalmente os seus mais altos cargos – seja composto majoritariamente por homens. É essencial que profissionais de ambos os gêneros apreciem uma série de questões, entre elas, a violência contra a mulher. Para suprir a disparidade dos julgadores, ações afirmativas têm sido adotadas pelos tribunais. Em consonância com a Recomendação nº 79/2020 do CNJ, que “dispõe sobre a capacitação de magistradas e magistrados para atuar em Varas ou Juizados que

realização de audiências e sessões de julgamento virtuais por meio de plataformas online, por seu turno, é apenas uma das facetas dessa nova onda de tecnologias que compreende, também, plataformas digitais de negociação, uso de analytics, jurimetria, inteligência artificial (*machine learning*, *deep learning*, *Big Data*, inovação disruptiva e Processamento de Linguagem Natural), além da *Online Dispute Resolution (ODR)*” – (HIPPERTT; SOUZA NETTO; GARCEL; SOUZA NETTO, 2022, p. 285).

¹⁴ Nesse sentido, afirmam José Laurindo de Souza Netto e Anderson Fogaça: “Emprego de novas formas de resolução de conflitos, readequação dos espaços físicos, investimento na capacitação dos operadores do direito, transformação digital da justiça com virtualização dos processos, fomento ao uso de novas tecnologias, como as plataformas virtuais de conciliação, modelos de computação em nuvem, inteligência artificial, home office, equipamentos e programas, bem como segurança jurídica com adoção de métodos de análise econômica do direito, sequencialismo e índices matemáticos para a fixação de teses pelos tribunais passaram, no mundo novo do pós-pandemia, a se encaixar no complexo conceito de efetivo acesso à justiça”. (SOUZA NETTO; FOGAÇA, 2020, p. 8).

detenham competência para aplicar a Lei nº 11.340/2006" (Lei Maria da Penha), o TJPR, por meio da Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar – CEVID, vem promovendo cursos que abordem temas relacionados aos direitos fundamentais desde uma perspectiva de gênero, entre outras medidas que colocam o assunto em evidência¹⁵.

As medidas adotadas demonstram um amadurecimento do Poder Judiciário em relação à igualdade de gênero, no entanto, ainda há um longo caminho a ser percorrido até a efetiva representatividade feminina em todos os níveis da carreira. Nas palavras de Maria Berenice Dias: "não mais se pode dizer que Judiciário é um substantivo masculino, devendo-se ter sempre presente que Themis, a Deusa da Justiça, é uma mulher" (DIAS, s.d.).

CONCLUSÃO

Os dados apresentados demonstram que, globalmente, há uma falta de representatividade das mulheres no Poder Judiciário e a situação se agrava nos cargos de cúpula. Conclui-se que as portas se abriram para o ingresso das mulheres, contudo, à medida que há uma progressão na carreira, essas portas vão ficando mais estreitas.

Cada país possui características próprias, mas existem barreiras em comum encontradas pelas mulheres no Poder Judiciário, como a permanência dos estereótipos de gênero, que se manifesta, principalmente, durante processos de nomeação e seleção, e a dificuldade em conciliar a carreira com as responsabilidades familiares. Apesar da garantia da igualdade formal entre homens e mulheres, expressas em normas nacionais e internacionais, a igualdade material ainda não foi atingida.

Diante da importância em se ter um Poder Judiciário que reflita as características da sociedade, uma série de medidas vêm sendo adotadas pelos países para combater a desigualdade de gênero. No Brasil, foi instituída a Política Nacional de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário, por meio da Resolução n. 255 do CNJ.

Seguindo as diretrizes nacionais, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná instituiu a Comissão de Igualdade de Gênero e vem atuando ativamente para garantir a representatividade feminina. Além da promoção de uma série de eventos institucionais sobre o tema, na organização do mais recente concurso para ingresso na magistratura paranaense, já foi garantida a paridade de gênero na comissão.

Os esforços adotados tanto pelo Brasil como internacionalmente têm resultado em um progresso na participação feminina no Judiciário, no entanto, ainda há

um longo caminho a ser percorrido até que todas as portas sejam abertas para as mulheres. Para isso, impõe-se a sua representação não apenas em números abstratos, e sim uma representação efetiva em todos os níveis da carreira.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. Quem somos: a Magistratura que Queremos. Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2019/02/Pesquisa_completa.pdf. Acesso em: 29 jul. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. A participação feminina nos concursos para a magistratura. Resultado de pesquisa nacional. Brasília, 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB_RELATORIO_Participacao_Feminina-FIM.pdf. Acesso em: 2 ago. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Diagnóstico da participação feminina no Poder Judiciário. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/05/cae277dd017bb4d4457755feb5eed9f.pdf>. Acesso em: 02 ago. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Perfil Sociodemográfico dos Magistrados Brasileiros - 2018. Brasília, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/a18da313c6fdbcb6f364789672b64fcefc948e694435a52768cbc00bda11979a3.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Recomendação n. 85, de 12 de janeiro de 2021. Dispõe sobre a observância de composição paritária na formação das Comissões Organizadoras e das Bancas Examinadoras de concursos públicos para ingresso na magistratura. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original20572520210119600747b5cb45e.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 255, de 4 de setembro de 2018. Institui a Política Nacional de Incentivo à Participação Institucional Feminina no poder Judiciário. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2670>. Acesso em: 29 nov. 2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 19 jul. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Com mais de 366 mil videoconferências, Justiça eleva produtividade na pandemia. TJPR, 12 ago. 2020.

¹⁵ TJPR. Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar – CEVID. Disponível em:

<https://www.tjpr.jus.br/web/cevid/inicio>. Acesso em: 20 jul. 2021.

Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/destaques/-/asset_publisher/1lKI/content/com-mais-de-366-mil-videoconferencias-justica-eleva-produtividade-na-pandemia/18319?inheritRedirect=false&redirect=https://www.tjpr.jus.br/destaques%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_1lKI%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-2%26p_p_col_count%3D1. Acesso em: 02 ago. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar – CEVID. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/web/cevid/inicio>. Acesso em: 20 jul. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. COVID-19: em 393 dias de trabalho remoto a justiça estadual realizou mais de 8,4 milhões de atos processuais. TJPR, 13 abr. 2021. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/noticias/-/asset_publisher/9jZB/content/covid-19-em-393-dias-de-trabalho-remoto-a-justica-estadual-realizou-mais-de-8-4-milhoes-de-atos-processuais/18319. Acesso em: 02 ago. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Lista de antiguidade. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/lista-de-antiguidade-da-magistratura>. Acesso em: 20 mar. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Museu da Justiça. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/presidentes-tjpr-museu>. Acesso em: 19 jul. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Semana da Mulher: mais da metade da força de trabalho do TJPR é feminina. TJPR, 7 mar. 2019. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/destaques/-/asset_publisher/1lKI/content/semana-da-mulher-mais-da-metade-da-forca-de-trabalho-do-tjpr-e-feminina/18319?inheritRedirect=false. Acesso em: 19 jul. 2022.

DIAS, Maria Berenice. A mulher e o Poder Judiciário. Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/politicas-para-mulheres/arquivo/assuntos/poder-e-participacao-politica/referencias/genero-e-poder-judiciario/a_mulher_e_o_poder_judiciar.pdf. Acesso em: 30 jul. 2022.

EDROMA, Evelyn. *Promoting gender equality in the judiciary*. UNPD, 5 jul. 2019. Disponível em: <https://www.undp.org/blogs/promoting-gender-equality-judiciary>. Acesso em: 21 jul. 2021.

FRANÇA. Ministério da Justiça. *La féminisation des métiers du Ministère de la Justice*, nº 041-17. Out. 2017.

Disponível em: http://www.justice.gouv.fr/art_pix/rapport_feminisation.pdf. Acesso em: 28 jul. 2022.

GALLIGAN, Yvonne et al. *Mapping the Representation of Women and Men in Legal Professions. European Parliament: Policy Department for Citizen's Rights and Constitutional Affairs: Directorate General for Internal Policies of the Union*. PE 596.804. Ago. 2017. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/596804/IPOL_STU\(2017\)596804_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/596804/IPOL_STU(2017)596804_EN.pdf). Acesso em: 22 jul. 2021.

HALTON, Clay. *Gender Representation in the Judiciary: women are still underrepresented in the US judicial system*. Investopedia, 4 mar. 2021. Disponível em: <https://www.investopedia.com/gender-representation-in-the-judiciary-5113183#citation-13>. Acesso em: 23 jul. 2021.

HIPPERTT, Karen Paiva; SOUZA NETTO, Eleonora Laurindo de; GARCEL, Adriane; SOUZA NETTO, José Laurindo de. O acesso à justiça em tempos de crise e a onda das tecnologias na justiça brasileira. In: GARCEL, Adriane; SOUZA NETTO, Eleonora Laurindo de; ZIMIANI, Laís Silva; GOTO, Lilian Cristina Pinheiro (coord.). *Mediação & Conciliação: métodos adequados de solução de conflitos: homenagem dos alunos e professores do mestrado da UNIPAR ao Mestre José Laurindo de Souza Netto*. Editora Clássica: Curitiba, 2021.

INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS. Women and the Judiciary: Geneva Forum Series nº 1. Geneva, 2013. Disponível em: <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2014/10/Universal-Women-and-Judiciary-Gva-For-1-Publications-Conference-Report-2014-ENG.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2021.

KALANTRY, Sitral. *Women in Robes. Americas Quarterly*, 2012. Disponível em: <https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2539&context=facpub>. Acesso em: 27 out. 2021.

LIMA, Maria Aparecida Blanco de. O Judiciário se fez reconhecer como um espaço próprio de homens brancos e heterossexuais, o que não reflete a diversidade da sociedade. Entrevista cedida à Associação de Notários e Registradores do Estado do Paraná (Anoreg/PR). Anoreg/PR, 15 jul. 2021. Disponível em: <http://www.anoregpr.org.br/19694-2/>. Acesso em: 19 jul. 2021.

LINS, Carlos Francisco Bandeira. Mulheres no ministério Público. Associação Paulista do Ministério Público. Disponível em: <https://www.apmp.com.br/artigos/mulheres-no-ministerio-publico-carlos-francisco-bandeira-lins/>. Acesso em: 20 jul. 2022.

MATOSO, Felipe; FREDERICO, Grazielle. Proporção de mulheres entre servidores é maior no Poder Judiciário. G1, 8 mar. 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/proporcao-de-mulheres-entre-servidores-e-maior-no-poder-judiciario.ghtml>. Acesso em: 19 jan. 2022.

MOREIRA, Adilson José. Tratado de Direito Antidiscriminatório. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020.

NAÇÕES UNIDAS. Observatório de igualdade de gênero da América Latina e do Caribe. Poder Judiciário: porcentagem de ministras no máximo tribunal de justiça ou corte suprema. CEPAL, 2018. Disponível em: <https://oig.cepal.org/pt/indicadores/poder-judiciario-porcentagem-ministras-no-maximo-tribunal-justica-ou-corte-suprema>. Acesso em: 21 jul. 2022.

OECD. *Women in the judiciary. In: Government at a Glance 2017*, OECD Publishing, Paris, 2017. Disponível em: https://doi.org/10.1787/gov_glance-2017-29-en. Acesso em: 23 jul. 2021.

OECDILIBRARY. *Women in the Judiciary: working towards a legal system reflective of society*. OECD, mar. 2017. Disponível em: <https://www.oecd.org/gender/data/women-in-the-judiciary-working-towards-a-legal-system-reflective-of-society.htm>. Acesso em: 21 jul. 2021.

PACIORNIK, Joel Ilan; SOUZA NETTO, José Laurindo de; FOGAÇA, Anderson Ricardo. Interseccionalidade e fraternidade: justiça restaurativa como resgate das mulheres encarceradas. Revista Judiciária do Paraná, Ano XV, n. 20, Novembro 2020. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/documents/18319/47149551/56.+Artigo+interseccionalidade.pdf/239cd340-24e0-30aa-8755-c7472f1c1a1f>. Acesso em: 30 mar. 2022.

REZENDE, Daniela Leandro. Mulher no Poder e na Tomada de Decisões. //: FONTOURA, Natália; REZENDE, Marcela; QUERINO, Ana Carolina. Beijing +20: avanços e desafios no Brasil contemporâneo. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea): Brasília, 2020.

SOUZA NETTO, José Laurindo de; FOGAÇA, Anderson Ricardo. A magistratura do futuro e os métodos consensuais como forma de acesso à justiça em uma sociedade pós-pandêmica. Conjur, 1 out. 2022, 10:00. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/souza-netto-fogaca-magistratura-futuro.pdf>. Acesso em: 29 mai. 2022.

SOUZA NETTO, José Laurindo de; FOGAÇA, Anderson Ricardo; GARCEL, Adriane. Métodos Autocompositivos e as novas tecnologias em tempos de COVID-19: *online*

dispute resolution - ODR. Revista Relações Internacionais no Mundo Atual, v. 1, n. 26, 2020. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RIMA/article/view/3989/371372311>. Acesso em: 29 abr. 2022.

UN WOMEN. *Progress of the World's Women: In Pursuit of Justice*. 2011 - 2012. Disponível em: https://www.unodc.org/res/ji/import/international_standards/in_pursuit_of_justice/in_pursuit_of_justice_en.pdf. Acesso em: 16 jun. 2022.

**EXPANDIR OS HORIZONTES DAS CORTES É POSSÍVEL?
A ABERTURA AO ATIVISMO JUDICIAL TRANSNACIONAL E AO JUDICIAL
BORROWING A PARTIR DA DISPUTA INTERPRETATIVA SOBRE A LEI DE
ANISTIA TRAVADA ENTRE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A CORTE
INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**

**EXPANDING COURTS HORIZONS IS POSSIBLE?
THE OPENING TO TRANSNATIONAL JUDICIAL ACTIVISM AND JUDICIAL
BORROWING ON THE INTERPRETATIVE DISPUTE ABOUT THE AMNESTY
LAW FOUGHT BETWEEN THE SUPREME COURT AND THE INTER-
AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS**



José Sebastião Fagundes Cunha ¹

Analisa a possibilidade de construção de um diálogo entre cortes, na perspectiva do que se convencionou chamar ativismo judicial transnacional, fenômeno decorrente do mais amplo movimento em torno da interculturalidade jurídica, ou, como se prefere, da transjuridicidade. Nesse contexto, apresenta algumas reflexões em torno da mundialização dos processos cognitivos e de aplicação prática da jurisprudência colhida em órgãos judiciais estrangeiros, em especial, tribunais constitucionais e cortes internacionais, na modalidade de simples empréstimo retórico (*judicial borrowing*). Adota como paradigma de análise dessa possibilidade discursiva a questão relativa à (in)constitucionalidade da Lei de Anistia brasileira, mantida preservada pelo Supremo Tribunal Federal, em dessincronia com o que foi logo em seguida decidido pela Corte Interamericana de Direitos

¹ Pós-Doutor pela Universidade de Coimbra. Doutor pela UFPR. Mestre pela PUC/SP. Desembargador do TJPR. Diretor da Escola Judicial da América Latina e membro da Rede Latino-americana de Juizes. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1610736588429169>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9415-0493>.

Humanos (inconvenção). Em arremate, propõe questionar a possibilidade do uso de precedentes emprestados, de modo a ampliar o diálogo judicial transnacional e, conseqüentemente, o horizonte de interpretação sobre controvérsias que não se resolvem apenas ancoradas na cultura jurídica doméstica.

Palavras-Chaves: Diálogo entre cortes; Transjuridicidade; *Judicial borrowing*; Tribunais internacionais; Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos; Caso Guerrilha do Araguaia; Lei de Anistia brasileira; ADPF 153.



Gustavo Rabay Guerra²

Exploring the possibility of building a dialogue between courts, in view of the so-called judicial activism transnational phenomenon that results from broader movement around legal interculturalism, or, as is preferred, the transjuridical phenomenon. In this context, it presents some reflections about the globalization of cognitive processes and practical application of jurisprudence harvested in foreign courts, in particular, constitutional courts and international courts, in the form of simple rhetoric loan (judicial borrowing). Adopts the paradigm of this pattern of analysis concerning the (un) constitutionality of the Brazilian Amnesty Law, kept preserved by the Supreme Court despite what was then immediately decided by the Inter-American Court of Human Rights (unconventionality). In tailpiece, proposes to question the possibility of the use of precedents borrowed abroad in order to expand the transnational judicial dialogue and, consequently, the horizon of interpretation disputes that cannot be solved only anchored in the domestic legal culture.

Keywords: Dialogue between courts; Transjuridical approach; Judicial borrowing; International courts; Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights; Case of the Araguaia Guerrilla; Brazilian Amnesty Law; ADPF 153.

² Doutor pela Universidade de Brasília. Mestre pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor da Universidade Federal da Paraíba. Diretor Acadêmico da Escola Superior de Advocacia da OAB-PB. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1413586137469042>.

INTRODUÇÃO

A tradição legal da América Latina experimenta um momento peculiar em que a democracia e o constitucionalismo plantados no solo de nações muito jovens, assaz violentadas por diversos regimes ditatoriais, geram transformações e compromissos dirigidos por novos fundamentos da organização sócio-política, em que a valorização dos direitos humanos, a ética republicana e *accountability* se mostram inegociáveis.

No novo arranjo institucional, peças foram deslocadas e conceitos revisitados. Imprecisões ou exageros terminológicos à parte, na medida em que se nota a expansão global do Poder Judiciário e a invasão do direito em relação às demais esferas da vida (LOPES, 2005), concomitante ao surgimento de uma "sociedade de litigantes" (GARAPON, 1999), vem se observando a caracterização de uma nova racionalidade para o Judiciário, em que a função de julgar assume feições de uma nova "religião", e ocupa um lugar privilegiado na nova cena política. "A demanda da justiça vem do desamparo da política", anuncia Paul Ricoeur no prefácio do excepcional trabalho de Garapon (GARAPON, 1999).

Para além do direito doméstico, nota-se cada vez mais a possibilidade de prostrar a defesa dos direitos humanos em esferas de jurisdição internacional de direitos humanos, sempre que os ordenamentos internos se afigurem insuficientemente preparados para acolher o nível discursivo baseado em direitos da humanidade ("*human rights-based approach*").

No presente trabalho, serão apresentadas sondagens preliminares acerca da possibilidade de um ativismo jurídico transnacional, enquanto instrumento de defesa jusfundamental, e, ainda, as condições para a compreensão do fenômeno denominado "diálogo entre as cortes", por meio da percepção dialética de casos

concretos. Para aprofundar a análise, toma-se a disputa interpretativa estabelecida entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no julgamento da validade da Lei de Anistia brasileira, a partir dos respectivos acórdãos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153 e do Caso Gomes Lund e outros versus Brasil ("Caso Guerrilha do Araguaia").

De antemão, uma advertência metodológica: não será objeto desse trabalho analisar a questão a relação hierárquica que deve pautar ordens jurídicas distintas, tal como se discute em diversos trabalhos de maior fôlego, que sempre remetem a questões doutrinárias célebres¹ e construções judiciais igualmente conhecidas².

1 INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO: PRIMEIROS PASSOS EM DIREÇÃO AO ATIVISMO JURÍDICO TRANSNACIONAL E AO DIÁLOGO ENTRE JUÍZES

Sob os conceitos de "ativismo judicial" e de "judicialização da política", o "jurídico" se transforma em promessa do "novo" e do resgate de dívidas históricas, no sentido de suplantar clamores sociais nunca antes (satisfatoriamente) respondidos.

Para Luís Roberto Barroso (2010), o fenômeno da judicialização e do ativismo judicial são análogos, sendo aquele decorrente do modelo constitucional adotado como resultado factual do controle jurisdicional previsto no sistema de Justiça, ao passo em que o ativismo é pura atitude, ou seja, deriva da "escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance". O papel do Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento de questões complexas, tais como a discussão da fidelidade partidária, sobre a possibilidade de descriminalização de aborto de fetos anencefálicos e a autorização de experiências científicas com células tronco-embriônicas, são exemplos recentes de como o

¹ Por todos, recomenda-se a leitura da recentíssima tradução para o português do clássico trabalho de Kelsen sobre "As relações de sistema entre o direito interno e o direito internacional público", coordenada pelo Prof. Marcelo Varela e publicada na Revista de Direito Internacional [Brazilian Journal of International Law]. Como esclarece Varela, o texto foi originalmente escrito em francês, como um curso geral na Academia de Direito Internacional e, até então, nunca havia sido traduzido para outro idioma. "Este trabalho é considerado uma das obras mais importantes de Kelsen para o direito internacional, porque o autor a escreve em meio a uma disputa teórica com os voluntaristas, sobretudo Triepel, em uma sequência de cursos que disputam a natureza da relação jurídica entre o direito internacional e o direito doméstico. Kelsen tem o apoio de Verdross, seu discípulo, que também pretendemos publicar em português em breve. Nesta disputa entre grandes autores encontramos os melhores argumentos sobre a primazia do direito internacional". – (KELSEN, 2013, p. 9 - 89).

² São representativos os casos decididos pelo Tribunal Constitucional da República Federal da Alemanha (*Bunderverfassungsgericht*) sobre o conflito entre o sistema jurídico daquele país e o Direito Comunitário europeu, quais sejam: Casos Solange I e II. Sobre Solange ("Enquanto"), julgado na década de 70, esclarecem Gilmar Mendes e George Galindo: "É importante notar que o caso Solange foi fruto direto da resistência da

Corte Administrativa de Frankfurt, que não aceitou o julgado da Corte Europeia de Justiça no citado caso Internationale *Handelsgesellschaft* e o submeteu ao Tribunal Constitucional Alemão. Este, ao perceber que a doutrina da supremacia insularia o direito comunitário da proteção dos direitos fundamentais no plano interno, estabeleceu a fórmula do "enquanto". (...) Em 1986, foi proferida decisão que versava sobre uma alegada violação de direitos fundamentais estabelecidos na Constituição alemã por atos comunitários. Na oportunidade, o Tribunal estabeleceu que o direito comunitário, por meio da jurisprudência da Corte de Luxemburgo, já demonstrava um grau satisfatório de proteção aos direitos fundamentais. E, assim, afirmou que, enquanto esse grau satisfatório de proteção fosse assegurado, o Tribunal Constitucional não analisaria a compatibilidade dos atos comunitários em face dos direitos fundamentais estabelecidos na Lei Fundamental. Em virtude de a fórmula "enquanto" ter sido mantida na decisão, a doutrina passou a chamá-la de Solange II. O mais importante notar é que, embora o Tribunal Constitucional tenha adotado uma postura de maior deferência ao direito comunitário, fez questão de manter um conflito em potencial com a Corte Europeia de Justiça, o que ficava claro a partir do uso da fórmula "enquanto", que implicava uma possível ruptura caso determinadas condições ocorressem. Em outros termos, o Tribunal Constitucional foi coerente com a conclusão tomada no caso Solange I" – (MENDES, 2008).

Judiciário se torna um complexo reduto da luta política da sociedade, nos temas em que possa ser suscitado o que se convencionou chamar de desacordos morais razoáveis (*reasonable disagreements*), ou seja, situações argumentativas desconcertantes para a sociedade, em que a mediação política não é capaz de perceber a porosidade das posições antagônicas que se estabelece a partir do dissenso (complexidade social) (BARROSO, 2010).

Em outra direção, vem se tornando recorrente a ocorrência do fenômeno denominado "diálogo entre juízes", consistente na incorporação de argumentos extraídos de decisões no âmbito global, seja aquelas proferidas em tribunais estrangeiros ou em cortes de jurisdição eminentemente internacional (cortes regionais ou tribunais internacionais). Essa é a advertência de Allard e Garapon (2006, p. 7): "O Direito tornou-se um bem intercambiável. transpõe as fronteiras como se fosse um produto de exportação. Passa de uma esfera nacional para outra, por vezes infiltrando-se sem visto de entrada".

Esses autores chamam a atenção para reconhecimento de que os juízes se afirmam como engenheiros da mundialização. Para esses autores, trata-se do comércio de juízes (ALLARD; GARAPON, p. 16). Eles reconhecem que, cada vez mais, se recorre a soluções argumentativas externas para equalizar problemas do próprio sistema. O precedente utilizado por Allard e Garapon ilustra o conceito: em um caso decidido em 2003 (*Lawrence versus Texas*), a Suprema Corte dos Estados Unidos recorreu à jurisprudência da Corte Européia de Direitos do Homem (*Dudgeon versus United Kingdom*, 1981) para decidir pela inaplicabilidade de legislação do Estado do Texas que proibiam relações homossexuais, caracterizadas como sodomia, o que gerou grande embate ideológico.

A Corte Constitucional da África do Sul também consagra um exemplo notável de como é possível esse diálogo entre juízes, que alguns autores

denominam de "comunidade global de cortes", expressão cunhada por Anne-Marie Slaughter (2013, p. 191 – 219). O caso *State versus Makwanyane*, de 1995, é representativo: o Tribunal sul-africano declarou a inconstitucionalidade da pena de morte, invocando argumentos hauridos do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e de incontáveis tribunais constitucionais ao redor do globo³. Esse caso é, portanto, o que Sofia Ciuffoletti considera paradigma do diálogo judicial global (CIUFFOLETTI, 2011).

A relevância da articulação entre a instrumentalização argumentativa entre diferentes sistemas judiciais foi evidenciada pelo juiz Antonin Scalia, da Suprema Corte americana, no julgamento do caso *Roper versus Simmons*, também relacionado à pena de morte: "embora as opiniões de nossos próprios cidadãos sejam essencialmente irrelevantes para as decisões da corte nos dias atuais, os pontos de vista de outros países e da comunidade internacional estão no centro das atenções" (DELMAS-MARTY, 2006, p. 53). Apesar disso, os EUA pode ser considerado completamente contrário ao diálogo transnacional⁴.

Delmas-Marty (2004) considera que essa dialética possibilitará inúmeros avanços, entre os quais um pluralismo ordenado, a fim de evitar o sobreposição de uma ordem hegemônica ou, por outro lado, quedar-se à desordem impotente. O diálogo entre juízes apresenta-se como relevante mecanismo para a superação de um provincialismo dissociante ou de um internacionalismo hegemônico que, de modo oscilante, marcam as relações entre cortes domésticas e transnacionais (LEÃO, 2011, p. 275).

Interessante, nesse sentido, é o conceito de "*judicial borrowing*", cuja tradução literal é "empréstimo judicial", consistente na utilização simples de jurisprudência estrangeira, sem a devida depuração terminológica, jurídico-etiológica e, até mesmo epistemológica, que marca o método do Direito Comparado⁵. Com o "empréstimo" temático, tribunais

³ A *Constitutional Court of South Africa, no Case CCT/3-1994*, declarou inválida a pena de morte e proibiu o Estado sul-africano e qualquer um dos seus órgãos de executarem os então condenados à pena capital. Para tanto, os juízes carregaram precedentes dos mais diversos tribunais constitucionais do mundo, como se extrai do próprio julgado: precedentes advindos da Suprema Corte dos Estados Unidos, da Suprema Corte do Canadá, do Tribunal Constitucional Federal Alemão, Tribunal Constitucional Húngaro, da Suprema Corte da Índia, do Tribunal de Apelação da Tanzânia, e, ainda, de Supremas Cortes do Circuito Estadual norte-americano, como a da Califórnia e a de *Massachusetts*. – (AFRICA DO SUL. S. v *Makwanyane and Mchunu* (CCT3/94) [1995] ZACC 3; 1995 (6) BCLR 665; 1995 (3) SA 391; [1996] 2 CHRLD 164; 1995 (2) SACR 1 (6 June 1995). The Southern African Legal Information Institute. Disponível em: www.saflii.org/za/cases/ZACC/1995/3.pdf. Acesso: 20 fev. 2013. Também disponível na página da Corte Constitucional da África do Sul. Disponível em: <http://www.constitutionalcourt.org.za/Archimages/2353.PDF>).

⁴ Em realidade, o impacto do *judicial borrowing* fez com que o Estado do Kansas, em maio de 2012, sancionasse lei que proíbe seus tribunais de basearem decisões em legislação estrangeira ou em preceitos religiosos. Segundo o Governador *Sam Brownback*, os tribunais, órgãos administrativos e jurisdicionais do Estado não podem basear suas decisões sobre qualquer lei estrangeira ou sistema legal que não iria conceder os mesmos direitos garantidos pelas constituições estaduais e

federal. Em síntese, alegam que a medida visa proteger a liberdades dos americanos de "infiltração" de leis estrangeiras e doutrinas jurídicas.

⁵ Para Rodolfo Sacco, o método juscomparativo pressupõe rigor científico e neutralidade, que visa adquirir dados teóricos sobre outro panorama legal diferente do plano nacional, independentemente de eventuais utilizações desses dados no âmbito doméstico, de modo a se satisfazer por si com os resultados advindos da pesquisa, tais como análises das diferenças e analogias entre *common law e civil law*, reconstruções científicas do etnodireito, balanço das transformações do direito afroasiático frente ao direito europeu, indagações sobre diferenças entre o direito dos países capitalistas e o direito dos países socialistas. Pressupondo obra da ciência, ainda que não sejam seguidas da circulação de modelos. Em outra passagem, afirma o mesmo autor: "O jurista envolvido com um ordenamento diferente do seu muitas vezes tem dificuldade de percepção em relação aos formantes que não existem no seu sistema. Assim, por exemplo, os juristas anglo-americanos têm se mostrado impacientes e desconfiados diante das declarações ideológicas das leis socialistas, e diante das categorias dogmáticas (=definitorias) socialistas ligadas ao formante ideológico e dele dependentes. O jurista francês custa a colocar em seu devido lugar a "dogmática" alemã, e a confunde com uma (má) filosofia destituída de interesse para o jurista" – (SACCO, 2001, p. 89).

se habilitam a sopesar fundamentos esposados em cortes estrangeiras, sobretudo internacionais e constitucionais, espelhando na decisão a ser produzida, no âmbito doméstico, os fundamentos jurídicos e motivações sociais, históricas e, em geral, pragmáticas, hauridos da interpretação do repertório de origem, ainda que díspares e incongruentes os elementos circundantes do sistema ao qual se recorre, em relação ao receptor.

A questão se põe na possibilidade de intercâmbio de normas equivalentes oriundas de múltiplas fontes e o tratamento conferido a essas normas em casos similares enfrentados ao redor do globo por tribunais dos mais diversos quilates, em que pese ser mais verificável essa incidência de cruzamentos interpretativos entre as cortes constitucionais, como bem adverte Sofia Ciuffoletti (2011), que, em obra pioneira, destaca o aparato conceitual e o modelo de análise do fenômeno:

A influência da jurisprudência estrangeira no processo de argumentação dos juízes, em especial os juízes constitucionais (...) é uma prática que se manifesta historicamente, embora com características variadas e significados, desde o início do Direito moderno. Nos últimos anos tem-se, no entanto, imposto aos teóricos do constitucionalismo contemporâneo a observação de fenômeno que abriu novas perspectivas de reflexão teórica, empurrando a doutrina a ponderar explicações hermenêuticas contrapostas. Pretendemos, aqui, para se referir ao fenômeno do "diálogo" entre os tribunais, que se manifesta como uma atitude receptiva de várias cortes constitucionais, superiores e até internacionais, que esta gradualmente aumentando, nos últimos tempos, de um modelo geral de empréstimos judiciais, a mera importação de jurisprudência estrangeira, caracterizada pela dependência passiva de categorias epistemológicas de alguns poucos países exportadores legais e constitucionais, com uma pesquisa jurisprudencial de modelos avançados de proteção consciente e aberto a nível mundial. – (CIUFFOLETTI, 2011).

É preciso pontuar que essa prática, apesar de ser muito disseminada, ainda foi pouco analisada sob essa perspectiva pragmática específica, havendo poucos trabalhos acadêmicos se debruçado sobre o tema. Os autores mais conhecidos preferem usar nomenclatura e (pretensos) métodos que oscilam entre o constitucionalismo e o Direito Internacional, traduzindo esse fenômeno de mundialização jurisprudencial sob várias denominações. Preferimos chamar genericamente esse fluxo teórico de "transjuridicidade".

Para Peter Häberle (2007, p. 11 – 12), "o Estado Constitucional e o Direito Internacional transformam-se em conjunto. O direito constitucional não começa onde cessa o Direito Internacional. Também é válido o

contrário, ou seja, o Direito Internacional não termina onde começa o Direito Constitucional". Na esteira da constatação de André de Carvalho Ramos, a questão da "pluralidade das ordens jurídicas é investigada há muito pela doutrina constitucionalista", sob diversas denominações: "constitucionalismo multinível", "interconstitucionalidade", "transconstitucionalismo", "cross-constitucionalismo" e "constitucionalismo transnacional". Os autores destacados por Carvalho (2012, p. 67 – 94) – dentre os quais Aragón Reyes, Gomes Canotilho e Marcelo Neves, têm em comum uma abordagem relacionada ao direito constitucional e "demonstram a saudável preocupação dos constitucionalistas com a ascensão do Direito Internacional", representada, por sua vez, na ótica dos internacionalistas, na expressão "internacionalização do Direito". O mesmo autor destaca, assim, o recrudescimento do "uso retórico e argumentativo da ratio decidendi internacional para fundamentar a decisão nacional, incrementando seu poder de convencimento, especialmente útil nas 'rupturas hermenêuticas' promovidas pelos Tribunais nacionais".

Não obstante, observa-se recalcitrante incongruência entre as jurisdições internacional e domésticas, sobretudo em matéria de direitos humanos, na qual é possível falar-se mesmo em autismo para com o direito internacional, como a observação de Burgorgue-Larsen, sobre a cultura judicial norte-americana e sua postura de total desacordo com cláusulas de acesso à justiça internacional – o caso dos prisioneiros de Guantánamo; "Da mesma maneira que o direito sai de suas fronteiras nacionais – o que é para Mireille Delmas-Marty a marca da 'internacionalização do direito', o diálogo faz o mesmo" (BURGORGUE-LARSEN, 2010, p. 263).

Com apoio na opinião de Anne-Marie Slaughter, Cecilia MacDowell (2007, p. 26 – 57) esclarece:

[...] a resolução internacional de disputas tem sido substituída cada vez mais pela litigância transnacional, uma significativa mudança no sistema jurídico internacional. Tradicionalmente, as disputas internacionais envolviam Estados e eram resolvidas sob os auspícios do sistema internacional. A litigância transnacional, ao contrário, engloba cortes internas e internacionais, envolvendo casos entre Estados, entre indivíduos e Estados e entre indivíduos através de suas fronteiras.

Exemplo disso é a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) sobre a "Guerrilha do Araguaia" (Gomes Lund contra o Brasil, de 2010), cujas conclusões operam no sentido de indigitar o Brasil por sua leitura equivocada sobre o alcance da Lei de Anistia Lei nº 6.683/79), que vem impedindo a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos incompatíveis com a Convenção

Americana de Direitos Humanos. O processo nasceu do ativismo de três ONGs brasileiras: o Centro Pela Justiça e o Direito Internacional, o Grupo Tortura Nunca Mais do Rio de Janeiro e, ainda, a Comissão de Familiares de Mortos e Desaparecidos Políticos de São Paulo.

Ocorre que, antes da decisão Corte IDH, o Supremo Tribunal Federal (STF), em abril de 2011, havia julgado improcedente Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 153) proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) para declarar inconstitucional a Lei de Anistia, um dos últimos óbices do resgate da verdade e da memória, na tardia “transição” democrática brasileira.

Sobre esses dois julgados que, embora relativos ao mesmo caso, se distanciam fatalmente em suas conclusões, serão sopesadas algumas impressões nos tópicos seguintes. Nossa hipótese central é a de que a internacionalização do direito promoverá a chegada de uma nova etapa do fenômeno “ativismo judicial” por um lado, mas por outro, caso o diálogo entre os sistemas jurídicos não seja adequadamente “concertado”, suceder-se-á a crise entre ordens jurídicas justapostas, como no caso concreto em discussão.

2 O “CHOQUE DAS PLACAS TECTÔNICAS” E O CASO BRASILEIRO ACERCA DA LEI DE ANISTIA: DESACORDO ENTRE PLANOS JURÍDICOS CONTRAPOSTOS

No julgamento da ADPF 153, os juízes do STF reconheceram ter se operado, à época da promulgação da lei em xeque, um acordo amplo e irrestrito de toda sociedade, com validade política e social à vista do momento histórico em que foi realizado⁶. O então Presidente da Corte, Min. Cezar Peluso, afirmou não conseguir entender o porquê de a OAB questionar esse acordo mais de 30 anos depois, tendo dele participado, destacando o mérito conservador do voto do Relator, Min. Eros Roberto Grau, que praticamente identificou naquela quadra a ocorrência do perdão e da anistia de atos grotescos da recente história, sobremaneira aqueles eivados do mais profundo e horrendo autoritarismo. Como se a sociedade não fosse refém do Estado “não-democrático”; como se a OAB não estivesse submetida ao jugo cruel da exceção.

Essa mesma OAB, ao ajuizar a Ação Constitucional, fixou os pontos da controvérsia: interpretação conforme à constituição, de modo a declarar, à luz dos seus preceitos fundamentais, que a

anistia concedida pela lei aos crimes políticos ou conexos “não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos, durante o regime militar (1964/1985)”. Os fundamentos da ADPF identificam o descumprimento dos seguintes preceitos fundamentais: (i) isonomia em matéria de segurança (CRFB, art. 5º, caput), tendo a lei estendido a anistia a classes indefinidas de crimes; (ii) o dever do Poder Público de não ocultar a verdade (CRFB, art. 5º, XXXIII); a violação aos princípios democrático e republicano (CRFB, art. 1º); e o desrespeito ao valor supremo da dignidade humana (CRFB, art. 1º, III).

A discussão, no âmbito da Corte, gravitou em torno do sentido normativo atribuído ao art. 5º, caput e incisos III e XXXIII da CRFB, pugnando o STF pela não violação aos princípios democrático e republicano. Na visão estreita dos Ministros, a Lei nº 6.683, de 1979, porquanto “veicula uma decisão política assumida naquele momento – o momento da transição conciliada de 1979” é uma lei-medida, não se tratando de regra dirigida para o futuro, dotada, como as normas regulares, de abstração e generalidade; “Há de ser interpretada a partir da realidade no momento em que foi conquistada”⁷. E nesse contexto, a Lei de Anistia se harmoniza com a ordem constitucional vigente, como assente na jurisprudência da Corte, como aconteceu na “sucessão das frequentes anistias concedidas, no Brasil, desde a República”, afastando, assim, a importância da Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes e Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997, que define o crime de tortura, e, ainda, desconsiderando o que preconiza o art. 5º, inciso XLIII, da CRFB, que declara insuscetíveis de graça e anistia a prática da tortura, entre outros crimes, posto que a lei foi anterior a todas elas. A Emenda Constitucional n. 26, de 27 de novembro de 1985, ao convocar a assembleia constituinte, perpetuou esse estado de coisas, radicado na “auto-anistia”, não se podendo invocar parâmetros normativos de correção, se todos esses são posteriores ao conjunto de decisões políticas fundamentais voltadas à consecução da reabertura democrática.

Após o julgamento pelo STF de 29 de abril de 2010, em que se julgou improcedente a ADPF 153 por 7 votos contra 2, a Corte IDH notificou o governo do Brasil em 14 de dezembro de 2010, os representantes das vítimas e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos a respeito da Sentença. O Tribunal concluiu que o Brasil é responsável pelo desaparecimento

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Lei da Anistia é mantida com o voto do presidente da Corte. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadetalle.asp?idconteudo=125503>. Acesso em: 12 nov. 2012.

⁷ É o que extrai da própria ementa do julgamento da ADPF 153, “A interpretação do direito não é mera dedução dele, mas sim processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos. Mas essa afirmação aplica-se exclusivamente à interpretação das leis dotadas de generalidade e abstração, leis que constituem preceito primário, no sentido de que se impõem por força própria, autônoma. Não

àquelas, designadas leis-medida (Massnahmegesetze), que disciplinam diretamente determinados interesses, mostrando-se imediatas e concretas, e consubstanciam, em si mesmas, um ato administrativo especial. No caso das leis-medida interpreta-se, em conjunto com o seu texto, a realidade no e do momento histórico no qual ela foi editada, não a realidade atual. É a realidade histórico-social da migração da ditadura para a democracia política, da transição conciliada de 1979, que há de ser ponderada para que possamos discernir o significado da expressão crimes conexos na Lei n. 6.683”.

forçado de 62 pessoas, ocorrido entre 1972 e 1974, na região conhecida como Araguaia.

No caso referido, foi analisada, entre outras questões, a compatibilidade da Lei de Anistia com as obrigações internacionais assumidas pelo Brasil à luz da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Com base no direito internacional e em sua jurisprudência constante, a Corte IDH concluiu que as disposições da Lei de Anistia que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana e carecem de efeitos jurídicos, razão pela qual não podem continuar representando um obstáculo para a investigação dos fatos do caso, nem para a identificação e a punição dos responsáveis⁸.

No enfrentamento da questão, preciosa a lição de Kelsen (2013, p. 9 – 89):

Visto que é impossível admitir simultaneamente o caráter obrigatório de duas ordens normativas distintas e independentes uma da outra, não haveria entre elas senão um tipo de relação que, fazendo surgir sua independência como puramente provisória e relativa, faça-as retornar em qualidade de ordens parciais ou subordinadas numa unidade superior de uma ordem total. Duas relações respondem a essa exigência: a coordenação, que une dois elementos equivalentes, e a subordinação, que estabelece uma hierarquia entre os mesmos. Coordenar dois sistemas de normas significa subordiná-los a uma terceira ordem, a uma ordem superior que limita seu domínio. Portanto, a subordinação é a relação fundamental. Em que consiste? Um sistema de normas está subordinado a outro sistema de normas quando extrai sua força obrigatória deste último, considerado superior precisamente por essa razão. Ora, isto supõe que tal ordem superior contenha uma norma que constitui a "fonte" da ordem inferior. De qualquer modo há, ao lado de normas materiais que regulamentam imediatamente e por elas mesmas certos objetos, normas formais que confiam a regulamentação de certas matérias a uma certa jurisdição, a uma determinada autoridade. Sobre essas matérias e nessa jurisdição, a ordem em questão limita-se a instituir uma autoridade que tem autoridade para editar regras nesses limites. Por isso, essa norma de ordem superior constitui a norma fundamental (isto é, o princípio de unidade) da ordem inferior. Nestas condições, não se pode mais falar de duas ordens diferentes, a

não ser mediante certa restrição. Porque, visto que a norma fundamental [da ordem inferior] pertence ao mesmo tempo à ordem superior, a ordem inferior está, na verdade, contida na ordem superior. Há um duplo caráter. Se fizermos uma abstração da norma fundamental [da ordem inferior] – puramente formal – ele é uma ordem parcial com o mesmo valor da norma fundamental. Entretanto, se consideramos esta norma fundamental, se levamos em conta a ordem inferior que se baseia nela, a ordem superior surge como a ordem global. Assim, a unidade das ordens parciais é reconstituída.

Ou seja, a relação de coordenação é ínsita ao sistema interamericano, que vincula o Brasil às decisões da Corte IDH, por força da cláusula facultativa de jurisdição obrigatória ao qual o país aderira em 1998.

3 EM TORNO DE UM MODELO DE DIÁLOGO TRANSNACIONAL ENTRE AS CORTES

Engana-se quem pensa que a transição democrática se operou de forma plena no Brasil. Talvez não venha a se concluir nunca. Ao menos enquanto persistir o autoritarismo herdado em inúmeras posturas institucionais e até mesmo culturais e, ainda, a crença em uma forma mística de perdão e de que "daqui pra frente tudo vai ser diferente", assim mesmo, sem se saber a verdade, sem se preocupar com a memória. O passado também revela o futuro e, ainda mais, o presente⁹.

Em termos estritamente jurídicos, se criou um hiato entre o que o Estado brasileiro deve fazer – cumprir as determinações da Corte IDH, até porque o Brasil é um Estado-parte da OEA e se submeteu à jurisdição obrigatória da Corte (cláusula facultativa aprovada em 1998) – e as repercussões jurisdicionais da decisão da Suprema Corte, pois não se deve esperar que juízes brasileiros recebam ações penais ou determinem o processamento de feitos relacionados com o período de exceção, na ruptura da Anistia, demonstração invulgar de que entendimento do STF prevalecera.

⁸ Corte Interamericana de Direitos Humanos: A decisão foi específica quanto à manutenção da Lei de Anistia, em dois pontos-chaves: "172. A Corte Interamericana considera que a forma na qual foi interpretada e aplicada a Lei de Anistia aprovada pelo Brasil (supra pars. 87, 135 e 136) afetou o dever internacional do Estado de investigar e punir as graves violações de direitos humanos, ao impedir que os familiares das vítimas no presente caso fossem ouvidos por um juiz, conforme estabelece o artigo 8.1 da Convenção Americana, e violou o direito à proteção judicial consagrado no artigo 25 do mesmo instrumento, precisamente pela falta de investigação, persecução, captura, julgamento e punição dos responsáveis pelos fatos, descumprindo também o artigo 1.1 da Convenção. Adicionalmente, ao aplicar a Lei de Anistia impedindo a investigação dos fatos e a identificação, julgamento e eventual sanção dos

possíveis responsáveis por violações continuadas e permanentes, como os desaparecimentos forçados, o Estado descumpriu sua obrigação de adequar seu direito interno, consagrada no artigo 2 da Convenção Americana. (...) 174. Dada sua manifesta incompatibilidade com a Convenção Americana, as disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos carecem de efeitos jurídicos. Em consequência, não podem continuar a representar um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, nem podem ter igual ou similar impacto sobre outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana, ocorridos no Brasil".

⁹ Cf. LIMA, José Maurício. Autoritarismo, sofrimento e perdão. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

Afinal, no Brasil, já houve a transição sem a justiça¹⁰.

Se o Brasil cumprirá a decisão da Corte IDH em todos os seus termos, só o tempo consagrará. Até mesmo porque as consequências complexas da sentença acima abordada prenunciam um modelo adaptativo para a convivência de visões de mundo diferenciadas, que oscilam entre a soberania judicial (que integra a própria concepção de soberania estatal) e o horizonte de defesa dos direitos humanos que orienta o Sistema da OEA.

Mesmo tendo o órgão de cúpula do Judiciário nacional sinalizado em sentido contrário à interpretação da Corte IDH, como visto anteriormente, cabe ressaltar que ainda resta pendente, até a presente data (junho de 2013), o julgamento do recurso de embargos de declaração interpostos na ADPF 153, em 16/03/2011; os autos estão conclusos para julgamento desde 28/06/2012.

Vale ressaltar que a OAB insiste em argumento capital do julgamento de Gomes Lund: o de que a Lei de Anistia viola o princípio fundamental do direito internacional e da proteção dos direitos humanos que qualifica como crimes contra a humanidade são imprescritíveis e indignos de anistia, como tais "o assassinio, o extermínio, [...] e todo ato desumano, cometido contra a população civil" por autoridades estatais¹¹. Essa interpretação foi confirmada pela Corte IDH em cinco casos anteriores, além da própria sentença em execução¹².

A omissão quanto a esses temas é patente no acórdão do ADPF 153 e, como destacado pelo Conselho Federal,

reside na premissa de que entre as barbáries cometidas pelo regime de exceção há os crimes de desaparecimento forçado e de seqüestro que, em regra, só admitem a contagem de prescrição a partir de sua consumação – em face de sua natureza permanente, conforme já assentado na Extradução 974 –d a, de modo que inexistindo data da morte não há incidência do fenômeno prescritivo.

¹⁰ "A noção de 'justiça de transição' (...) compreende o conjunto de processos e mecanismos associados às tentativas da sociedade em chegar a um acordo quanto ao grande legado de abusos cometidos no passado, a fim de assegurar que os responsáveis prestem contas de seus atos, que seja feita a justiça e se conquiste a reconciliação. Tais mecanismos podem ser judiciais e extrajudiciais, com diferentes níveis de envolvimento internacional (ou nenhum), bem como abarcar o juízo de processos individuais, reparações, busca da verdade, reforma institucional, investigação de antecedentes, a destruição de um cargo ou a combinação de todos esses procedimentos" (NAÇÕES UNIDAS, 2009, p. 325).

¹¹ É o tirocinio acertado de Flávia Piovesan: "(...) há que se afastar a insustentável interpretação de que, em nome da conciliação nacional, a lei de anistia seria uma lei de 'duas mãos', a beneficiar torturadores e vítimas. Esse entendimento advém da equivocada leitura da expressão 'crimes conexos' constante da lei. Crimes conexos são os praticados por uma pessoa ou grupo de pessoas, que se encadeiam em suas causas. Não se pode falar em conexão entre fatos praticados pelo delinquent e pelas ações de sua vítima. A anistia perdoou a estas e não àqueles; perdoou às vítimas e não aos que delinquent em nome do Estado. Ademais, é

O dever de investigação, ajuizar e punir os responsáveis por violações aos direitos civis e políticos, já o definiu o Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas – ONU, compete aos Estados Partes do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (ratificado pelo Brasil).

A suplantação desses pontos omissos poderia ser substituída pela questão: que se pode aprender com esse dilema? Em verdade, para estabelecer premissas possíveis e o real aprendizado que se espera da experiência da atividade do STF no debate sobre a validade ou não da Lei de Anistia passa por outros temas conexos, como, à guisa de exemplo, o papel do controle de convencionalidade da lei de auto-anistia¹³. Na proposta desse trabalho temos outra premissa: se o diálogo entre as cortes é algo assimétrico e de difícil (ou improvável) estruturação analítica, a par de não se conceber um modelo estabilizado, à luz do que chamamos singularmente de transjuridicidade, a despreziosa e informativa exposição de decisões globalizadas, nos moldes do judicial borrowing, proporcionar visões e impressões social e historicamente mais adequadas para a democrática superação da controvérsia.

Estabelecer canais de diálogo com a história e com a práxis jurídica mundial pode se constituir numa experiência renovadora e dialética, que permita um ganho de conteúdo operacional e de profunda valorização do plano de justificação das normas concretizadas pela hermenêutica jurídica. Nesse sentido, destaca-se o "diálogo judicial transnacional" estabelecido no acórdão 359/2009, do Tribunal Constitucional de Portugal, exemplificativo dessa postura: "A *correcta* compreensão da questão de inconstitucionalidade suscitada nos presentes autos impõe, antes de mais, a clara percepção de que tal matéria tem sido *objecto* de apreciação, com

inadmissível que o crime de tortura seja concebido como crime político, passível de anistia e prescrição" (PIOVESAN, 2009, p. 117).

¹² São tais: Caso Loayza Tamayo vs. Perú, Acórdão de 27/11/1998; Caso Barrios Altos vs. Perú, Acórdão de 14/03/2001; Caso Barrios Altos, novo Acórdão de 03/09/2001; Caso Comunidad Moiwana, Acórdão de 15/09/2005; e Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Acórdão de 26/09/2006.

¹³ Basta simples leitura da decisão da Corte IDH para perceber que as vedações de investigação e sanção de violações de direitos humanos constantes da lei de auto-anistia brasileira não são compatíveis com a Convenção Americana, por carecem de efeitos jurídicos e não podem "representar um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, nem podem ter igual ou similar impacto sobre outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil" (CORTE IDH, 2010).

¹⁴ Cf. GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (org.) Crimes da Ditadura Militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de direitos humanos: Argentina, Brasil, Chile, Uruguai. São Paulo: RT, 2011.

resultados nem sempre coincidentes, em outras jurisdições.”¹⁵

Se por um lado a importação acrítica de institutos jurídicos sacramentados pela atividade legislativa (legal transplant) é algo indesejável e, no entanto, bem corriqueiro em tempos de falsa percepção da representação política, a possibilidade de cotejar tendências decisórias nas mais diversas tradições jurídicas mundo afora, apenas com o intuito de possibilitar o mais amplo entendimento das controvérsias que se põem à mesa de julgamento. Sobretudo em casos que conduzem à interpretação constitucional e ao entrelaçamento de normas internas (constitucionais, supralegais e infraconstitucionais) e de potencial repercussão internacional (institucional ou teoricamente), parece-nos razoável a possibilidade de estabelecer o diálogo transnacional, ainda que se passe a impressão de empunhadura de ativismo judicial em favor de uma ou outra posição interpretativa, eventualmente desprovida de fundamentos normativos ou de consolidada base jurisprudencial.

Com respeito a esse modo-de-ser da dialética transjudicial, na hipotética e incerta sessão que apreciará os embargos de declaração na ADPF 153, caso fossem ilustrados em plenário considerações derivadas dos mencionados precedentes da Corte IDH (Caso Loayza Tamayo vs. Perú, Caso Barrios Altos vs. Perú e *Caso Comunidad Moiwana*) – e até mesmo o Caso Guerrilha do Araguaia –, talvez a conclusão do STF em relação à constitucionalidade da lei de auto-anistia brasileira fosse bem diferente daquela tomada em plenário meses antes da Corte IDH se pronunciar sobre a mesma legislação, para condenar o Estado brasileiro.

CONCLUSÃO

O ativismo judicial se relaciona diretamente com a tendencial conversação mantida pelas mais diversas cortes nacionais e internacionais, na construção de sua identidade hermenêutica. No horizonte de transformações sociais e democráticas impulsionadas pela maior atuação e expansão do poder das cortes, no debate de grandes controvérsias, é visível que a interação entre diferentes culturas e a quebra das barreiras físicas se manifesta, de modo

¹⁵ O caso refere-se a julgamento no qual o Tribunal Constitucional português decidiu ser constitucional alteração ao Código Civil que vedava expressamente o casamento homoafetivo. O texto legal que se declarou válido frente à Constituição da República trazia a seguinte redação: “Casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código”. Meses depois, no Acórdão 121/2010 e Tribunal Constitucional português declarou a constitucionalidade de decreto aprovado pelo Parlamento do país para alterar o Código Civil, que, na prática, permite o casamento entre homossexuais. Seguindo a mesma linha de raciocínio da decisão anterior, mas com conclusões diversas, o TC declarou que a possibilidade legal de duas pessoas do mesmo sexo contraírem casamento não fere a Lei Fundamental. Tendo sido o mesmo dispositivo alterado pelo parlamento nos dois casos (art. 1577º do Código Civil), o novo teor da legislação

peculiar, nos tribunais e na construção judicial do Direito.

Os fenômenos que se convencionou sintetizar na expressão transjuridicidade abrigam múltiplas possibilidades de análise e operacionalidade prática. O pragmatismo do judicial borrowing e a tendencial ampliação do diálogo entre as cortes se revelam ferramentas relevantes para a adoção de posturas reflexivas emancipadas da ratio juris dominante, focadas no paradigma da legalidade e do recurso exagerado aos precedentes. Não obstante o incipiente desenvolvimento teórico da perspectiva dos empréstimos, esse fenômeno pode conduzir à ampliação do papel do diálogo transnacional.

Com respeito ao resultado do julgamento da ADPF 153, não se vislumbra a ocorrência desse trânsito da jurisprudência, ao passo em que o Caso Gomes Lund é profundamente marcado pelo ativismo transnacional. Postas lado a lado, as decisões da Corte IDH e do STF não representam a mera ocorrência de disputa interpretativa entre a justiça constitucional brasileira e o tribunal do sistema regional da OEA a respeito da aplicabilidade da Lei de Anistia, mas a monumental incongruência de compreensão sobre justiça social e direitos humanos, sobremaneira no que toca ao direito à verdade e à memória.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. Revista Jurídica da Presidência. Brasília, v. 12, n. 96, fev.-mai. 2010. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/revistajuridica/>. Acesso: 12 dez. 2012.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. A internacionalização do diálogo dos juízes: missiva ao Sr. Bruno Genevois, presidente do conselho de estado da França. Prismas: Dir. Pol. Publ. e Mundial., Brasília, v. 7, n. 1, p. 261 - 304, jan./jun. 2010.

CARVALHO RAMOS, André de. A relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno no contexto da

disciplina o casamento como “contrato celebrado entre duas pessoas”. Interessante notar que, em ambos os julgamentos, ocorridos em diminuta distância de tempo, houve referência expressa a decisões de vários tribunais estrangeiros, colhendo-se de cada uma “pistas” e “rastros” para a adoção do melhor telos interpretativo. A seguinte passagem, que permite-se aqui transcrever, é expressiva: “Noutros sistemas jurídicos o impulso para a institucionalização das uniões entre pessoas do mesmo sexo foi protagonizado por decisões judiciais. Foi o que sucedeu nos Estados Unidos da América, Canadá e África do Sul, como foi objecto de referência mais detalhada no acórdão n.º 359/2009”. (PORTUGAL. Tribunal Constitucional de Portugal. Acórdão n.º 359/2009. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090359.html>. Acesso em: 12 ago. 2013; e PORTUGAL. Tribunal Constitucional de Portugal. Acórdão n.º 121/2010. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100121.html>. Acesso em: 12 ago. 2013).

pluralidade das ordens jurídicas. Anuário Brasileiro de Direito Internacional. Belo Horizonte, v. 1, p. 67 - 94, 2012.

CIUFFOLETTI, Sofia. *Dal Fenomeno del Judicial Borrowing al Dialogo Transnazionale fra Corti. I Nuovi Orizzonti del Dibattito Dottrinale. 2011. Tese (Doutorado em Giustizia Costituzionale e Diritti Fondamentali) - Università degli Studi di Pisa, 2011.*

CONSTITUTIONAL COURT OF SOUTH AFRICA. Disponível em: <http://www.constitutionalcourt.org.za/site/home.htm>. Acesso em: 21 nov. 2012.

CORTE IDH. Caso Gomes *Lund y otros*. guerrilha do Araguaia: Vs. Brasil: *Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José, Serie C n. 219. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em: 21 nov. 2012.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Le Relatif et l'universel*. v. 55. Paris: Le Seuil, 2004.
Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100121.html>. Acesso em: 12 ago. 2013.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Dialogando na multiplicação: uma aproximação. Revista de Direito Internacional. Brasília, v. 9, n. 2, p. 1 - 9, jul./dez. 2012.

GARAPON, Antoine. O Juiz e a Democracia: o guardião de promessas. Tradução: Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GOMES, Luiz Flávio; e MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (orgs.) Crimes da Ditadura Militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de direitos humanos: Argentina, Brasil, Chile, Uruguai. São Paulo: RT, 2011.

KELSEN, Hans. As relações de sistema entre o direito interno e o direito internacional público. Revista de Direito Internacional, Brasília, n. 10, p. 9 - 89, 2013.

KOSKENNIEMI, Martti. *The function of law in the international community: 75 years after*. British Yearbook of International Law. Oxford, v. 79, p. 353-366, 2009.

LEÃO, Ênio Saraiva. Tratados Internacionais, Judiciário e Política Externa: uma análise dos julgados da Suprema Corte brasileira. Espaço Jurídico, Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 265 - 282, jul./dez. 2011.

LIMA, José Maurício. Autoritarismo, sofrimento e perdão. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

LOPES, Júlio Aurélio Vianna. A invasão do direito: a expansão jurídica sobre o Estado, o mercado e a moral. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme, Curso de Processo Civil. Teoria geral do processo. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Direitos Humanos e Integração Regional: Algumas Considerações sobre o Aporte dos Tribunais Constitucionais. VI Encontro de Cortes Supremas do Mercosul. Brasília, 2008. Disponível em: www.stf.jus.br/encontro6/. Acesso em: 21 nov. 2012.

MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NAÇÕES UNIDAS - Conselho de Segurança. O Estado de Direito e a justiça de transição em sociedades em conflito ou pós-conflito. Relatório do Secretário Geral S/2004/616. Revista Anistia Política e Justiça de Transição, Brasília, n. 1, p. 320 - 351, jan./jun. 2009.

NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

PIOVESAN, Flávia. Direito internacional dos direitos humanos e lei de anistia: o caso brasileiro. Revista da Faculdade de Direito da FMP, n. 4, Porto Alegre, 2009.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional de Portugal. Acórdão nº 121/2010. Relator: Conselheiro Vítor Gomes.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional de Portugal. Acórdão n.º 359/2009. Relator: Conselheiro Carlos Pamplona de Oliveira, 15 de fevereiro de 2007. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090359.html>. Acesso em: 12 ago. 2013.

SACCO, Rodolfo. Introdução ao direito comparado. Tradução: Vera Jacob de Fradera. São Paulo: RT, 2001.

SLAUGHTER, Anne-Marie. *A new world order*. Princeton: Princeton University Press, 2004.

SLAUGHTER, Anne-Marie. *Global Community of Courts. Harvard International Law Journal. Cambridge*, v. 44, n. 1, p. 191-219, 2003.

THE ASSOCIATED PRESS. Kansas: *Law bans the use of foreign legal codes. New York Times*, 26 mai. 2012. Disponível em: http://www.nytimes.com/2012/05/26/us/kansas-law-bans-the-use-of-foreign-legal-codes.html?_r=1. Acesso em: 3 dez. 2012.

O ÂMBITO NORMATIVO DA COOPERAÇÃO PROCESSUAL NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO



Leonardo Peteno Magnusson¹

O objetivo do artigo é analisar o âmbito normativo da cooperação processual no sistema jurídico brasileiro, o que permite determinar o seu domínio de atuação no regime processual atual. Impende perquirir a cooperação processual, quanto sua informação positiva, a partir de elementos da teoria da norma jurídica no contexto do ordenamento jurídico em que está inserido. Ademais, cabe analisar a norma enquanto princípio informador, no intuito de determinar a sua fórmula. Nesse destino, perfaz que a cooperação processual representa norma fundamental, na qualidade de princípio que orienta axiológica e deontologicamente as situações jurídicas processuais, particularmente na divisão do trabalho.

Palavras-Chaves: Cooperação processual; Princípio; Devido Processo Legal; Função Jurisdicional; Código de Processo Civil de 2015.

¹ Mestrando em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense. Bacharel em Direito pela Universidade Paranaense. Advogado. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0678014620036610>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-9016-4620>.

THE NORMATIVE SCOPE OF PROCEDURAL COOPERATION IN BRAZILIAN CIVIL PROCEDURE



José Laurindo de Souza Netto ²

The article analyzes the normative scope of procedural cooperation in the Brazilian legal system, which allows to determine the domain of action in the procedural regime. It's necessary to examine the procedural cooperation as its positive information, from elements of the legal norm theory in the context of the legal system which it's inserted. Furthermore, it's necessary to analyze the norm as an informing principle, in order to determine its formula.

² Doutor e Mestre pela Universidade Federal do Paraná - UFPR. Desembargador e Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná - TJPR. Presidente do Conselho de Presidentes dos Tribunais de Justiça do Brasil - CONSEPRE. Professor Titular no Programa de Mestrado da Universidade Paranaense - UNIPAR e no Programa de Mestrado e Doutorado do Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. E-mail: jln@tjpr.jus.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8509259358093260>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-6950-6128>.



Anderson Ricardo Fogaça³

Thus, the procedural cooperation represents a fundamental norm, as the quality of a principle that guides axiologically and deontologically the procedural legal situations, particularly in the division of labor.

Keywords: Procedural cooperation; Principle; Due Legal Process; Jurisdictional Function; Civil Procedure Code of 2015.

³ Juiz de Direito em 2º Grau e Juiz Auxiliar da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito pelo Centro Universitário Internacional (UNINTER). Professor licenciado da Escola da Magistratura do Paraná. E-mail: andersonfoga@yahoo.com.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9343656785887913>.

INTRODUÇÃO

O processo como instituição constitucionalizada, em que a Constituição traça as diretrizes substanciais do sistema, representa a ordenação racional das relações e situações jurídicas processuais de acordo com a disciplina dos direitos fundamentais. Por isso, a técnica processual, no campo dos direitos e deveres decorrentes da relação processual, deve se amparar na lógica instrumentalista, de acordo com os propósitos do processo, assim como na perspectiva democrática do devido processo legal.

Dessa forma, para que o poder estatal possa intervir legitimamente na esfera jurídica dos indivíduos, o processo deve se concretizar efetivamente como espaço dialógico, em que os fins perseguidos pelas normas jurídicas são desempenhados de acordo com valores jurídicos. Para tanto, o processo deve encerrar universo democrático, no qual, em conformidade ao papel da jurisdição, as partes possam participar dos rumos do processo, tanto na conformação formal do procedimento, quanto na atividade integrativa de formação da solução jurisdicional.

De mais a mais, o sistema processual deve prever mecanismos capazes de realizar efetivamente o direito subjetivo, bem como concretizar os desígnios do processo enquanto instituição. Para tanto, deve assegurar o equilíbrio entre o papel institucional da figura do juiz e das partes na materialização processual, de modo que os institutos fundamentais do processo devem ser interpretados de acordo com o devido processo legal e dos valores fundamentais da jurisdição.

Diante disso, no âmbito das normas fundamentais do processo civil, como resultado do que dispõe os preceitos processuais constitucionais e infraconstitucionais no tocante ao formalismo processual, o Código de Processo Civil de 2015 consolidou no artigo 6º preceito de cunho estrutural que, mediante o primado da decisão de mérito justa, tempestiva e efetiva, organiza os poderes e deveres do juiz e das partes, de ordem que todos participem ativamente e decisivamente da realização da justiça.

Não obstante, para a realização material das intenções que orientam o postulado proposto para o sistema processual, impende determinar o âmbito normativo da cooperação processual na conjuntura em que se insere. Efetivamente, é relevante determinar a natureza do instituto no sistema processual brasileiro com o propósito de interpretá-lo de acordo com o seu modo de realização, especificamente na concretização das garantias das partes e do exercício efetivo do poder jurisdicional.

Cumprido, pois, a partir da posição da cooperação processual no ordenamento jurídico, prioritariamente no regime processual, qualificar a

estrutura formal da norma colaborativa, a qual permite, por sua vez, determinar a significação do preceito no plano processual. Ademais, a análise aguda da proposição normativa compreende a tecnicidade da cooperação no sistema processual, na disposição como mecanismo capaz de concretizar o ideário de justiça inerente ao sistema.

1 DA COOPERAÇÃO ENQUANTO NORMA JURÍDICA

Os avanços na compreensão do direito permitiram a sua concretização enquanto ciência com gênese axiológica e cultural. Essa origem da ciência jurídica atribui característica de humanidade e socialidade, pois inerente à realidade humana socialmente considerada, que constitui o direito enquanto ciência “[...] fruto da cultura positiva, isto é, da cultura encarnada em comportamento sociais reconduzíveis aos valores que caracterizam determinado contexto histórico” (MITIDIERO, 2019, p. 26).

A compreensão desse regime cultural do direito permite inferir a função que tem o sistema normativo na formulação social, enquanto conjunto de regras de conduta que permitem o desenvolvimento e moldam determinada sociedade, e o faz como um fenômeno social. Esse regime do direito é composto pelo ordenamento jurídico, o qual é tomado com um conjunto de normas jurídicas, as quais descrevem um dever ser composto por imperativos positivos e negativos, que tem como elemento essencial uma reação do sistema (BOBBIO, 2014, 2016).

Nesse ordenamento jurídico, extrapolando a concepção de direito como conjuntos de instituições, “[...] o direito pode ser concebido como um modo de se comunicar pelo qual uma parte tem condições de estabelecer um cometimento específico em relação à outra, controlando-lhe as possíveis reações” (FERRAZ JÚNIOR, 1986, p. 100). O conjunto de comunicações compõe o repertório de normas do sistema, cuja integração da ordenação enquanto sistema é dada pela relação entre as normas (FERRAZ JR., 2021).

Com efeito, o sistema normativo jurídico é do tipo aberto, de sorte que é reciprocamente influenciado por sistemas, que são compostos por conjuntos de elementos fáticos e normativos (FERRAZ JR., 2021). Sem embargo, o direito constitui ciência que investiga os instrumentos de controle do comportamento, cuja normatividade é “[...] um instrumento regulador do comportamento humano que se adapta, por contínua evolução e transformação, as exigências do ambiente” (FERRAZ JÚNIOR, 1986, p. 86).

O aporte teórico que a essa análise oferece à ciência jurídica e ao direito em si constitui relevante contribuição para o exame e sistematização da ciência processual. O fenômeno processual é compreendido a partir das bases que estruturam todo o ordenamento jurídico do qual é produto, em que as diretrizes

sistêmicas orientam a construção do procedimento formal, assim como a solução processualmente edificada exaurida pelo provimento do órgão jurisdicional.

Com efeito, pensar o processo em termos constitucionalizados importa em incorporar no sistema processual um programa principiológico estruturado, em que o regime eficaz dos direitos fundamentais exige um direito marcadamente prático, capaz de através do procedimento formal adequar concretizar efetivamente as necessidades do direito contemporâneo, a partir dos valores e normas fundamentais estabelecidos na carta magna (MITIDIERO, 2019).

Nessa conjuntura, a cooperação processual, edificada no artigo 6º do Código de Processo Civil, entre as normas fundamentais do processo civil, representa valor indiscutível a permear o processo, a qual constitui diretriz indispensável a orientar a atuação positiva das partes e do juiz na construção da solução jurisdicional adequada. Constitui autêntico primado que orienta a adequada distribuição dos poderes processuais na persecução da prestação jurisdicional justa.

Mais além, a cooperação constitui imperativo de conduta positiva e negativa, no sentido de orientar a conduta processual dos sujeitos processuais. Trata-se de uma norma jurídica que, a partir de comandos coativos disciplina a conduta dos sujeitos processuais, mediante a imposição de condutas e omissão de determinados atos (KELSEN, 2009). Como parte de um ordenamento jurídico, delimita muito mais que um autêntico valor a ser perseguido pelas partes e pelo juiz, mas efetiva regulamentação que determina condutas.

Com efeito, a cooperação deve ser compreendida com um dever para os sujeitos do processo e não somente como uma autorização que atribui a competência de atuar coordenadamente. Ao conferir a competência de tomar condutas processuais cooperativas, não se limitou a autorizar conduta positiva ou negativa, mas também estabelecer um dever de conduta, dever de fazer uso da autorização de procederem coordenadamente na construção da solução jurisdicional (KELSEN, 2009).

Nesse sentido, a cooperação processual não constitui mero compromisso de comportamento, que poderá sofrer abstenções quando conflitar com interesses subjetivos dos sujeitos processuais vinculados ao dever de colaboração, que não a obtenção da tutela jurisdicional, justa, efetiva e tempestiva. Constitui legítimo dever de conduta, o qual vincula o comportamento de todos os sujeitos processuais, de modo que não são livres para fazerem o que quiserem (HART, 2009).

É importante que o domínio legal de exigência que os sujeitos processuais devem cooperar entre si não dirigiu sua ordem a atores específicos do processo. Em vez disso, direcionou seu comando geral de conduta

a todo o grupo de sujeitos que participam do processo e que possam contribuir para que se obtenha decisão de mérito justa e efetiva. Ou seja, constitui uma ordem de caráter geral que efetivamente impõe obrigações por ordens jurídicas, que sua não observância e concretização constitui uma violação de dever (HART, 2009).

Ademais, enquanto prescrição legal tem seu escopo inscrito em seu enunciado quando edifica o propósito da colaboração em construir a decisão de mérito de forma justa, efetiva e tempestiva. Por certo, "a norma enfeixa um conjunto de providências, protetoras, julgadas necessárias para satisfazer a certas exigências econômicas", na qual o próprio legislador estabeleceu os meios necessários – cooperação processual, dentre outros – para atingir o fim colimado de modo pleno (MAXIMILIANO, 2020, p. 139).

Na prática, o dever de cooperação, mediante a imposição de diretrizes de proceder que importam na imposição da prática de condutas efetivas e abstenção de condutas adversas, é guiada por desígnios específicos que se orientam pela construção da solução jurisdicional adequada. Importa em pensar o processo como instrumento capaz de tutelar direitos de forma efetiva e tempestiva, na qual o procedimento formal constitui mecanismo comprometido com a proteção efetiva de direitos contra de lesão e ameaça.

Trata-se da institucionalização do preceito de cooperação no direito processual. Em outros termos, mediante um instrumento autoritativo e socialmente eficaz, moralmente tido como correto, o direito aponta uma evidente pretensão de correção, a qual comporta uma pretensão de correção moral (ALEXY, 2019). Com efeito, a institucionalização dos parâmetros cooperativos compreende a racionalização da divisão do trabalho do processo entre aqueles que dele participam, integrado por um propósito que é a efetivação do acesso à justiça.

No estado das coisas no direito processual, o bem do processo, que é a tutela adequada de direitos, exigiu o avanço das perspectivas dos sujeitos na compreensão de seu papel da prestação jurisdicional. Bem por isso na sistematização do procedimento, que é o caminho pelo qual se realiza a justiça, o interesse privado deve se subordinar ao valor que se realiza através da prestação jurisdicional. E esse valor prevalece na distribuição do trabalho no processo, em que pese em detrimento da liberdade, diante da ideia de ordem (PAUPERIO, 1977).

Isso porque "direito é a realização ordenada e garantida do bem comum numa estrutura tridimensional bilateral atributiva" (REALE, 2002, p. 67), em que há a composição harmônica dos propósitos pessoais e coletivos da coletividade, a partir da ordenação de valores institucionalizados. Nessa guinada, visto o processo como instrumento de

realização da justiça – não jurisdição –, a atenção desta enquanto valor impõe a estipulação de preceitos que a efetivem, mediante provimentos de mérito adequados.

Ademais, é importante que o discurso normativo adotou no dispositivo que funda o escopo cooperativo (artigo 6º) de processo o operador “devem”. Esse operador normativo exerce, além de atribuir um caráter prescrito ao discurso, o papel de definir a posição do destinatário da norma, no sentido de o emissor do comando normativo controlar e definir as possíveis reações do endereçado, o qual pode reagir confirmativa ou negativamente, sendo ignorado uma reação do receptor que rejeita a norma (FERRAZ JR., 2021).

E, nesse sentido, em que pese as regras de conduta impostas pela cooperação processual se imponham a todos aqueles que possam auxiliar na construção da decisão de mérito, o órgão jurisdicional, enquanto aplicador da lei, exerce relevante papel. É que na compreensão das leis que importam em deveres é significativa a reação crítica dos órgãos aplicadores da lei. O ato do indivíduo que viola um dever compreende, pela natureza da norma, uma desvantagem equivalente, cuja aplicação depende, no sistema jurídico moderno, dos tribunais (RAZ, 2012).

Ademais, no contexto da cooperação processual, os tribunais, a despeito de serem destinatários das normas que impõem deveres processuais, devem, também, desempenhar o papel de desenhar padrões de comportamento processual, em que “[...] busquem obter, em função das circunstâncias, um equilíbrio entre interesses conflitantes, cujo peso varia de caso para caso” (HART, 2009, p. 175), uma vez que, sem prejuízo de ser norma positiva, possui a natureza de princípio e, portanto, há margens nas normas com espaços a serem preenchidos.

A cooperação, enquanto norma jurídica, constitui um controle jurídico de comportamento, pelo qual define-se vinculativamente o comportamento dos sujeitos processuais. Mas enquanto dado da normatividade jurídica, o seu programa deve compreender um conjunto de condições, que supere os recursos dogmáticos existentes, de modo a realizar a norma (MÜLLER, 2008). Assim, sem prejuízo da sujeição passiva do juiz à referência comunicativa do legislador, a este cumpre suscitar a participação dos sujeitos na margem estrutural do processo.

Posto isso, a cooperação processual, compreendida como um dos elementos fundamentais que sistematizam a dinâmica processual na vigência do Código de Processo Civil de 2015, importa de imediato na compreensão da justiça enquanto valor que justifica o processo judicial e, por conseguinte, a decisão. Ademais, o seu exame exige o discernimento a respeito do todo o complexo conteúdo que o direito fundamental de acesso à justiça, que impõe ao processo a efetivação de direitos fundamentais.

Por sua vez, a cooperação também deve ser encarada com valor, que permeia todos os atos e situações processuais, em toda a ordenação que é o processo. Sem embargo, a cooperação processual constitui autêntica norma, a qual, mediante operadores normativos impõe verdadeiro dever aos sujeitos processuais, de sorte que exige condutas positivas e negativas, no sentido de exigir deles uma postura ativa durante todo as fases do processo, comprometidos com a construção da solução jurisdicional adequada.

2 DA COOPERAÇÃO ENQUANTO PRINCÍPIO JURÍDICO

Estabelecido o caráter normativo do imperativo de cooperação, importa que o fundamento racional da norma, em termos de ratio legis (LARENZ, 1991), pode ser compreendido pela insuficiência dos modelos preponderantemente inquisitórios ou adversariais para construir, pelo procedimento, a tutela jurisdicional justa e adequada. Com efeito, estabelecido as diretrizes subjacentes à justiça, a cooperação processual constitui o domínio de racionalização dos poderes e deveres processuais ao longo do procedimento formal.

Dessarte, visto a autoridade da cooperação processual em termos de impor condutas positivas e negativas aos sujeitos processuais, tem-se que esse postulado representa um valor processual capaz de orientar a compreensão e fixação do papel, principalmente, das partes e do juiz no processo ao longo de todo procedimento. Ou seja, representa princípio que fundamenta a divisão do trabalho no arco processual, o qual exige a compreensão das demais diretrizes processuais pertinentes à sua luz.

Com efeito, enquanto princípio, a cooperação processual pode ser definida como modelo estrutural da ordenação processual civil, a qual constitui alicerce do sistema, que se projeta sobre as demais normas que o compõem. Representa instituto que atribui integridade e coerência ao regime processual, cuja disposição simboliza a racionalidade e coerência do sistema, principalmente na configuração e organização harmônica do procedimento (MELLO, 2008).

Assim, constitui um enunciado lógico explícito “que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam” (CARRAZZA, 2008, p. 39). Dessa feita, exercem o papel de integralização do conjunto estruturado de preposições que integram o sistema processual, de modo a conferir dinamicidade e completude ao processo.

Ademais, a cooperação processual no subsistema em que se comporta – o processual – aparece como “linhas diretivas que iluminam a compreensão de setores normativos, imprimindo-lhes

caráter de unidade relativa e servindo de fator de agregação num dado feixe de normas" (CARVALHO, 2010, p. 195). Por certo, possui característica valorativa, na medida em que, diante dos elementos históricos que influenciam a perspectiva da posição dos sujeitos no processo, a sua transcendência se apresenta ao longo do sistema.

E por ser uma disposição estruturante do processo, a inobservância à ordem de cooperação, enquanto principiologia, implica em ofensa a todo o sistema jurídico, "[...] porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra", já que "[...] com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustêm e alui-se toda a estrutura nelas esforçadas" (MELLO, 2008, p. 943).

Nessa quadra, a cooperação processual enquanto princípio é dotada de carga axiológica, a qual constitui elemento estruturante do regime processual implementado pelo Código de Processo Civil de 2015. Bem por isso, exerce papel de racionalizar o conjunto normativo que orienta o processo, assim como a atuação do órgão jurisdicional. Deveras, ordena a conduta objetiva dos sujeitos processuais, disciplinando o seu comportamento de acordo com o escopo processual, que pode ser sintetizado como a solução de mérito justa, tempestiva e efetiva.

Assim, cumpre ao princípio da cooperação integralizar o sistema processual, de modo a orientar a compreensão das situações processuais de acordo com o estado de coisas que se pretende promover. Ademais, exerce o papel de vetor na interpretação das normas processuais, na medida em que constitui parâmetro de valoração, de critério de rejeição de condutas incompatíveis com a proposta colaborativa e de elemento divisor de comandos que realizem adequadamente o processo justo (GROSS, 2013).

Com efeito, comporta compreender a cooperação processual muito além de critérios de sistematização de valores subjacentes ao sistema jurídico, como instituto que exerce a racionalização do ordenamento jurídico compreendido. Refere-se a uma objetivação do ordenamento jurídico em implementar uma efetiva modificação de comportamento, ou seja, colocar em ação o comportamento dos sujeitos processuais, como determinação e centralização do escopo do processo, que é a justiça.

Enquanto princípio jurídico dotado de carga normativa vinculativa, a cooperação processual opera no terreno deontológico, ultrapassando o escopo de valor jurídico, na medida em que importa em um comando normativo que ordena condutas e abstenções. Decorre que, "nomas válidas obrigam seus destinatários, sem exceção e da mesma forma, a satisfazer expectativas generalizadas de comportamento, enquanto que valores devem ser

entendidos como preferências intersubjetivamente compartilhados" (HABERMAS, 2020, p. 326).

Dessarte, a cooperação, na sistemática processual, no antecedente constitui um valor, no sentido de interferir na conduta dos sujeitos processuais ao ser considerado como relevante ou preferencial nas atitudes das partes e do juiz ao longo do procedimento. Sem embargo, no subsequente a cooperação processual impõe um dever de proceder dessa forma, cuja vinculação decorre do próprio ordenamento jurídico, o qual também é orientado pelos pilares edificados pelo postulado em referência.

Com efeito, como princípio, a cooperação atua no campo do próprio direito normativo, cuja incidência se dá diretamente e concretamente nas situações jurídicas processuais. Ademais, desponta o caráter coercitivo da norma, que decorre dos caracteres do próprio ordenamento e do modo de atuar do princípio, de tal sorte que importa em um imperativo normativo de conduta, que exige dos sujeitos processuais condutas positivas e abstenções condizentes com o propósito do processo (FRANÇA, 1971).

É importante compreender o caráter dual da cooperação, de valor e de princípio, uma vez que em primeiro ela orienta axiologicamente os sujeitos processuais. Nada obstante, por seu turno, tida como norma jurídica, a cooperação direciona por deveres jurídicos as condutas das partes e do juiz no processo. "Aquilo que, no modelo de valores, é *prima facie* o melhor é, no modelo de princípios, *prima facie* devido; e aquilo que é, no modelo de valores, definitivamente o melhor é, no modelo de princípios, definitivamente devido" (ALEXY, 2008, p. 153).

Nessa ordem, o princípio exerce função retórico-argumentativa, permitindo "[...] por exemplo, denotar a *ratio legis* de uma disposição", posto sua importância estruturante no sistema jurídico e, para mais, possui qualidade de verdadeira norma jurídica (CANOTILHO, 1993, p. 167), ou seja, os princípios atuam normativamente, "[...] não sendo apenas *ratio legis*, mas, também, *lex*". Portanto, os princípios exercem papel interpretativo e integrativo no sistema (BONAVIDES, 2008, p. 272).

Estabelecido o caráter normativo dos princípios, tem-se que as regras e os princípios são espécies do gênero normas. Sem embargo, as regras e os princípios não se confundem, despontando diferenças de natureza lógica. As regras são normas aplicáveis à maneira do tudo ou nada, "dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão" (DWORKIN, 2010, p. 39).

De fato, tanto as regras quanto os princípios, enquanto normas jurídicas formulam imperativos de conduta, que orientam positivamente ou negativamente o comportamento dos destinatários.

Mas, as regras “[...] são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras, contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível” (ALEXY, 2008, p. 91).

Por sua vez, os princípios “[...] não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas”, uma vez que apresentam uma dimensão de peso ou importância, na medida em que indicam forças relativas (DWORKIN, 2010, p. 40). Sem embargo, apresentam padrões jurídicos obrigatórios que devem ser observados, “[...] porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade” (DWORKIN, 2010, p. 36).

De mais a mais, os princípios “[...] são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”, sendo que as possibilidades jurídicas são determinadas pelos princípios e regras colidentes. Por conseguinte, são “[...] mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados [...]”, sendo que não há relação de precedência entre os princípios e suas ações e situações não são quantificáveis (ALEXY, 2008, p. 90).

Nessa ordem, a consolidação da cooperação processual em termos de direito positivo (artigo 6º), inclusive mediante o emprego do operador normativo (devem), consolida a imperatividade do postulado colaborativo na estrutura jurídico-processual. Exerce o papel de padrão atípico – dado o grau de abstração – e ordenado de comportamento, fundado, em conjunto às demais diretrizes do sistema jurídico processual, nas exigências de concretização dos propósitos da justiça.

Ademais, estruturado o conteúdo normativo do princípio da cooperação, tem-se que a sua realização independe das preferências e interesses pessoais dos destinatários da norma. Deveras, situa-se no plano deontológico, de modo que implica efetivamente em comportamentos dos sujeitos processuais. “Pode até haver incerteza quanto ao conteúdo do comportamento a ser adotado, mas não há quanto à sua espécie: o que for necessário para promover o fim é devido” (ÁVILA, 2007, p. 80).

Por seu turno, não é possível desvencilhar a coordenação do princípio da cooperação, na estrutura metodológica do processo civil, do princípio do devido processo legal. Convém que o devido processo legal é princípio em que todos os demais se sustentam, “é, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies”. E nessa esteira importa que o devido processo legal por si fundamenta processualmente a garantia ao processo e à sentença justa (NERY JÚNIOR, 1997, p. 27).

Assim, cooperação processual constitui vetor para determinação dos poderes e deveres das partes e

do juiz ao longo do procedimento formal, que pode, dessa sorte, ser realizada em graus diversos a depender das condições fáticas e jurídicas. Nada obstante, cumpre concretizá-la em intensidade compatível, posto que, sendo princípio, na estruturação da divisão do trabalho entre partes e juiz, o legislador procedeu com valoração prévia determinando os critérios que devem orientar o processo civil.

3 DO CONTEÚDO DA COOPERAÇÃO PROCESSUAL

Estabelecido os alicerces para a compreensão do instituto, importa que a cooperação processual, na estrutura edificada com o Código de Processo Civil de 2015, constitui princípio informador do processo civil, cujos pressupostos estruturam a sistemática atual. A cooperação processual representa postulado que orienta o processo e procedimento, sendo que este envolve “[...] o debate das partes e a cognição do juiz das questões que nele devem ser decididas” (MITIDIERO, 2021, p. 130).

Nesse sentido, a cooperação processual atua no campo da técnica processual. Enquanto técnica e elemento do formalismo processual, é importante que a sua compreensão perpassa não só pela forma ou formalidades, mas pela “[...] delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais” (OLIVEIRA, 2003, p. 7).

Enquanto vetor de ordenação das posições e situações processuais, a cooperação processual atua para estabelecer ordem nos poderes e deveres dos sujeitos processuais, emprestando coerência e integridade a todo o procedimento formal. Compreende enquanto princípio, no campo do formalismo processual, atuação como limite e garantia para os sujeitos do processo, principalmente para as partes, assegurando que não prevaleça “[...] a arbitrariedade e a parcialidade do órgão judicial ou a chicana do adversário” (OLIVEIRA, 2003, p. 7).

Além disso, toda técnica processual deve estar sempre voltada para uma finalidade social (MARINONI, 1993). Quer dizer, o aporte da técnica processual deve proporcionar a consecução dos escopos processuais. Vale que a técnica processual é “[...] a predisposição ordenada de meios destinados à realização dos escopos processuais” (DINAMARCO, 2001, p. 226), assim, a compreensão do instituto exige sua interpretação teleológica, sensível com as finalidades do processo.

Para tanto, implica que “[...] o processo civil visa à tutela dos direitos – à viabilização de uma decisão de mérito justa, adequada, efetiva e tempestiva para um caso e à unidade do direito mediante precedentes” (MITIDIERO, 2021, p. 25). Com efeito, enquanto técnica processual, cumpre à cooperação

processual assegurar a integridade da missão do processo, cujo alicerce constitucional – o acesso à justiça – não se esgota na provocação do poder órgão jurisdicional, mas na prestação da tutela jurisdicional justa.

Em outros termos, o direito fundamental de acesso à justiça garante às partes – destinatários da tutela jurisdicional –, além do acesso ao poder judiciário e à justiça imparcial, “a uma Justiça igual, contraditória, dialética, cooperatória, que ponha à disposição das partes todos os instrumentos e os meios necessários que lhe possibilitem, concretamente, sustentarem suas razões, produzirem provas, influírem sobre a formação do convencimento do juiz” (GRINOVER, 1990, p. 245), efetivamente acesso à ordem jurídica justa (MARINONI, 1993).

Com efeito, o Código de Processo Civil, na estruturação das normas fundamentais do processo civil, “[...] demonstra que a cooperação não visa apenas ao término de uma disputa, mas ao fim efetivo do litígio por meio de uma solução justa e que atenda ao interesse de ambas as partes”. Bem por isso que o disposto no artigo 6º aponta um de seus desígnios, de acordo com os fins últimos do processo, que é a decisão de mérito tempestiva, justa e efetiva (ARAÚJO, 2016, p. 177 - 178).

Nesse sentido, a cooperação processual representa um modelo estrutural de processo civil, em que a realização dos escopos do processo, em âmbito de concretização dos desígnios da justiça, é a pedra de toque do sistema. Para tanto, a presença da disposição cooperativa se dá na ordenação dos poderes e deveres de todos os envolvidos no processo, mediante a consolidação do processo como espaço dialógico, em que as partes e o juiz atuam coordenadamente para a construção da solução jurisdicional justa.

A proposta dessa ordenação do processo civil se dá em vista que “[...] a efetividade do processo está bastante ligada ao modo como se dá curso à participação dos litigantes em contraditório e à participação inquisitiva do juiz”. Nessa construção, aos “[...] primeiros sendo admitidos a produzir alegação, a recorrer, a comprovar os fatos de seu interesse e este sendo conclamado a ir tão longe quanto possível em sua curiosidade institucionalizada com aqueles” (DINAMARCO, 2001, p. 293).

Assim, cumpre ao princípio da cooperação interceder entre os princípios dispositivo e inquisitório. Perceba-se que “esses princípios não ocorrem de modo exclusivo em nenhum sistema processual, sendo normal que o legislador de ambos se utilize, dando prevalência ora a um deles ora a outra” (SILVA, 2000, p. 62). Segue que o legislador expressamente adotou a cooperação como diretriz para orientar a atuação dos sujeitos processuais ao longo de todo o arco processual, atuando efetivamente como guia nas situações processuais.

É importante compreender o papel da cooperação enquanto gestora dos princípios dispositivo e inquisitivo, uma vez que “[...] o processo civil pautado pela colaboração conserva tanto traços dispositivos [...] como traços inquisitórios [...]” (MITIDIERO, 2019, p. 54).

Em outros termos, a cooperação na sistemática do processo civil oferece equilíbrio entre o publicismo e o privatismo processual, em que, a partir dos escopos do processo, se coloca em harmonia os poderes do juiz e a atuação legítima das partes. Com efeito, através da estruturação da técnica processual com base constitucional, coloca-se em equilíbrio “[...] a natureza pública da relação jurídica processual e os interesses privados que também se manifestam no processo” (CABRAL, 2018, p. 155).

Nessa senda, a compreensão do princípio da cooperação processual remonta à divisão do trabalho entre os sujeitos do processo. “[...] Conforme a opção de política judiciária que se faça, pode ser decisiva a vontade do(s) litigante(s) ou a atuação do juiz, ou podem ambas influir em variável medida” (MOREIRA, 1989, p. 35). Por sua vez, os imperativos constitucionais atuais exigem bases processuais que respeitem as liberdades das partes, ao mesmo tempo que assegurem ao juiz os instrumentos necessários à realização dos escopos do processo e justiça.

Ou seja, na medida em que a ordem jurídica organiza as atuações possíveis e devidas dos sujeitos processuais, de acordo com as posições e situações jurídicas que se apresentam ao longo do procedimento, o processo civil pode ser encarado com uma comunidade de trabalho, “[...] vale dizer, como um procedimento em que a atividade coordenada de todos que nele tomam parte está constitucional e legalmente direcionada à justa resolução do conflito apresentado pelas partes ao juiz” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 78).

Nessa construção coordenada que é o processo, o destino e o propósito é chegar a uma decisão justa, em que os participantes do processo atuam propositadamente a partir de um diálogo efetivo. Persiste, nessa ordem, uma atuação paritária dos sujeitos do processo ao longo do procedimento, inclusive quanto ao juiz, o qual assume posição assimétrica somente quando decide questões da causa. Portanto, o processo é encarado como coisa comum do juiz e das partes (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016).

Posto isso, a cooperação processual exerce o papel de organizar sistematicamente a divisão dos poderes dos sujeitos processuais, na mesma medida em que divide as responsabilidades entre eles. De mais a mais, concretiza padrões de atuação legítima dos participantes do processo, inclusive em termos positivos no ordenamento jurídico, a citar as prerrogativas das partes concernentes à própria

marcha processual, em comunhão ao ofício do juiz de determinar os rumos do processo (CABRAL, 2007).

A condução processual de modo cooperativo importa na influência equitativa dos sujeitos processuais no desenvolvimento do arco processual. Redunda na organização do iter processual de modo a construir o processo como um espaço dialógico, efetivamente democrático, em que, a despeito da ampliação dos poderes do Magistrado para os necessários à efetiva prestação da tutela jurisdicional, as partes participam decisivamente da construção do provimento de mérito.

Outrossim, o princípio da cooperação é um dever processual que atinge todos os sujeitos processuais, que lhes imputa diretamente dever de proceder, positiva e negativamente, de acordo com os horizontes que a comunidade de trabalho do processo impõe, sendo ilícitas as condutas contrárias aos propósitos estatuídos (DIDIER JR., 2011). Sem embargo, a satisfação em maior grau da cooperação processual, no estado em que se encontra o procedimento afirmado legalmente, depende da conscientização de seus destinatários (ARAÚJO, 2016).

Assim, além do caráter integrativo e interpretativo que o princípio da cooperação apresenta, ao oferecer as bases necessárias a compreender os papéis exercidos por todos aqueles que do processo participam ao longo do procedimento, a colaboração processual representa autêntico dever, que “[...] impõe aos sujeitos do processo a abstenção e assunção de determinadas condutas que se coadunem com aquilo que dela é esperado em um modelo de estrutura de processo civil” (AUILLO, 2017, p. 57).

Ademais, importa que, inclusive entre as partes, não obstante as posições antagônicas exercidas, a cooperação processual impõe condutas positivas e negativas condizentes com o processo justo, a partir de postura dialógica, articulando argumentos de forma leal e procedendo condizentemente com a realização do processo. Veja que a cooperação processual, a partir dos deveres de lealdade e boa-fé, exige o desenvolvimento das estratégias processuais a partir de debate judicial que preserve a sua natureza democrática (ALVIM; GUEDES, 2020).

Vale que, as partes “[...] também são responsáveis pelos resultados do processo – ainda que defendam seus interesses pessoais” (MEDINA, 2016, p. 133). Assim, compreende a cooperação processual, especialmente entre esses atores do processo, “[...] esforço necessário dos sujeitos processuais para evitar imperfeições processuais e comportamentos indesejáveis que possam dilatar injustificadamente a marcha do processo e comprometer a justiça e a efetividade da tutela jurisdicional” (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 84).

Isso porque, o princípio da cooperação, mediante a imposição de comportamentos condizentes com o processo justo, cumpre com a democratização do processo civil, uma vez que permite “[...] a todos os sujeitos da relação processual a possibilidade de influir, realmente, sobre a formação do provimento jurisdicional” (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 81). Deveras, a reciprocidade dos poderes e deveres que estruturam a justiça processual imprime legitimidade democrática à atuação do processo.

Enfim, o princípio da cooperação representa elemento aglutinador da técnica processual, porquanto consolida o processo como espaço dialógico, em que todos os sujeitos processuais influenciam e são determinantes na construção da solução jurisdicional justa e na realização dos escopos do processo. Para tanto, amplia os espaços de autonomia privada das partes e instrumentam os juizes com os poderes necessários, simultaneamente à atribuição de deveres de cooperação, que em conjunto realizam o processo justo.

CONCLUSÃO

A construção e compreensão do processo no regime constitucionalizado reclama a estruturação e realização da atuação das partes e da função jurisdicional de acordo com os direitos fundamentais e o estado democrático de direito. Sucede que a atuação concreta do processo, inclusive no campo da estrutura formal, deve ser sensível com as suas finalidades, sendo que a realização efetiva dos desígnios depende da atuação adequada de todos os sujeitos que participam do processo.

Cumprido, nesse sentido, à cooperação processual organizar as posições dos sujeitos processuais de acordo com o devido processo legal e os escopos do processo, de modo a equilibrar as posições processuais, no conjunto de poderes e deveres que as integra, exercidas pelas partes e pelo órgão jurisdicional. Na medida compatível com os objetivos do sistema, amplia-se a participação das partes na construção da solução jurisdicional, ao tempo que se atribui poderes ao juiz compatíveis com os fins que o regime processual busca.

Dessa forma, a cooperação processual exerce o papel de racionalização dos valores subjacentes ao sistema jurídico processual, cujo papel é de elemento estruturante. Influencia, pois, como filtro que ordena a estruturação dos comportamentos dos sujeitos processuais, na ordem de coincidir os propósitos que guiam a conduta dos participantes do processo com os objetivos materiais do processo enquanto instituição, que em síntese pode ser representado pela realização da justiça.

Ademais, enquanto autêntica norma jurídica, a cooperação processual representa instrumento

jurídico de controle de comportamento dos sujeitos das partes, que orienta a conduta de acordo com os escopos processuais. Destarte, através da norma de cooperação processual o sistema processual impõe condutas positivas e negativas compatíveis com o regime de colaboração. Ademais, não é mero compromisso sujeito a abstenções, mas vínculo de comportamento sujeito à reação institucionalizada pelo sistema.

De mais a mais, no domínio da organização dos poderes e deveres processuais que se apresentam ao longo do processo, a cooperação processual representa princípio que fundamenta a divisão do trabalho no processo entre partes e juiz, enquanto valor subjacente ao regime processual. Imprime unidade ao sistema processual, na medida em que influencia e conforma as posições e situações jurídicas que se apresentam ao longo do processo de acordo com os fins institucionalizados.

Além da influência integrativa e interpretativo, com carga axiológica, que a cooperação exerce, o primado também possui carga normativa, operando deontologicamente. O operador normativo positivado representa a imperatividade da norma cooperativa, impondo efetivamente às partes e ao juiz conduta compatível com os escopos do processo. Por certo, enquanto princípio, a cooperação se manifesta em graus diversos nos momentos processuais, todavia cumpre sempre realizá-lo em grau compatível com o processo justo.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria discursiva do direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVIM, Arruda; GUEDES, Clarissa Diniz. Princípio do Contraditório, Cooperação e Direito Probatório. Revista de Processo, São Paulo, v. 45, n. 304, p. 17 - 37, jun. 2020.

ARAÚJO, Fabio Caldas de. Curso de processo civil: parte geral. São Paulo: Malheiros, 2016.

AUILO, Rafael Stefanini. O modelo cooperativo de Processo Civil no novo CPC. Salvador: JusPodivm, 2017.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BOBBIO, Norberto. Teoria da norma jurídica. Tradução: Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista. 6. ed. São Paulo: Edipro, 2016.

BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Tradução: Ari Marcelo Solon. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2014.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CABRAL, Antonio do Passo. Convenções processuais. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

CABRAL, Antonio do Passo. Imparcialidade e imparcialidade. Por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal. Revista de Processo, São Paulo, v. 32, n. 149, p. 339 - 364, jul. 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de direito constitucional tributário. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito tributário. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIDIER JR. Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. Revista de Processo, São Paulo, v. 36, n. 198, p. 213 - 226, ago. 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução: Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa. 5. ed. Barueri: Atlas, 2021.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. A ciência do direito. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1986.

FRANÇA, Rubens Limongi. Princípios gerais de direito. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Assistência judiciária e acesso à Justiça. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas tendências do direito processual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 243 - 251.

GROSS, Marco Eugênio. A colaboração processual como produto do Estado Constitucional e as suas relações com a segurança jurídica, a verdade e a motivação da sentença. Revista de Processo, São Paulo, v. 38, n. 226, p. 115 - 145, dez. 2013.

HABERMAS, Jürgen. Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Tradução: Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Melo. São Paulo: Unesp, 2020.

HART, Herbert Lionel Adolphus. O conceito de direito. Tradução: Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Tradução: João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. Tradução: José Lamago. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme. Novas linhas do processo civil: o acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MEDINA, José Miguel Garcia. Direito processual civil moderno. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MITIDIERO, Daniel. Processo civil. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil: do modelo ao princípio. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O problema da "divisão do trabalho" entre juiz e partes: aspectos terminológicos. //: MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de direito processual: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 35 - 44.

MÜLLER, Friedrich. Teoria Estruturante do Direito. Tradução: Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Do formalismo no processo civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PAUPERIO, Artur Machado. Introdução axiológica ao direito: apêndice à Introdução à ciência do direito. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

RAZ, Joseph. O conceito de sistema jurídico: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos. Tradução: Maria Cecília Almeida. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

REALE, Miguel. Lições preliminares. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Curso de processo civil: processo de conhecimento. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 1.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DEVERES ANTI-LAVAGEM DE DINHEIRO E O INTERCÂMBIO DE INFORMAÇÕES ENTRE SUJEITOS OBRIGADOS, UNIDADE DE INTELIGÊNCIA FINANCEIRA E ÓRGÃOS DA PERSECUÇÃO PENAL: SUPERVISÃO PREVENTIVA OU INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR?



Augusto Cesar Piaskoski ¹

O texto aborda questões relativas aos mecanismos de prevenção e repressão à lavagem de dinheiro adotados no Brasil, partindo de pontos controversos acerca da natureza jurídica do reporte de informações sobre operações suspeitas e a atuação proativa que as instituições financeiras, na condição de sujeitos obrigados, assim como o COAF, na condição de Unidade de Inteligência Financeira, acabam por assumir na tentativa de darem cumprimento aos deveres impostos. Ainda, serão explorados os possíveis desdobramentos processuais penais existentes a partir do intercâmbio de informações entre sujeitos obrigados, Unidade de Inteligência Financeira e titulares da persecução penal.

Palavras-Chaves: Lavagem de dinheiro; Operações suspeitas; Inteligência financeira; Reporte de informações.

¹ Aluno do Mestrado em Direito Penal e Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Bacharel em Direito pela Universidade Positivo, com parte da graduação cursada na FGV Rio. E-mail: augusto.piaskoski@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0090530005592642>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-37917683>.

ANTI-MONEY LAUNDERING DUTIES AND THE EXCHANGE OF INFORMATION BETWEEN OBLIGED SUBJECTS, FINANCIAL INTELLIGENCE UNIT AND CRIMINAL PROSECUTION BODIES: PREVENTIVE SUPERVISION OR PRELIMINARY INVESTIGATION?



José Laurindo de Souza Neto²

The text addresses issues related to the mechanisms for preventing and repressing money laundering adopted in Brazil, starting from controversial points about the legal nature of reporting information on suspicious operations and the proactive action that financial institutions, as obligated subjects, as well as such as COAF, as a Financial Intelligence Unit, end up taking over in an attempt to comply with the imposed duties. Still, possible criminal procedural developments will be explored from the exchange of information between obligated subjects, the Financial Intelligence Unit and holders of criminal prosecution.

Keywords: Money laundry; Suspicious operations; Financial intelligence; Information reporting.

² Pós-doutor pela Faculdade de Direito da Universidade Degli Studi di Roma – La Sapienza. Estágio de Pós-doutorado em Portugal. Mestre e Doutor pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Graduado em Direito pela Universidade Católica do Paraná – PUC. Professor permanente no Mestrado da Universidade Paranaense – UNIPAR. Projeto de pesquisa Científica - Mediação Comunitária: um mecanismo para a emancipação do ser humano, registrado no CNPQ. Desembargador e Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. E-mail: jln@tjpr.jus.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-00026950-6128>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8509259358093260>.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo abordar relevantes e controversas questões

extraídas do sistema de prevenção e repressão à lavagem de dinheiro no Brasil, notadamente aquelas atinentes aos deveres de informação e reporte de operações financeiras consideradas suspeitas.

Para isso, a exposição do problema jurídico que o trabalho visa enfrentar partirá de

duas abordagens principais: A primeira visa caracterizar a natureza jurídica do reporte de informações sobre operações suspeitas de lavagem de dinheiro que ocorre a partir do intercâmbio de dados entre sujeitos obrigados pela Lei n.º 9.613/98, Unidade de Inteligência Financeira e órgãos da persecução.

Após, em um segundo momento, serão debatidas algumas questões controversas

decorrentes da postura proativa assumida pelos órgãos vinculados a esse sistema de reporte de informações, principalmente sob o ponto de vista das regras constitucionais e processuais penais vigentes aos métodos de obtenção de prova e compartilhamento de dados protegidos pelo sigilo bancário.

Para isso, o estudo partirá de uma rápida exposição acerca da incorporação dos

mecanismos de prevenção e repressão à lavagem de dinheiro no Brasil. Do mesmo modo, serão expostas algumas das principais alterações legislativas sofridas pela Lei n.º 9.613/98 que, além de intensificarem e alargarem amplamente os limites de incidência do tipo penal de lavagem de dinheiro, também permitiram a vinculação de uma série de sujeitos obrigados a reportar e comunicar informações sobre operações suspeitas.

Feitas tais exposições, passaremos a análise dos mecanismos e ferramentas utilizados

para o intercâmbio de informações, atribuindo especial relevância à postura assumida por cada ente vinculado, desde os sujeitos obrigados até os destinatários dos dados, na busca de tentar atribuir uma natureza jurídica ao reporte de informações.

Ao final, serão expostas e debatidas as principais dificuldades operacionais que se manifestam a partir da análise dos dados reportados, considerando um aparente desvio de finalidade das funções atribuídas aos órgãos de inteligência financeira e supervisão preventiva que acabam por compartilhar daquelas atividades que são próprias dos órgãos estatais responsáveis pela persecução penal.

1 O SISTEMA DE PREVENÇÃO E REPRESSÃO À LAVAGEM DE DINHEIRO NO BRASIL

A incorporação dos mecanismos preventivos e repressivos à lavagem de dinheiro no Brasil é marcada por um cenário de grande comoção da comunidade internacional em combater o tráfico ilícito de drogas, o terrorismo e o seu financiamento, assim como o proveito financeiro ilícito gerado por esses crimes (ANSELMO, 2015, p. 349 – 378).

Isso se verifica principalmente no final do século XX, a partir da criação de diretrizes para repressão do tráfico de drogas a partir da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas em 1988 (Convenção de Viena), pela elaboração das 40 Recomendações do Grupo de Ação Financeira (GAFI) em 1989 e pela regulamentação de regras de cooperação internacional contra a lavagem de dinheiro a partir da Convenção de Estrasburgo (1990).

Em âmbito nacional, os reflexos legislativos provocados pela mobilização internacional existente contra esse tipo de criminalidade podem ser extraídos desde a

Constituição Federal de 1988, que atribuiu ao tráfico de drogas e ao terrorismo a característica de crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia (ABISSAMRA FILHO, 2016, p. 6389), até a criação da Lei n.º 9.613/98, que tipificou o crime de lavagem de dinheiro e estabeleceu um rol taxativo de crimes antecedentes, dentre os quais constava o tráfico ilícito de entorpecentes e o terrorismo.

A Lei 9.613/98 também estabeleceu uma série de regras e mecanismos preventivos à

lavagem de dinheiro seguindo as diretrizes estabelecidas à nível internacional, dentre as quais destacamos a criação de um sistema de reporte de informações sobre operações suspeitas cuja destinatária do reporte é uma Unidade de Inteligência Financeira (UIF) de natureza administrativa, que foi denominada como Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF).

Desde a vigência da Lei n.º 9.613/98, uma série de alterações legislativas foram promovidas com vistas a intensificar o sistema de repressão e prevenção à lavagem de dinheiro no Brasil, dentre as quais atribuímos especial relevância à Lei n.º 12.683/12, que além de ampliar significativamente o rol de sujeitos obrigados a reportar informações sobre operações suspeitas, também substituiu o rol taxativo de crimes antecedentes à lavagem de dinheiro para “qualquer tipo de infração penal”, permitindo a criminalização dos proveitos ilícitos advindos de contravenções penais¹.

¹ Importante destacar que a mais recente alteração sofrida pela Lei n.º 9.613/98 decorre da Lei n.º 13.974/20, que deslocou o COAF do Ministério da Fazenda para a estrutura do Bacen, o que gerou uma série de questionamentos pela doutrina nacional em relação a necessária autonomia funcional que à UIF deve possuir, conforme Recomendação 29

do GAFI. Além disso, outra significa e polêmica alteração legislativa diz respeito a composição do COAF, uma vez que a partir da nova redação do art. 4º da Lei n.º 13.974/20, deixou de ser obrigatória a condição de “servidor público” para composição do COAF, permitindo que integrantes dos setores privados componham o órgão. (BOTTINI, 2019).

Nesse sentido, embora a atual legislação brasileira relativa à prevenção e repressão à lavagem de dinheiro vigore com um extenso rol de sujeitos obrigados aos mecanismos de controle (art. 9), com vistas a identificação de clientes (art. 10) e comunicação de operações financeiras suspeitas (art. 11), é preciso destacar que o texto legal da Lei n.º 9.613/98 é bastante vago e impreciso quanto a delimitação do objeto de reporte de informações às entidades reguladoras, razão pela qual recebe regulação complementar normativa dos órgãos setoriais responsáveis (Bacen, CVM...) (Cf. PIASKOSKI, 2020).

Neste ponto, é preciso destacar que a ausência de uma legislação específica que trate

de deveres preventivos à lavagem de dinheiro representa um grande déficit para o ordenamento jurídico brasileiro, principalmente porque deixa a cargo das entidades setoriais a definição normativa das operações que podem estar ligadas à prática de um crime².

Segundo Miguel da Câmara Machado (MACHADO, 2017, p. 47), a regulamentação das operações consideradas suspeitas pelas entidades setoriais apresenta expressões que são "sinônimos ou equívocos", uma vez que nem sempre são escritas por juristas e são baseadas em expressões com significado diverso para cada operador do mercado. De acordo o autor, "isso é possível no Direito bancário, mas não pode acontecer no Direito penal ou sancionatório, onde as palavras têm de ser completamente inequívocas e não podem permitir a abertura e incerteza de alguns conceitos utilizados nas regras que compõem estes regimes".

Assim, a regulamentação das atividades financeiras consideradas suspeitas para fins de lavagem de dinheiro ficam a cargo do Bacen, que através da Circular BCB 3978/2020 e da Carta-Circular 4.001/2020, estabelecem um extenso rol de operações que demandam especial atenção dos órgãos reguladores em razão das partes envolvidas, valores operados, frequência, modo de realização, instrumentos ou falta de fundamento econômico que possam indicar eventual relação das operações com os crimes tipificados na Lei n.º 9.613/98.

2 DEVERES DE COMUNICAÇÃO E A NATUREZA JURÍDICA DO REPORTE DE INFORMAÇÕES SOBRE OPERAÇÕES SUSPEITAS

² Em Portugal, a tipificação do crime de branqueamento de capitais está prevista no art. 368º-A do Código Penal português e as regras de prevenção ao branqueamento são extraídas de legislação específica (Lei n.º 83/2017). Assim também ocorre em Espanha (Lei n.º 10/2010, de 28 de abril), Alemanha (*Geldwäschegesetz – GwG*), Suíça (*Loi sur blanchiment d'argent*, LBA, 1997) e EUA (*Bank Secrecy Act; Suspicious Activity Report; Patriotic Act*), entre outros países. (PIASKOSKI, 2020).

³ A Lei Complementar 105/2001, no art. 2º, §6º, também prevê a possibilidade de as entidades setoriais informarem ao COAF os dados

Verificada eventual operação suspeita pelos sujeitos obrigados do art. 9º, a Lei determina que a comunicação deverá ser dirigida ao COAF (art. 11, inciso, da Lei n.º 9.613/98) e será acompanhada da identificação do cliente (art. 10, inciso I, da Lei n.º 9.613/98)³.

Após, o COAF deverá comunicar as autoridades competentes para a instauração dos procedimentos cabíveis, quando concluir pela existência de crimes tipificados na Lei n.º 9.613/98, ou de fundados indícios de sua prática, ou de qualquer outro ilícito (art. 15 da Lei n.º 9.613/98).

As comunicações feitas pelo COAF às autoridades da persecução através de Relatórios de Inteligência Financeira (RIF) deverão ocorrer via sistema SISCOAF, ou por meio de correspondências (ofícios), e deverão conter (i) o número e a natureza do procedimento de investigação instaurado; (ii) informações sobre os fundados indícios da existência do(s) ilícito(s) sob investigação, com indicação do(s) respectivo(s) tipo(s) penal(is); (iii) identificação das pessoas envolvidas na investigação, com indicação do nome e do CPF ou CNPJ, conforme o caso.

As entidades responsáveis pela persecução, por sua vez, deverão ter acesso,

exclusivamente, a dados cadastrais do investigado que informem "qualificação pessoal, filiação e endereço, independentemente de autorização judicial, mantidos pela Justiça Eleitoral, pelas empresas telefônicas, pelas instituições financeiras, pelos provedores de internet e pelas administradoras de cartão de crédito." (art. 17-B da Lei n.º 9.613/98).

Assim, o que se verifica é que o dever de comunicação atribuído aos sujeitos obrigados

pelo art. 9º da Lei n.º 9.613/98 surge a partir de um modelo de risco estabelecido através dos sistemas de "conheça seu cliente" (know your customer) e de identificação de operações suspeitas⁴.

Esse reporte de informações, quando extraídos de critérios objetivos sobre as

características de clientes e de operações suspeitas, parecem não guardar, necessariamente, relação direta com a suspeita de um crime, eis que decorrem de tipologias de operações baseadas em um fator de risco previamente estabelecido (SOUSA MENDES, 2017, p. 140).

Por outro lado, quando o modelo de risco não é tão facilmente identificado em razão do caráter subjetivo da operação, os sujeitos obrigados, assim

cadastrais e de movimentação financeiras relativas as operações previstas no art. 11, inciso I, da Lei 9.613/98.

⁴ As considerações tecidas acerca da natureza jurídica do reporte de informações, assim como da validade processual das informações obtidas a partir do sistema de prevenção à lavagem de dinheiro, são extraídas da obra: PIASKOSKI, Augusto Cesar. Reporte de informações sobre operações suspeitas de branqueamento de capitais e a sua utilização como prova no processo penal. *In*: Novos Desafios da Prova Penal. Coimbra: Almedina, 2020.

como a UIF – neste caso, o COAF – acabam por empregar maiores diligências investigativas com vistas a enquadrar a operação suspeita de acordo com determinado tipo penal.

Esse fator faz surgir questionamentos acerca dos limites existentes entre aquilo que se consideram como atividades de inteligência financeira, atos de mera supervisão preventiva e atos que já constituem investigações preliminares voltados a indicar a suposta prática de um crime.

Isso porque a atribuição de uma relação necessária entre a operação financeira e um tipo penal ultrapassa os limites preventivos, principalmente porque não se busca prevenir uma operação, considerando que ela já ocorreu. O que se busca, em verdade, é classificar a operação de acordo com um tipo penal, valendo-se de uma série de informações confidenciais fornecidas pelos sujeitos obrigados que se encontram em posição privilegiada em relação aos seus clientes (PIASKOSKI, 2020).

Ao tratar da realidade alemã, Martin Böse afirma que os deveres de comunicação são instrumentos baseados na atividade de supervisão, mas que, contudo, parecem ter a sua finalidade voltada mais para fins repressivos do que preventivos. Isso porque, tomando como exemplo o § 11 (1),1, do GwG, o dever de comunicar se aplica a transações que já foram realizadas e não a transações futuras. Não se trata, portanto, de uma evitação da operação, mas sim de um julgamento sobre o seu caráter suspeito (BÖSE, 2017, p. 870).

Na hipótese brasileira, a Recomendação de Caráter Geral n.º 04, do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), que embora não tenha força de lei (Cf. MADRUGA; TEIXEIRA; WEHRS, 2019, p. 25), dispõe que os RIF elaborados pelo COAF devem ser registrados como "notícias de fato" e distribuídos ao órgão de execução com atribuições para instauração do procedimento apuratório cabível (art. 1º da Recomendação).

A grande dificuldade extraída da mencionada classificação é que as informações obtidas para fins de inteligência financeira, ou supervisão preventiva, acabam por ter sua finalidade alterada e passam a ser destinadas para fins de persecução penal, seja como notícia de fato, seja como "distintas modalidades de procedimentos administrativos, investigações preliminares, pré-inquéritos, investigações proativas ou o que lhes queira chamar" (SOUSA MENDES, 2017, p. 138).

Nesse sentido, é preciso que exista uma necessária separação das atribuições existentes

à Unidade de Inteligência Financeira daquelas atribuições que são próprias dos titulares da persecução penal, principalmente porque esse intercâmbio de informações ocorre às margens dos métodos processuais de obtenção de prova, assim como das disposições constitucionais aplicadas ao sigilo financeiro e bancário.

Nessa linha, ao tratar da realidade alemã, Luís Greco (WOLTER; GRECO, 2019, p. 45) afirma que:

[...] dados obtidos para fins de inteligência, de prevenção de perigos ou de persecução penal, respectivamente, não podem, sem mais, ter essa finalidade alterada: os dados de inteligência não podem ser usados pela polícia preventiva, os da polícia preventiva não podem ser usados repressivamente, e vice-versa, sem expressa previsão legal. A alteração / o desvio de finalidade (Zweckänderung / Zweckentfremdung ou Zweckverfremdung) é, assim, uma intervenção adicional, que como tal tem de ser legalmente autorizada.

Ao mesmo tempo em que a Lei determina que a comunicação das informações obtidas pelo COAF no desempenho das atividades de inteligência financeira e supervisão preventiva podem (e devem) ser compartilhadas com os órgãos da persecução penal para instauração dos procedimentos cabíveis (art. 15, da Lei n.º 9.613/98), também devem ser estabelecidos limites para que a própria atuação dos sujeitos obrigados e da Unidade de Inteligência Financeira não se manifestem a partir de atos de investigação preliminar que ocorrem sem regulação do Poder Judiciário.

Sobre tais limites, é necessário ressaltar, ainda, que a UIF brasileira possui natureza administrativa, cuja atuação está limitada a intermediação das comunicações recebidas pelos sujeitos obrigados aos órgãos da persecução. Diferente é em Portugal e Alemanha, por exemplo, cujo modelo de UIF adotado é o de polícia judiciária, que possui como principal característica a manifestação de poderes de investigação do órgão de inteligência (Cf. PIASKOSKI, 2020)⁵.

A atuação da UIF deve ser limitada, portanto, a sua natureza, seja ela administrativa, policial judiciária ou promotorial⁶. Do mesmo modo, a incorporação das diretrizes internacionais que regulam os sistemas de reporte de informações também devem observar as regras sistêmicas vigentes em cada território, a fim de se evitarem importações incompatíveis com o a legislação constitucional e infraconstitucional de cada território.

⁵ A comunicação de operações suspeitas em Portugal ocorre por via dupla, sendo destinada ao Departamento Central de Investigação e Ação Penal (DCIAP) que compõe a estrutura do Ministério Público e a UIF, que integra a Polícia Judiciária do país.

⁶ Para um estudo mais aprofundado acerca da natureza e das características de cada modelo de UIF existente, recomenda-se: *Financial Intelligence Units: an Overview – Washington, D.C.: International Monetary Fund, Legal Dept., Monetary and Financial Systems Dept.: World Bank, Financial Market Integrity Div., Washington, USA, 2004.*

Do contrário, a existência de investigações preliminares voltadas ao cumprimento

dos deveres de comunicação de informações sobre operações suspeitas, que são instruídas com dados sigilosos obtidos sem autorização judicial e que ocorrem fora dos limites estabelecidos pelos métodos de obtenção de prova disponíveis no processo penal, acabariam por interferir na própria validade processual das informações obtidas pelos detentores da persecução (Cf. PIASKOSKI, 2020).

CONCLUSÃO

O julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.870/ES, mais uma vez, trouxe à evidência a importância do controle de constitucionalidade, bem como se mostrou em perfeita consonância com o ordenamento jurídico brasileiro e com o entendimento jurisprudencial predominante no Supremo Tribunal Federal.

O instituto do controle de constitucionalidade tem como objetivo manter todas as normas em harmonia com o disposto na Constituição Federal. Nada é válido se contraria a Constituição e, por isso, não pode existir no ordenamento jurídico.

Este controle é feito de maneira preventiva, antes da aprovação de uma norma e pode ser feito de maneira repressiva, após a sua promulgação, como foi o caso da EC 85/12, objeto da ADI aqui discutida.

Foi por meio deste controle repressivo que os Ministros do Supremo Tribunal Federal declararam a inconstitucionalidade presente na emenda constitucional aprovada na Constituição Estadual do Espírito Santo.

Desta forma, declarou-se, então, ser incompatível com a Constituição Federal uma norma de Constituição Estadual que disponha sobre nova hipótese de foro por prerrogativa de função, em especial relativo a ações destinadas a processar e julgar atos de improbidade administrativa.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Senado Federal. Constituição Estadual do Espírito Santo. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70429/CE_ES_EC_114-2019.pdf?sequence=17&isAllowed=y. Acesso em: 23 nov. 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (2018). Agravo Regimental na Petição n.º 3.240/DF. Relator: Ministro Teori Zavascki, 10 de maio de 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748003291>. Acesso em: 23 nov. 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (2019). Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.553/MA. Relator: Ministro

Gilmar Mendes, 15 de maio de 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753485650>, 15 mai. 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (2020). Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.870/ES, 14 de dezembro de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755115564..> Acesso em: 23 nov. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 1998.

BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988.

JOSÉ, Antonio; ROSA, Miguel Feu. Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1998.



