

Vol. I
Nº I

Março 2021

**Desafios
Contemporâneos
da Ordem
Constitucional**

Law Review

idp

SUMÁRIO

Carta dos Editores

Fábio Quintas Lima, Sebastián G. Henao

Artigos:

MEDIDAS TRIBUTÁRIAS PARA O ENFRENTAMENTO DA PANDEMIA DO CORONAVÍRUS: ALTERNATIVAS PARA O BRASIL	8
José Evande Carvalho Araujo	

MEDIDA PROVISÓRIA Nº 948 DE 8 DE ABRIL DE 2020 E OS IMPACTOS SOBRE OS DIREITOS SOCIAIS E ECONÔMICOS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO	36
Hildélis S. Duarte Junior, Marcelo Artur M. Chada	

TRIBUTAÇÃO SOBRE GRANDES FORTUNAS COMO SOLUÇÃO PARA A CRISE ECONÔMICA OCASIONADA PELO COVID-19	59
Victor Ribeiro Ferreira, Arthur Pereira de Jesus, Nilo da Rocha Marinho Neto	

ATUAÇÃO ESTATAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONTEXTO DA PANDEMIA DO COVID-19	94
Moema Locatelli Belluzzo, Ana Carolina Barros Pinheiro Carrenho	

O FORTALECIMENTO DOS ENTENDIMENTOS SUPERIORES COMO MECANISMO DE SEGURANÇA JURÍDICA E CONTENÇÃO DE ATIVISMOS . . .	116
Alexsandro Cruz de Oliveira, Luiz Gustavo Cavalcanti de Araújo, Pedro Vinícius Gropello Saltini	

POPULISMO JUDICIAL: PERSPECTIVA CRÍTICA A PARTIR DA ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	138
Aleksandro Souza Libério	

OS PEQUENOS PARTIDOS POLÍTICOS COMO VETORES DA POLITIZAÇÃO DA DOGMÁTICA JURÍDICA	155
Cláudio Marcelo de Araújo	

ENTRE O ATIVISMO JUDICIAL E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: UM ESTUDO DE CASO SOBRE A IMPORTAÇÃO DE CANABIDIOL PARA FINS MEDICINAIS NO RECURSO ESPECIAL N. 1.657.075/PE	172
Andressa Medeiros Saraiva, Marjorie Brenda Gouveia Rocha Torres, Yasmin Brehmer Handar	

O ATIVISMO JUDICIÁRIO FRENTE À GESTÃO HÍBRIDA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO	192
Gleidy Braga Ribeiro	

SIGNIFICAÇÃO NÃO É ESCOLHA: DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL, CONCEITOS ABERTOS E SEMIÓTICA	212
Guilherme Pupe da Nóbrega	

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DAS ESFERAS SOCIAIS AUTÔNOMAS, SEGUNDO O CONSTITUCIONALISMO SOCIAL DE GUNTHER TEUBNER	238
Leonardo Cerqueira e Carvalho	

A AMPLIAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO PLENÁRIO VIRTUAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CENÁRIO DA CRISE DE SAÚDE GERADA PELO COVID 19	258
Hugo Assis Passos, Cleopas Isaías Santos, João Rafael de Oliveira	

O HABEAS CORPUS COLETIVO: UMA MUDANÇA DE PARADIGMA NAS DECISÕES EM CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE	285
Anderson Prezina Franco, Dimas Antônio Gonçalves Fagundes Reis, Victor Garcia	

CONSTITUCIONAIS PLENAS: UMA ANÁLISE DA CONCRETUDE DOS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA SOB A ÓTICA DA LEGISLAÇÃO ADMINISTRATIVA, TRIBUTÁRIA E CONSUMERISTA	303
Bruno Ribeiro Marques, Lais Khaled Porto, Paulo R. Roque A. Khouri	

NEM TANTO AO MAR, NEM TANTO À TERRA: AS FAKE NEWS EM TEMPOS DE COVID-19 SOB A ÓTICA DO CONSTITUCIONALISMO MULTINÍVEL	324
Flávio Boson Gambogi, Jordana Maria Ferreira de Lima, Rafael Gusmão Rodrigues de Andrade	

CARTA DOS EDITORES

Nasce o boletim **IDP Law Review!**

É com imenso prazer que o Instituto Brasileiro de Inovação, Ensino e Pesquisa (IDP) apresenta para a comunidade acadêmica sua mais nova publicação, com uma proposta singular de divulgação da pesquisa acadêmica.

É possível perceber hoje uma lacuna nas publicações acadêmicas brasileiras. De um lado, deve ser reconhecido o notável incremento de qualidade de inúmeras revistas brasileiras, em vista do aperfeiçoamento do processo de avaliação da produção acadêmica, que se desenvolveu à luz do salutar trabalho da comunidade acadêmica, mediada pela Coordenação de Área de Direito na CAPES. Por outro lado, pode-se observar que há uma carência de espaços para a divulgação de trabalhos ainda em desenvolvimento, de novos pesquisadores, que tenham condições de contribuir para o debate acadêmico. Pesquisadores não nascem prontos. Na verdade, é ínsita à pesquisa acadêmica a exposição de ideias para a crítica, o que justifica a criação de fóruns específicos de debate para trabalhos em andamento (como se vê com habitualidade na comunidade acadêmica internacional).

Essa é uma preocupação que ocupa a atenção do PPG-Direito do IDP há algum tempo. Desde 2019, a Coordenação Acadêmica do PPG-Direito do IDP, sob a condução do Prof. João Bachur, refletia sobre a possibilidade de lançar uma publicação periódica para a divulgação da produção acadêmica em trabalhos em desenvolvimento, ora como resultado parcial das teses e dissertações, ora como artigos, ensaios e reflexões resultantes das disciplinas cursadas pelos pós-graduandos, como forma de estimular um debate mais livre de ideias, visando ao aprimoramento das pesquisas. Em 2020, a ideia ganhou corpo, com a formulação do projeto do Boletim que ora se apresenta e a constituição de um corpo editorial plural, formado por professoras e professores que integram o corpo docente do IDP bem como de outras renomadas instituições, de várias regiões do país, que aceitou o desafio de criar coletivamente uma nova publicação de divulgação científico jurídica.

Nesse contexto, o IDP inaugura essa nova iniciativa dos seus cursos de pós-graduação *stricto sensu* em Direito (Mestrado Acadêmico, Doutorado Acadêmico e Mestrado Profissional em Direito, o Mestrado Interinstitucional em Direito (em parceria com a ICEV, em Teresina) e o Mestrado Profissional em Direito, Justiça e Desenvolvimento, em São Paulo).

O boletim tem como objetivo a divulgação de trabalhos de pesquisa em desenvolvimento dos nossos discentes e alumni do programa, assim como se põe como alternativa para divulgar pesquisas em andamento de outros programas de excelência que dialoguem com as áreas de interesse do PPG-IDP, quais sejam: i) direito do estado, direitos fundamentais e teoria do direito; direito privado e processual na ordem constitucional; ordem econômica e social, desenvolvimento e inovação; tutela penal e direito sancionador no Estado Democrático de Direito.

Com isso, o IDP pretende que o boletim sirva como ponto de intersecção de diferentes pesquisas, articulando a interação com outros programas de pós-graduação em Direito, por meio do diálogo, fomentando a pesquisa em rede.

Participam no nosso comitê editorial, por parte do IDP, as professoras Mônica Sapucaia e Karin Kassmayer e o professor Osmar Paixão. Integraram-se a esse projeto as professoras Marília Montenegro, da Universidade Católica de Pernambuco (Unicap), Gabrielle Sarlet, da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) e o professor César Augusto Silva, da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul (UFMS). Contamos também com a colaboração da equipe de assessoria da coordenação e da equipe de comunicação e marketing do IDP: Eduarda Gindri, Fernanda Lima, Júlia Masan, Marcela Barbosa, Sebastián Granda Henao e Rodrigo Lopes. A elas e eles nosso grande agradecimento pelo esforço e dedicação com o boletim.

Esta primeira edição está carregada de artigos de pesquisa e reflexão sobre distintos temas concernentes aos Desafios Contemporâneos da Ordem Constitucional Contemporânea. São 15 artigos que compõem o número de lançamento da *IDP Law Review*, os quais foram selecionados dentre os melhor avaliados na disciplina homônima, que aconteceu nos meses de março a maio do presente ano, nos primeiros meses da pandemia - tema ao qual alguns dos trabalhos se relacionam, quando conseguimos de maneira ágil e cuidadosa, como instituição, retomar parte das nossas atividades no ambiente virtual em modalidade remota.

Em sua primeira seção, temos os trabalhos que dialogam a respeito da conjuntura da pandemia de COVID-19 e suas repercussões jurídicas e sociais. Nesse plano, **José Evande** analisa de que forma medidas tributárias podem ser utilizadas como instrumento de combate às consequências econômicas da pandemia do Coronavírus, apontando também a possibilidade de adoção de algumas dessas alternativas em nosso país. Enquanto isso, **Hildélis Junior e Marcelo Chada** tratam do tema da Medida Provisória nº 948, de 8 de abril de 2020, com foco nos impactos que sua edição causou nos direitos sociais e nas relações de consumo, questionando quais têm sido esses impactos para os consumidores e como harmonizar e equilibrar as relações de consumo em meio à crise provocada pela pandemia.

Ainda relacionado ao tema da pandemia, **Victor Ferreira, Arthur de Jesus e Nilo Marinho Neto** analisam se o imposto sobre grandes fortunas poderia ser uma ferramenta para solução financeira para crise ocasionada pela pandemia de COVID-19, trazendo exemplos de medidas tomadas na França e mais recentemente na Argentina. Também analisando as consequências sociais e jurídicas decorrentes da pandemia de COVID-19, **Moema Belluzzo e Ana Carolina Carrenho** trazem perspectivas sobre a atuação do estado brasileiro no dilema entre a intervenção e a abstenção, a fim de garantir a maior eficácia aos direitos fundamentais positivados, sem incorrer em excesso ou em deficiência de proteção.

Numa segunda seção coloca-se em debate o ativismo judicial: **Alexsandro Oliveira, Luiz Gustavo Araújo e Pedro Vinícius Saltini** discutem a possível instalação e fortalecimento de um sistema de precedentes como forma de arrefecer

decisões judiciais com forte carga política ou consideradas ativistas, que utilizam o Judiciário como decisor de assunto próprio das autoridades eleitas. Por outro lado, **Alekssandro Souza Libério** apresenta uma análise crítica do populismo judicial a partir de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal apontando para as repercussões do discurso judicial populista na democracia brasileira. Também, **Cláudio Marcelo de Araújo** chama a atenção para a questão da politização da dogmática jurídica pelos pequenos partidos políticos, analisando o quantitativo de ações abstratas ajuizadas por essas agremiações perante o Supremo Tribunal Federal. Para ele, esses pequenos partidos poderiam alimentar o ativismo judicial e, ao mesmo tempo, garantir a própria sobrevivência em um ambiente político dominado pelos grandes partidos e pelo presidencialismo de coalizão.

Ainda, **Andressa Saraiva, Marjorie Brenda Torres e Yasmin Handar** realizam em estudo de caso do Recurso Especial 1.657.075/PE que autoriza a importação de fármacos à base de canabidiol por pessoa físicas, averiguando se trata-se de um caso de judicialização de política pública ou de ativismo judicial. Ademais, **Gleidy Braga Ribeiro** faz seu aporte ao problematizar sobre a judicialização das políticas públicas, o ativismo judiciário e o arranjo institucional de gestão do Sistema Penitenciário brasileiro em análise da Lei de Execução Penal, do Recurso Especial 592.581/RS e da ADPF347.

Entretanto, **Guilherme Nóbrega** questiona se a atividade de significação é discricionária, fruto de uma escolha (livre). No artigo, ao responder à questão, procura desvelar de fato o que estaria por detrás da ideologia de que conceitos amplos autorizariam maior desenvoltura interpretativa e decisória por meio de uma análise semiótica. Também discutindo as teorias do constitucionalismo, **Leonardo Carvalho** aborda a teoria do constitucionalismo social proposto por Gunther Teubner, dando ênfase aos requisitos materiais mínimos necessários para que as normas produzidas internamente pelos sistemas sociais parciais possam alçar à condição de normas constitucionais, apresentando uma avaliação positiva quanto à viabilidade, quiçá, emergência, para a constitucionalização de normas produzidas internamente pelos diversos ramos sociais funcionais-autônomos.

Por último, fechamos essa edição com textos que dialogam sobre arranjos e aprimoramentos institucionais. De maneira análoga, **Hugo Assis Passos, Cleopas Isaías Santos e João Rafael de Oliveira**, que promovem reflexões acerca do atual estágio do plenário virtual do Supremo Tribunal Federal, no que concerne à competência e estrutura institucional numa análise constitucional da criação, implementação e adequação do meio eletrônico de julgamento.

Já **Anderson Franco, Dimas Reis e Victor Garcia** tratam do reconhecimento da possibilidade de impetração de *habeas corpus* coletivo pelo Supremo Tribunal Federal, para conceder a ordem em favor de todas as mulheres grávidas e mães, de crianças, presas cautelarmente, denotando referida alteração de concepção. Semelhantemente, **Bruno Marques, Lais Khaled Porto e Paulo Khouri** buscam demonstrar que algumas disposições constitucionais passaram a demandar uma série de medidas do legislador infraconstitucional para que se pudesse conferir-lhes

aplicabilidade plena, especificamente, as disposições relativas à tutela da igualdade material relativa às pessoas com deficiência.

O trabalho de **Flávio Gambogi, Jordana de Lima e Rafael de Andrade** fecha a edição, com a análise das recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos no sentido da defesa da liberdade de expressão e do compromisso social dos agentes públicos em face à profusão de desinformações (*Fake News*) sob a ótica do constitucionalismo multi-nível.

Aos nossos autores agradecemos pela confiança depositada com seus aportes. Esperamos que a leitura traga inquietações ao debate e convidamos a toda a comunidade de acadêmicos e pesquisadores do Direito e áreas afins para participarem desse projeto.

Até a próxima edição!

Fábio Lima Quintas
Editor Chefe

Sebastián G. Henao
Comitê Executivo

MEDIDAS TRIBUTÁRIAS PARA O ENFRENTAMENTO DA PANDEMIA DO CORONAVÍRUS: ALTERNATIVAS PARA O BRASIL^{1,2}

José Evande Carvalho Araujo³

SUMÁRIO: Introdução; 1 Enfrentamento da Pandemia na Visão dos Organismos Internacionais; 2 Medidas Tributárias Imediatas; 2.1 Contexto Internacional; 2.2 Contexto Nacional; 3 Medidas Tributárias para o Pós-Pandemia; 3.1 Análises de Cenários e Recomendações de Políticas Públicas da OCDE; 3.2 Aumento da Progressividade do Sistema; 3.3 Tributação dos Lucros das Multinacionais; 3.4 Outras Medidas de Interesse; 3.5 Discussões no Brasil; Conclusão; Referências

RESUMO: Este artigo analisa de que forma medidas tributárias podem ser utilizadas como instrumento de combate às consequências econômicas da pandemia do Coronavírus. Para isso são listadas diversas medidas tributárias de curto prazo já tomadas no mundo, comparando-as com as adotadas no Brasil, com o objetivo de avaliar se as nossas foram suficientes. São também considerados os ajustes recomendados no processo de saída do confinamento e as alternativas de políticas tributárias que órgãos internacionais e a academia, estrangeira e pátria, sugerem para o pagamento das dívidas assumidas e a reconstrução das economias nacionais e global. Conclui-se com uma análise crítica da possibilidade de adoção de algumas dessas alternativas em nosso país. A metodologia empregada é a pesquisa bibliográfica, baseada em revisão da bibliografia internacional e nacional sobre medidas tributárias adotadas e propostas para o enfrentamento da pandemia do Coronavírus publicadas entre fevereiro e maio de 2020. O método de pesquisa adotado é o hipotético-dedutivo.

PALAVRAS-CHAVE: Tributação. Desenvolvimento. Política Tributária. Coronavírus.

TAX MEASURES TO TACKLE THE CORONAVIRUS PANDEMIC: ALTERNATIVES FOR BRAZIL

ABSTRACT: This article analyzes how tax measures can be used as an instrument to tackle the economic consequences of the Coronavirus pandemic. For this purpose, several short-term tax measures already taken in the world are listed, comparing them with those adopted in Brazil, in order to assess whether ours were sufficient. Consideration is also given to the recommended adjustments in the exit process from confinement and to the alternative tax policies that international bodies and the Brazilian and foreign Academy indicate for the payment of debts and the reconstruction of national and global economies. It concludes with a critical analysis of the possibility of adopting some of these alternatives in our country. The methodology used is the bibliographic research, based on a review of the international and national bibliography on tax measures adopted and proposals for tackling the Coronavirus pandemic published between February and May 2020. The research method adopted is the hypothetical-deductive.

KEYWORDS: Taxation. Development. Tax Policy. Coronavirus.

¹ Artigo Científico apresentado à disciplina Desafios Contemporâneos da Ordem Constitucional do Doutorado em Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), em maio de 2020.

² Parte do conteúdo deste artigo foi incluído em um estudo técnico publicado pela Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, em junho de 2020, com o nome “Tributação em Tempos de Pandemia”, escrito em coautoria com os Consultores Celso de Barros Correia Neto, Lucíola Calderari da Silveira e Palos e Murilo Rodrigues da Cunha Soares. (CORREIA NETO et al., 2020).

³ Consultor Legislativo da Câmara dos Deputados, Mestre em Engenharia de Sistemas e Computação pela COPPE/UFRJ e doutorando em Direito pelo IDP, <http://lattes.cnpq.br/2917637674554734>, evandearaujo@gmail.com.

INTRODUÇÃO

A pandemia do Coronavírus (Covid-19) trouxe enormes desafios para a humanidade, sendo frequente correlacionar seu enfrentamento a uma guerra. De fato, os efeitos sobre o sistema de saúde, o mercado de trabalho e a economia são tão intensos, que demandam uma mobilização de esforços e recursos equivalentes aos exigidos em tempos de guerra.

Essa crise de escala global provocará uma queda na atividade econômica de maneira sem precedentes na história recente. Estimativas da OCDE preveem que a produção pode inicialmente cair entre 20% a 25% e o consumo das famílias em cerca de um terço em diversos países. Para cada mês de confinamento, calcula-se uma queda de cerca de 2% no Produto Interno Bruto (PIB) (OECD, 2020c, p. 8).

No Brasil, a queda da atividade econômica também será muito grave. A expectativa para a queda do PIB, em 2020, é de 5,5%, mas pode ser revista de acordo com o desenrolar dos fatos, já se considerando possível chegar até a 7,5%. A Instituição Fiscal Independente (IFI) prevê um déficit primário do governo central em 2020 de R\$ 671,8 bilhões, o equivalente a 9,2% do PIB, e um aumento da dívida bruta do governo que pode alcançar 86,6% do PIB (INSTITUTO FISCAL INDEPENDENTE, 2020a)⁴.

Uma lição que já pode se tirar desta crise é que ela é mundial, tendo ficado demonstrada uma vulnerabilidade coletiva, na qual as deficiências de um país têm efeitos nos outros. Por isso, fala-se na necessidade de um novo “Plano Marshal” de ajuda às nações mais pobres. Contudo, a OCDE alerta que, apesar de o financiamento externo poder representar um dos pilares da recuperação, os recursos locais, e a tributação em particular, serão as únicas fontes viáveis de longo prazo (OECD, 2020c, p. 43).

Nesse contexto, a política fiscal ganha relevo, ao lado das demais políticas públicas, tanto para auxiliar as empresas e as famílias a superarem a fase inicial da crise, quanto para garantir o restabelecimento das atividades e o crescimento da economia o mais rápido possível.

⁴ Em revisão do texto para publicação em dezembro de 2020, verificamos que essas projeções, no Relatório de Acompanhamento Fiscal do IFI de dezembro de 2020, passaram a ser de: (i) queda do PIB: entre 4,5% e 5,0%; déficit primário do governo central: R\$ 779,8 bilhões, o equivalente a 10,9% do PIB; aumento da dívida bruta do governo geral: 93,1% do PIB (INSTITUTO FISCAL INDEPENDENTE, 2020b, pp. 4, 12, 27).

Quais medidas tributárias podem ser tomadas no enfrentamento à pandemia? É necessário distinguir ações de curto, médio e longo prazos? As ações tomadas pelo Brasil estão de acordo com as adotadas pelos outros países e recomendadas pelos organismos internacionais? Quais outras medidas estão sendo propostas por autores nacionais e estrangeiros na esfera dos tributos, e qual a viabilidade de serem aqui utilizadas? Este artigo busca auxiliar na construção de algumas das respostas a esses questionamentos.

Para atingir esse objetivo, após essa pequena introdução, dedicaremos a primeira seção à contextualização do enfrentamento da pandemia no âmbito do G20, da OCDE e do FMI, verificando como esses órgãos entendem que se devem encarar as políticas públicas de curto e médio prazo. Na segunda seção, constataremos quais as medidas de curto prazo já foram adotadas pelos países nesses meses iniciais, bem como quais delas o Brasil implementou. Avaliaremos, também, os cuidados que se deve ter com a política tributária nos próximos meses para garantir a sobrevivência das pessoas físicas e jurídicas e, ao mesmo tempo, estimular a retomada econômica. Na terceira seção, discutiremos diversas ideias, na seara tributária, trazidas na discussão internacional sobre o que fazer para pagar as dívidas contraídas para superar o Coronavírus e para restabelecer a economia, e verificaremos como essas ideias têm sido refletidas em nosso país. Na última seção, à guisa de conclusão, opinaremos sobre a viabilidade e adequação das medidas levantadas nas seções anteriores.

A metodologia empregada no artigo baseia-se essencialmente em pesquisa bibliográfica, escorada em revisão da bibliografia internacional e nacional sobre medidas tributárias adotadas e propostas para o enfrentamento da pandemia do Coronavírus publicadas entre fevereiro e maio de 2020, buscando selecionar, dentro da profícua produção científica dos últimos meses, as opiniões de órgãos internacionais e autores relevantes. O método de pesquisa adotado é o hipotético-dedutivo.

1 ENFRENTAMENTO DA PANDEMIA NA VISÃO DOS ORGANISMOS INTERNACIONAIS

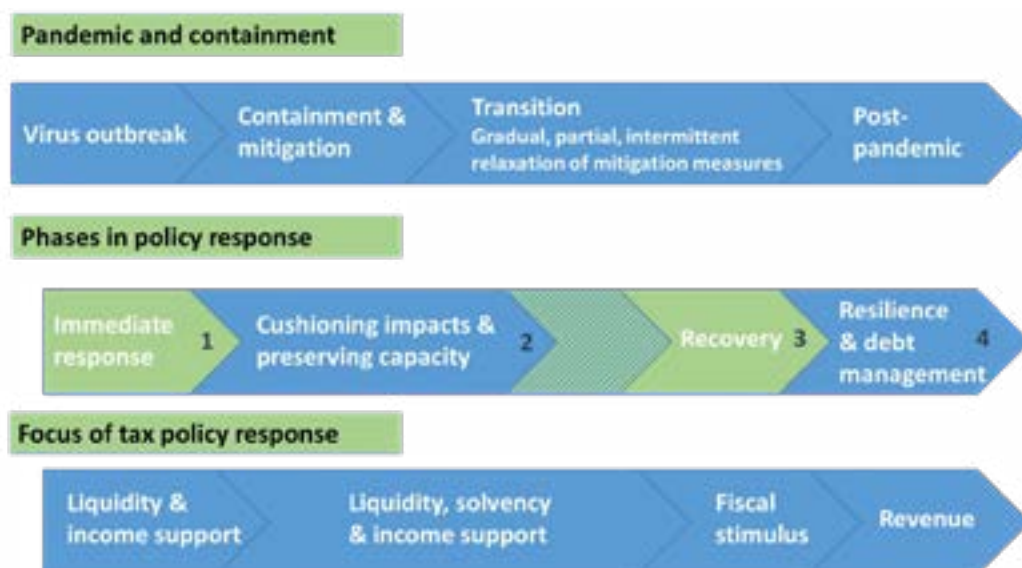
Para enfrentar a crise de modo global e coordenado, o G20 – grupo que reúne as vinte maiores economias no mundo – decidiu lançar um Plano de Ação, que envolve uma série de medidas e compromissos de saúde, econômicos e financeiros (G20, 2020). Um desses compromissos é o de compartilhar dados, análises e experiências dos países com o objetivo de auxiliar as nações a elaborarem suas políticas públicas. Para isso, o grupo solicitou o auxílio do Fundo Monetário Internacional (FMI) e da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).

O FMI, além de prestar assistência financeira aos países, disponibilizando toda a sua capacidade de empréstimo de US\$ 1 trilhão (IMF, 2020a), faz um acompanhamento das principais respostas econômicas ao Coronavírus dadas por 193 nações (IMF, 2020b). Além disso, apresentou um relatório com análises de políticas fiscais passíveis de serem tomadas para ajudar na superação da crise econômica, bem como ideias de medidas para estimular o crescimento da economia global (IMF, 2020c).

A OCDE tem também colaborado com a busca de soluções, compilando as medidas de políticas públicas adotadas pelos países em diversas áreas como saúde, educação, e impostos (OECD, 2020a). Na parte de política tributária, a OCDE publicou três documentos que trazem medidas passíveis de adoção pelos países:

1. Um panfleto, publicado em 20/3/2020, com sugestões de medidas tributárias emergenciais (OECD, 2020b);
2. Um relatório denominado “*Tax and fiscal policy in response to the Coronavirus crisis: Strengthening confidence and resilience*”, publicado em 15/4/2020, que, além de fazer um apanhado das medidas fiscais de curto prazo já adotadas, explora outras de médio prazo que podem auxiliar na retomada da crise (OECD, 2020c);
3. Um banco de dados constantemente atualizado com as medidas fiscais tomadas pelos diversos países (OECD, 2020d), que, na versão acessada em 8/5/2020, já contava com 886 ações, tributárias e não tributárias.

No documento citado no item 2, a OCDE divide as políticas de combate à pandemia em 4 fases, de acordo com o gráfico abaixo:



Fonte: OCDE (2020c)

A primeira fase corresponde ao período de contenção e mitigação da pandemia, com o confinamento, distanciamento social e *lockdowns*, e com a consequente retração da atividade econômica, sendo recomendadas políticas que garantam a liquidez das empresas e a renda das famílias para superar as dificuldades iniciais.

A segunda fase corresponde ao período de relaxamento gradual das medidas de restrição, que pode ser mais ou menos longo dependendo do país, e mesclar a necessidade de retorno à primeira fase em alguns locais. Nesse momento, a atividade econômica se recuperará gradualmente, mas será ainda bastante restringida, especialmente em setores como o turismo. Além da liquidez e da renda, as políticas adotadas devem também cuidar da solvência das empresas, ajudando na superação das dificuldades da população e dos negócios e garantindo as condições para uma futura recuperação econômica.

A terceira fase corresponde à recuperação da economia, que pode se dar de forma segmentada, com alguns setores permanecendo na segunda fase, e exige políticas de estímulo ao investimento e ao consumo.

A quarta fase corresponde à superação da crise de saúde pública, com maior atenção à resiliência da economia, com políticas focadas na recuperação das finanças estatais.

No contexto de combate à crise, a política tributária deve ser pensada em conjunto com outras políticas, como as de saúde, sociais, comerciais, financeiras e monetárias, e variará de acordo com as características de cada país. E todas elas devem ainda ser coordenadas com as ações dos outros países, pois produzem externalidades positivas ou negativas umas nas outras. Nesse contexto, o suporte econômico entre os países trará benefícios para o comércio e o investimento, incentivando o crescimento da economia global. Já iniciativas descoordenadas podem ter efeitos negativos na capacidade de pagamento de dívidas internacionais.

Além das iniciativas desses órgãos internacionais, diversos acadêmicos e instituições têm proposto soluções na área tributária, que não divergem muito na parte em que versam sobre ações de curto prazo, mas com ideias mais amplas na discussão de mais longo prazo⁵. De todas essas análises, na parte de política tributária, julgamos o documento da OCDE mais completo e abrangente com relação às medidas de curto prazo, e servirá de base para a próxima seção. Na seção subsequente, em que serão discutidas ações tributárias para a recuperação das finanças públicas, as ideias do FMI e de outros autores serão também expostas.

2 MEDIDAS TRIBUTÁRIAS IMEDIATAS

2.1 CONTEXTO INTERNACIONAL

Como visto acima, a OCDE divide o combate à pandemia em quatro fases. Discutiremos nesta seção as três primeiras.

A primeira fase corresponde ao período de contenção e mitigação da pandemia, no qual os países tomaram medidas tributárias emergenciais. Os quadros 1 a 4 trazem as principais delas, classificadas por seus objetivos (OECD, 2020c, p. 12-19).

Quadro 1: Medidas voltadas para a manutenção do fluxo de caixa da empresas
a) Prorrogação do prazo para o pagamento de tributos;
b) Prorrogação do prazo para entrega de declarações tributárias;
c) Restituição mais rápida de tributos, especialmente do imposto sobre o valor agregado (IVA);
d) Parcelamentos de débitos mais flexíveis;

⁵ Além do FMI e dos autores citados na seção 3.2, que também opinaram sobre medidas de curto prazo, destacamos ainda a análise de Baldwin e Di Mauro (2020).

- e) Concessão de isenção de tributos, especialmente daqueles que possuem bases que não variam de imediato com o ciclo econômico, como contribuições sobre a folha de salários, impostos sobre a propriedade e tributos sobre a base presumida de pequenas empresas, bem como para alguns setores, como turismo e aviação;
- f) Compensação mais ampla de prejuízos, em especial permitindo-se compensar o prejuízo de 2020 com o lucro de períodos anteriores (*loss-carry-back*), ou ampliando-se a compensação de prejuízos para frente (*loss-carry-forward*). Essas medidas têm a vantagem de beneficiar empresas que não se aproveitariam de reduções nas alíquotas, adiamentos ou isenções de imposto de renda.

Quadro 2: Medidas voltadas para proteger o investimento e o consumo

- a) Alargamento dos limites para baixa de ativos;
- b) Alargamento das regras para depreciação acelerada;
- c) Redução da alíquota do imposto de renda para alguns setores;
- d) Redução da alíquota do IVA para alguns produtos.

Quadro 3: Medidas voltada para auxiliar o setor de saúde

- a) Autorização de crédito de IVA de produtos doados por empresas;
- b) Permissão de dedução, das bases de cálculo dos impostos de renda das empresas e das pessoas físicas, de doações a instituições de saúde;
- c) Adoção de incentivos de imposto de renda para a produção de produtos utilizados no combate ao coronavírus;
- d) Isenção do imposto de renda para bônus pagos aos profissionais de saúde;
- e) Isenção ou redução de impostos para a importação e compra de equipamentos médicos.

Quadro 4: Medidas voltadas para proteger a renda das famílias

- a) Prorrogação de prazo para a entrega de declarações;
- b) Adiamento de pagamentos de impostos;
- c) Restituição acelerada de imposto de renda;
- d) Parcelamento de débitos.

A escolha e a extensão dessas medidas variam de país a país, de acordo com suas características, possibilidades e necessidades, alguns as limitando a alguns setores, outros exigindo a comprovação de perdas, outros, ainda, concedendo-as caso a caso. A OCDE recomenda que os benefícios sejam direcionados para as empresas que deles mais necessitam, em regra os pequenos e médios negócios, que geralmente têm maior problema de liquidez, e para os negócios que empregam muito, para que tenham condições de não demitir. Quanto às medidas voltadas às famílias, deve-se destacar que se tem dado preferência a auxílios financeiros diretos, e não tributários.

A tabela 1 traz um balanço das medidas tributárias compiladas no já citado banco de dados da OCDE em 8/5/2020 (OECD, 2020d)⁶. Destaque-se que a base de dados lista 886 medidas fiscais, tendo sido necessário se utilizar de uma série de filtros para chegarmos às 612 exclusivamente tributárias. Devido à falta de uniformidade de registro entre os países, é possível que medidas tributárias não tenham sido captadas por estarem classificadas de modo diverso aos filtros adotados.

Tabela 1: Medidas Tributárias Adotadas pelos Países (OECD, 2020d, v. 8/5/2020)	Total
Prorrogação de prazos de pagamento de impostos	200
Isenções fiscais	198
Parcelamentos mais flexíveis	59
Ampliação das restituições de tributos	34
Prorrogação de prazos de entrega de declarações	31
Outras medidas tributárias	26
Prorrogação de prazos de entrega de declarações e de pagamento do imposto	19
Ampliação das compensações de prejuízos	13
Alteração nas alíquotas de IVA	11
Depreciação acelerada	9
Redução de alíquotas de IRPJ	6
Redução de alíquotas de IRPF	5
Redução de alíquotas de imposto para bônus e horas extras	1
TOTAL	612

Após a fase inicial de contenção e mitigação da crise, passa-se à segunda fase de políticas públicas prevista pela OCDE, correspondente ao relaxamento gradual das medidas de restrição (OECD, 2020c, p. 20-30). Neste momento, é possível que os benefícios já concedidos precisem ser prorrogados ou ajustados, ou que outros sejam concedidos, pois, diante da queda da demanda, aumentam os riscos de insolvência das empresas, mesmo que a liquidez seja garantida.

⁶ Para selecionar as medidas tributárias, escolhemos primeiro as categorias relacionadas a tributos em filtro aplicado à coluna “Relabelling”. Posteriormente, trabalhamos as outras categorias em separado, selecionando as ocorrências que consideramos conter medidas tributárias, eventualmente alterando a classificação para outras categorias relacionadas a tributos.

Assim, para as empresas, além do adiamento do pagamento de tributos, que corresponde a um modo de financiamento sem juros, podem ser necessários novos benefícios, tais como a redução ou isenção de impostos, a autorização de compensação de prejuízos mais ampla (como na medida f do quadro 1), ou a autorização para valorações de estoques mais vantajosas para empresas que pertençam a Cadeias Globais de Valor (ex: passar do método FIFO para o LIFO).

Na proporção em que as medidas de contenção e mitigação forem relaxadas, passa-se à terceira fase do plano da OCDE (OECD, 2020c, p. 31-35). Aqui, o foco da atuação estatal deve mudar para o estímulo à recuperação econômica, possivelmente com manutenção da política fiscal expansionista ainda por um tempo para incentivar o consumo das famílias e o investimento das empresas.

Atenção especial deve ser dada ao levantamento das medidas emergenciais, principalmente com o restabelecimento das obrigações tributárias adiadas. Se todo o estoque de dívida suspensa for cobrado de imediato, muitas empresas podem quebrar, sendo recomendado que essas dívidas sejam parceladas por alguns anos, bem como que os prejuízos acumulados possam ser compensados.

Os estímulos devem ser bem direcionados para evitar desperdício dos recursos escassos com setores que não mais necessitem. Por exemplo, é provável que o setor manufatureiro tenha tido parte da demanda somente reprimida no momento da contenção da pandemia, sendo apenas deslocada no tempo, e assim se recuperará mais rápido e precisará de menos incentivos. Já o setor de serviços será mais prejudicado, pois possivelmente a demanda do período da crise será de fato perdida, e terá recuperação mais lenta. Para alguns setores de serviço, como o turismo, isso será ainda pior devido a um provável cenário de contenção mais prolongado.

As medidas econômicas tomadas devem ser focadas em incentivar o consumo e o investimento e não apenas em pagar os gastos da crise. Para isso, devem ser temporárias, para não criar déficits permanentes, e bem comunicadas, para evitar a desconfiança que estimula a poupança e não o consumo. Devem-se também evitar medidas que tragam ganhos inesperados (*windfall gains*), como os derivados de redução de impostos incidentes sobre os rendimentos do capital, ou que apenas provoquem mudanças no momento do consumo ou do investimento, sem impactos no comportamento agregado, como a redução de impostos incidentes sobre os ganhos de capital.

Devem ser priorizados os investimentos em setores que tenham repercussões sociais relevantes, como, por exemplo, os que atuem em pesquisa e desenvolvimento, os que tenham preocupações ambientais e os que fortaleçam o combate a epidemias.

De qualquer forma, tudo tem que ser bem planejado para que incentivos mal calibrados não dificultem a reativação da atividade econômica, como poderia ser o caso ao serem mantidos benefícios assistenciais por mais tempo do que o necessário, desestimulando o reaquecimento do mercado de trabalho, ou ao se perpetuarem incentivos que sirvam apenas para garantir a existência de negócios ineficientes, que desapareceriam em condições normais.

O período recomenda, ainda, que os países adotem maior transparência para demonstrar a eficiência das medidas tomadas, bem com que se envolvam em acordos internacionais, para evitar uma guerra fiscal com seus vizinhos na atração de investimentos globais.

2.2 CONTEXTO NACIONAL

Como no resto do mundo, diversas medidas tributárias emergenciais foram tomadas pelo Brasil, em especial nos meses de março e abril de 2020, em linha com as listadas na seção anterior, em especial a isenção e a postergação dos prazos de pagamento de tributos e a extensão da data para a entrega de declarações. Exemplificamos algumas delas exaradas na esfera federal no quadro abaixo:

Isenções na importação de produtos relacionados ao combate à pandemia: Resolução ME/CAMEX/Comitê-Executivo de Gestão nº 17, de 17 de março de 2020 (BRASIL, 2020a), Decreto nº 10.285, de 20 de março de 2020 (BRASIL, 2020b), e Decreto nº 10.352, de 19 de maio de 2020 (BRASIL, 2020n);
Isenções de tributos federais: Decreto nº 10.305, de 1º de abril de 2020 (IOF) (BRASIL, 2020g), e Medida Provisória nº 932, de 31 de março de 2020 (Sistema S) (BRASIL, 2020e);
Prorrogação do prazo para a entrega de declarações: Instrução Normativa RFB nº 1.930, de 1º de abril de 2020 (DIRPF) (BRASIL, 2020f), e Instrução Normativa RFB nº 1.932, de 3 de abril de 2020 (DCTF e EFD-Contribuições) (BRASIL, 2020h);
Extensão do prazo para o pagamento de tributos federais: Portaria ME nº 139, de 3 de abril de 2020 (contribuições sociais sobre a folha e a receita bruta) (BRASIL, 2020i), Resolução CGSN nº 154, de 3 de abril de 2020 (Simples-Nacional) (BRASIL, 2020j), Medida Provisória nº 952, de 15 de abril de 2020 (Taxas e contribuições sobre serviços de telecomunicações) (BRASIL, 2020k), e Portaria ME nº 201, de 11 de maio de 2020 (parcelamentos federais) (BRASIL, 2020m);
Medidas Administrativas: Portaria RFB nº 543, de 20 de março de 2020 (suspensão de prazos processuais e de procedimentos administrativos na RFB) (BRASIL, 2020c), Portaria Conjunta RFB/PGFN nº 555, de 23 de março de 2020 (prorrogação da validade de

certidões) (BRASIL, 2020d), e Medida Provisória nº 958, de 24 de abril de 2020 (dispensa da exigência de certidões negativas em algumas situações) (BRASIL, 2020l).

Muitos têm criticado a timidez dessas medidas, entendendo que a crise econômica exige mais que o simples adiamento do pagamento dos tributos para garantir o fluxo de caixa das empresas e a renda das famílias, e defendendo a necessidade da redução de alíquotas de impostos e contribuições, o aproveitamento mais amplo de créditos do tributos não cumulativos e de prejuízos, e a adoção de ações mais efetivas no âmbito estadual e municipal⁷.

3 MEDIDAS TRIBUTÁRIAS PARA O PÓS-PANDEMIA

Mesmo antes do fim da pandemia, muito se tem discutido sobre quais medidas econômicas deverão ser tomadas para o pagamento das dívidas assumidas e para incentivar a recuperação da economia. Nesta seção, analisaremos algumas dessas discussões na seara tributária, iniciando com as análises de cenário e recomendações da OCDE, depois passando às propostas que defendem o incremento de tributos progressivos e àquelas que postulam a reformulação das regras de tributação internacional dos lucros, e finalizando com outras propostas de interesse.

3.1 ANÁLISES DE CENÁRIOS E RECOMENDAÇÕES DE POLÍTICAS PÚBLICAS DA OCDE

A OCDE considera que a crise trará impactos substanciais nos orçamentos públicos e nos níveis de endividamento dos países, causados pela combinação dos efeitos dos pacotes fiscais, do aumento dos gastos públicos e da perda de receitas tributárias, e dedica a quarta fase do seu plano de ação para avaliar o cenário pós pandemia e propor políticas públicas que auxiliem na recuperação da economia (OECD, 2020c, p. 36-44).

O órgão avalia que provavelmente teremos menores receitas tributárias por alguns anos, já que a arrecadação do imposto de renda diminuirá em função dos prejuízos de 2020 que poderão ser compensados, e a dos tributos indiretos será reduzida porque o consumo será deslocado para bens de primeira necessidade,

⁷ A título de exemplo, citamos Catão (2020), Ricotta (2020) e Santos e Ferreira Filho (2020).

geralmente isentos de IVA, ou para o consumo do Governo, em regra não tributado. Além disso, possivelmente as receitas com turismo e viagens demorarão a se recuperar, o que trará efeitos deletérios para os tributos relacionados a essas atividades.

Considera-se possível que ocorra, também, uma diminuição da carga tributária global, já que é prevista uma queda maior nas receitas dos tributos do que no PIB, do mesmo modo como ocorreu na crise financeira global de 2008 na maioria dos países (OECD, 2020c, p. 36-37), ocasião em que se passaram vários anos até se chegar ao mesmo nível de carga tributária.

A extensão dessas perdas variará em cada país, dependendo da composição de suas receitas tributárias. Nos países em desenvolvimento, os tributos sobre o consumo, em regra, compõem a maior fatia, enquanto, nas nações desenvolvidas, são os impostos sobre a renda das pessoas físicas e as contribuições para a seguridade social que predominam.

A OCDE reconhece que a melhor maneira de aumentar as receitas tributárias se dará com a adoção de estímulos fortes e sustentáveis para embasar um crescimento sólido. Mas considera que a política tributária pode contribuir para cobrir os custos da crise, em conjunto com outras políticas fiscais, monetárias e financeiras. Nesse contexto, elenca uma série de medidas extraordinárias que vêm sendo discutidas para angariar novos recursos, seja pela criação de novas fontes de receitas, tal como a taxaço do carbono (*carbon tax*) e a reforma da tributação dos lucros das grandes multinacionais (tratadas mais a frente), seja pela reforma das atuais bases de tributação.

Reformas dos atuais sistemas tributários poderiam envolver o rebalanceamento das fontes de receitas, o alargamento das bases, o fim de gastos tributários ineficientes, e a adoção de medidas que aumentem a progressividade do sistema, como o incremento dos tributos sobre a propriedade e a introdução de impostos sobre a fortuna.

Apesar da crise, ou até mesmo em razão dela, alguns negócios, especialmente os mais digitalizados, progrediram e se expandiram. Nesse contexto de renda disponível, a OCDE recomenda que os governos incentivem o investimento com o aumento da tributação das rendas econômicas (*economic rents*). Recomenda-se, também, que se invista na cooperação internacional, que será ainda mais essencial

para evitar disputas tributárias que levem a guerras comerciais prejudiciais à recuperação global, e no fortalecimento dos Fiscos com o uso de novas tecnologias, para aumentar a conformidade e reduzir os custos dos contribuintes.

3.2 AUMENTO DA PROGRESSIVIDADE DO SISTEMA

Como já mencionado no início, o FMI publicou um relatório, que, entre outras matérias, propõe políticas fiscais para estimular o crescimento da economia global como resposta para a saída da crise (IMF, 2020, p. 33-42). O conjunto de medidas, denominado IDEAS (“ideias”, em português), inclui (i) o investimento em sistemas de saúde, infraestrutura, tecnologias de baixo carbono, educação e pesquisa; (ii) a adoção de medidas econômicas discricionárias bem planejadas tanto no lado dos gastos, quanto no das receitas; e (iii) o fortalecimento dos estabilizadores automáticos da economia, com o redesenho dos sistemas tributários e o incremento dos benefícios sociais aos mais necessitados.

Para o escopo deste artigo, interessa-nos as ideias sobre o fortalecimento dos estabilizadores automáticos da economia com o uso da tributação. Estabilizadores automáticos são mecanismos incorporados nos orçamentos governamentais para atenuar os ciclos econômicos, seja pelo aumento dos gastos públicos ou redução dos tributos quando a economia desacelera, seja pela redução dos gastos públicos ou aumento dos tributos quando a economia cresce.

Nesse contexto, o FMI defende que o sistema tributário deve ser progressivo, o que garante que a renda disponível das famílias suba menos quando a economia cresce, e não diminua tão drasticamente quando ela cai. Para esse objetivo, devem-se priorizar os tributos incidentes sobre a renda aos sobre o consumo e a folha de pagamentos, pois os últimos, apesar de também acompanharem o ciclo, o fazem em menor extensão do que os primeiros.

Além do foco no imposto de renda, são também recomendados (i) tributos sobre ganhos de capital, transações financeiras e propriedade imobiliária, por acompanharem o preço dos ativos; (ii) a depreciação acelerada de investimentos e a concessão de créditos tributários diretos em decorrência deles, para incentivá-los; (iii) a compensação de prejuízos com o lucro de períodos anteriores (*loss-carry-back*), para financiar as empresas durante a recessão; e (iv) o cálculo do imposto de renda das pessoas jurídicas com base na renda estimada para o ano em curso, e não na do

ano anterior, para alinhar o tributo com o resultado decorrente do estado atual da economia.

Na mesma linha do FMI, mas por argumentos de justiça fiscal, diversos autores destacam a importância de medidas tributárias progressivas.

Barreix, Garcimartin e Verdi (2020) ressaltam que a crise é, por sua própria natureza, regressiva, devendo-se evitar que sua saída também o seja. Analisando as economias da América Latina e do Caribe, recomendam (i) aumentar as alíquotas do IVA e revisar as isenções e taxas reduzidas existentes, pelo potencial de arrecadação dessas medidas, mas em conjunto com a devolução direta de parte do imposto às famílias mais pobres, para diminuir sua regressividade; (ii) evitar o uso de impostos sobre saques bancários, para não atrasar a inclusão financeira no século digital; (iii) maximizar o potencial arrecadatário dos impostos seletivos, utilizados para compensar externalidades negativas, e substituir suas alíquotas *ad valorem* (em percentuais) por *ad rem* (em unidades físicas); (iv) aumentar as alíquotas do imposto de renda sobre rendimentos passivos do capital (dividendos, juros, *royalties*, ganhos de capital, etc); (v) reavaliar a racionalidade dos regimes incentivados; (vi) aumentar os impostos incidentes sobre a propriedade de imóveis residenciais e comerciais, rurais ou urbanos, exceto os que correspondam a ativos investidos, e de veículos; (vii) não tributar a exportação de produtos primários, exceto em casos excepcionais em que sejam geradas rendas econômicas como, por exemplo, em uma desvalorização acentuada do câmbio (*overshooting*).

Ainda na linha da justiça fiscal, Landais, Saez e Zucman (2020) propõem a criação de um imposto temporário sobre a fortuna dos europeus 1% mais ricos para pagar a emissão dos Eurobonds necessários para custear o combate à pandemia. O imposto seria progressivo, cobrado à alíquota de 1% sobre a parcela da fortuna superior a 2 milhões de euros; 2% sobre o que exceder 8 milhões de euros; e 3% sobre o que superar 1 bilhão de euros.

Os autores estimam que esse tributo arrecadaria 1,05% do PIB da Europa a cada ano, e que sua cobrança por 10 anos pagaria o custo estimado com o fundo de resgate europeu, sem a necessidade de transferência de recursos entre os países e sem tocar no patrimônio de 99% da população.

3.3 TRIBUTAÇÃO DOS LUCROS DAS MULTINACIONAIS

Diante da necessidade de novas fontes de receita, ganham força as discussões sobre a reformulação das regras de tributação internacional do imposto de renda das multinacionais, especialmente das grandes empresas de tecnologia, já que existe um certo consenso de que essas companhias tributam seus lucros em percentuais muito menores do que deveriam ao direcionarem seus resultados para países com menor tributação.

Essa discussão ocorre em especial no âmbito do Projeto BEPS (“Base Erosion and Profit Shifting”, ou, em português, “Erosão da Base Tributável e Transferência de Lucros”), da OCDE, que tinha o fim de 2020 como prazo final para chegar a uma solução consensual para a redistribuição do direito de tributação dos lucros globais das multinacionais (ARAUJO e AFONSO, 2020)⁸.

Apesar de muitos considerarem que a atual pandemia inviabilizaria qualquer solução em 2020, no Plano de Ação do G20 para o combate ao Coronavírus, mantém-se o compromisso de enfrentar os desafios tributários decorrentes da digitalização da economia (G20, 2020).

A verdade é que, caso não se chegue a um consenso global, muito provavelmente se multiplicarão as iniciativas de criação de impostos sobre o faturamento das grandes empresas de tecnologia, os chamados *Digital Service Taxes* (DST), como já feito por diversos países europeus, dentre os quais se destacam a França, a Itália e o Reino Unido (ASEN, 2020), tributos considerados muito gravosos pelas *Big Techs*, por atingirem suas receitas e não seus resultados.

Atualmente, o trabalho se concentra em dois pilares. O primeiro pilar discute como redistribuir a competência para tributar os lucros das multinacionais entre os países onde elas atuam, e como evitar a não tributação de rendimentos por brechas nas legislações nacionais. O segundo pilar foca em garantir que os lucros das empresas internacionais estejam sujeitos a um nível mínimo de tributação.

A OCDE entende que, no contexto de crise, a pressão por uma solução efetiva nesses dois eixos se intensificará, pois o foco em empresas com altos níveis de rentabilidade, no primeiro pilar, deve facilitar o aumento da receita sem afetar negativamente a recuperação de negócios que sofreram muito com a crise. Já a

⁸ Em revisão do texto para publicação em dezembro de 2020, observamos que não se obteve sucesso na construção da citada solução consensual, tendo o prazo para o acordo sido transferido para meados de 2021 (BUNN, 2020).

tributação mínima das multinacionais, no segundo pilar, ganhará relevo em função das dificuldades fiscais dos países, e pela necessidade de igualar a tributação efetiva das empresas nacionais e das multinacionais (OECD, 2020c, p. 42-43).

Na mesma linha, Christians e Magalhães (2020) propõem um Imposto Global sobre os Lucros Excedentes (*Global Excess Profits Tax* – GEP), criado com base em estruturas fiscais já existentes, uma espécie de terceiro pilar que une as propostas do Projeto BEPS acima listadas.

Os autores apontam que hoje é possível calcular os lucros globais das multinacionais com base nas Declarações País-a-País, em que são prestadas informações sobre as atividades das empresas multinacionais no mundo, inclusive sobre a alocação global de renda e os impostos pagos, e que são obrigatórias desde 2016⁹. Utilizando-se dessas informações, calcula-se que, entre 2016 e 2019, as multinacionais americanas tiveram um retorno de 22% sobre seus ativos (8% considerados rotineiros e 14% não rotineiros).

Nesse contexto, aproveitando-se da ideia de alocação de lucros globais do primeiro pilar, os autores propõem que lucros acima dessa média de 22% de retorno dos ativos sejam tributados pelo Imposto Global sobre os Lucros Excedentes. Afirma-se que solução semelhante foi utilizada após a Primeira Guerra Mundial, quando, em 1918, os Estados Unidos instituíram um imposto sobre o excesso de lucros no período do conflito, que correspondia aos retornos sobre ativos tangíveis superiores a 8%, taxados a uma alíquota que chegava a 80%. Para decidir quais países podem cobrar o tributo, seria usada a ideia de tributação mínima do segundo pilar, atribuindo a competência às nações que não tenham recebido esse patamar de resultado.

Ainda na linha de tributar os lucros das grandes empresas, Avi-Yonah (2020) defendeu que, nos próximos cinco anos, a melhor solução é a instituição de um Imposto sobre Lucros Excedentes (*Excess Profit Taxes* - EPT), como feito nos Estados Unidos após as duas grandes guerras. Grosso modo, o autor propõe que se tribute o que exceder a média dos lucros comerciais apurados entre 2016 e 2019 a uma alíquota de 95%, com incidência máxima de 80% do lucro apurado, em conjunto com algumas regras antielisivas¹⁰. O autor admite que esse tipo de tributação é mais

⁹ No Brasil, a Declaração País-a-País é regulada pela Instrução Normativa RFB nº 1.681, de 28 de dezembro de 2016 (BRASIL, 2016).

¹⁰ O autor admite que se deduzam 8% dos gastos com pesquisa e desenvolvimento e os salários dos empregados contratados em 2020.

eficiente para os países que sediam as grandes multinacionais. Para os demais, uma melhor solução seria a instituição de *Digital Service Taxes* (DST).

Para um prazo entre cinco e dez anos, o prestigiado professor da Universidade de Michigan entende que o imposto de renda das empresas precisa se tornar mais progressivo, o imposto de renda das pessoas físicas deve ter alíquotas marginais de até 50% e taxar da mesma forma os rendimentos do trabalho e do capital, e todos os países precisam instituir um imposto sobre o carbono. Após dez anos, possivelmente novas formas de tributação devem surgir, como impostos sobre inteligência artificial, sobre *bits* e sobre transações financeiras, entre outros, e países como os Estados Unidos, que não possuem um IVA, devem adotar um.

3.4 OUTRAS MEDIDAS DE INTERESSE

Alguns autores têm defendido que a recuperação econômica da crise deve se dar com a priorização de medidas que enfrentem a mudança climática, outro risco global relevante. É o caso de Levy, Brandon e Studart (2020), que elencaram sete áreas que merecem especial cuidado na construção de uma economia mais eficiente, igualitária, resiliente e de baixo carbono.

De especial interesse para este artigo, são as sugestões de reforma das políticas de subsídios e impostos sobre a energia. Diante da queda dos preços dos combustíveis fósseis, e dos indicativos de que eles permanecerão baixos por um tempo, os autores defendem que os subsídios a eles concedidos sejam cortados e que sejam introduzidos tributos sobre o carbono, o que, além de financiar a recuperação econômica atual, ajudará na transição para uma economia mais limpa após a crise.

Finalmente, cabe uma nota sobre as propostas de tributação das receitas distribuídas durante a pandemia, mencionadas no texto da OCDE (OECD, 2020c, p. 28).

Diante da dificuldade de direcionar os benefícios financeiros emergenciais somente para pessoas mais necessitadas, alguns autores criaram modelos em que a distribuição seria feita para todas as pessoas em um primeiro momento, mas oferecidas à tributação no ano seguinte (MANKIW, 2020; MARRON, 2020 e RITZ, 2020).

Dessa forma, aqueles que receberam os recursos sem necessitar, por terem outras rendas, pagariam o imposto devido no ano seguinte, configurando o benefício como um empréstimo a juros zero. Aqueles efetivamente pobres, ou que tiveram suas rendas reduzidas por conta da crise econômica, nada pagariam, ou teriam o imposto reduzido de acordo com suas perdas.

3.5 DISCUSSÕES NO BRASIL

No Brasil, diversas entidades aproveitaram a pandemia para reforçar sua pauta relativa à iniquidade do Sistema Tributário Nacional, por elas considerado muito concentrador e regressivo.

Ainda no fim de março de 2020, a Federação Nacional do Fisco Estadual e Distrital (Fenafisco), os Auditores Fiscais pela Democracia (AFD), a Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil (ANFIP) e o Instituto Justiça Fiscal (IJF) assinaram carta aberta (FENAFISCO et al., 2020), em que defendem uma série de medidas para compensar as perdas de receitas tributárias dos entes federados, socorrer financeiramente o Sistema Único de Saúde (SUS) e garantir renda para os trabalhadores e para as camadas mais pobres. Além de ideias para melhorar a eficácia arrecadatória e outras de natureza não tributária, foram apresentadas oito sugestões para o aumento da progressividade do sistema tributário, com potencial arrecadatório estimado em R\$ 272 bilhões:

1. Instituição da Contribuição Social sobre Altas Rendas das Pessoas Físicas (CSPF), com alíquota de 20% sobre rendimentos de qualquer natureza que ultrapassem R\$ 80 mil reais por mês;
2. Criação de alíquota adicional extraordinária de 30%, com vigência temporária, da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) para as instituições financeiras;
3. Aumento de alíquota da CSLL para as empresas do setor extrativo mineral e de outros setores que apresentem alta lucratividade e baixo nível de empregos;
4. Revogação da isenção do Imposto de Renda das Pessoas Físicas (IRPF) sobre lucros e dividendos distribuídos, ou remetidos ao exterior, e modificação da tabela progressiva, com a introdução de novas alíquotas marginais de até 40%;

5. Fim do tratamento privilegiado dos juros sobre o capital próprio (JCP);
6. Tributação mínima de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) e de CSLL de empresas predominantemente exportadoras;
7. Aumento da alíquota máxima do Imposto Sobre Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCMD) para 30%;
8. Instituição do Imposto Sobre Grandes Fortunas (IGF), com alíquotas progressivas de 1%, 2% e 3% sobre o patrimônio conhecido que exceder R\$ 20 milhões, R\$ 50 milhões e R\$ 100 milhões, respectivamente.

Em abril de 2020, diversas entidades representantes do fisco federal, estadual, distrital e municipal apresentaram um documento em que propõem dez medidas tributárias emergenciais para mitigar a crise econômica decorrente da pandemia causada pelo novo Coronavírus, que poderiam arrecadar de R\$ 234 a 267 bilhões em 12 meses (SINDIFISCO NACIONAL et al., 2020). São elas:

1. Isenção de tributos, até o mês de abril de 2021, para micro e pequenas empresas optantes do Simples Nacional, com faturamento anual de até R\$ 1,2 milhão, nos meses em que o seu faturamento apresentar decréscimo de ao menos 20% em relação a igual período do ano anterior, tendo como contrapartida a manutenção dos empregos;
2. Redução ou eliminação da arrecadação compulsória para o Sistema S, incidente sobre a folha de salários, passando os pagamentos a serem feitos livremente, mediante convênios com as empresas;
3. Utilização da taxa de câmbio de 31/12/2019 para o cálculo dos tributos incidentes sobre a importação;
4. Instituição do IGF, de forma permanente, em conjunto com um empréstimo compulsório sobre a mesma base em 2020, com alíquotas progressivas de até 3% sobre o patrimônio líquido superior a R\$ 20 milhões;
5. Criação de contribuição social temporária incidente sobre todas as receitas financeiras de todos e quaisquer fundos, inclusive do Tesouro Direto, com alíquota de 20%, isentando-se as pessoas físicas com rendimentos de até 5 vezes o limite de isenção anual do IRPF;
6. Acréscimo temporário da CSLL (15 pontos percentuais) e da Cofins (4 pontos percentuais) das instituições financeiras;

7. Tributação do ganho cambial extraordinário auferido pelo setor de exportação, com alíquota de 10% incidente sobre os contratos de câmbio de exportação fechados acima da cotação de R\$ 4,45 por dólar, independentemente da data de liquidação;
8. Empréstimo compulsório de 15% sobre o lucro líquido auferido em 2019, e distribuído em 2020, de empresas com faturamento anual superior a R\$ 78 milhões, não incidente sobre os valores recebidos até o limite anual de isenção do IRPF;
9. Empréstimo compulsório de 25% sobre os lucros e dividendos remetidos ao exterior em 2020, majorado para 50% caso o destinatário esteja localizado em paraíso fiscal;
10. Aumento da alíquota máxima do ITCMD para 30%.

Nas hipóteses de empréstimo compulsório, a devolução se daria a partir de 2024, em quatro parcelas anuais corrigidas pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), sem juros.

Na área acadêmica, Kerstenetzky e Waltenberg (2020) discutiram a possibilidade, em virtude da crise econômica provocada pela pandemia do Coronavírus, de adoção no Brasil das propostas no campo tributário do economista francês Thomas Piketty, trazidas em seu mais recente livro “Capital e Ideologia”¹¹, de tributação das altas rendas, heranças e fortunas.

Quanto à ideia de eliminação dos impostos indiretos, os autores a consideraram impraticável em nosso país, que concentra metade de sua carga tributária nessa modalidade de tributação. Nessa seara, recomendam, ao menos, a revisão do peso desses tributos em favor da tributação direta.

Consideram, contudo, que a crise sanitária pode ser uma oportunidade a não ser desperdiçada em favor de uma agenda fiscal que implemente, dentro do possível, as demais propostas do economista francês, como (i) a adoção de alíquotas elevadas do imposto de renda, com tratamento equivalente ao imposto corporativo para evitar estratégias de pejetização, conjugada com um imposto de saída para desestimular a fuga de riqueza financeira; (ii) imposto sobre a herança progressivo, com uma larga faixa de isenção, acompanhado de medidas pedagógicas para eliminar a

¹¹ Uma excelente síntese das ideias desse livro foi feita pela Professora Ana Frazão em coluna do site JOTA (FRAZÃO, 2020).

impopularidade desse tipo de tributação; e (iii) imposto progressivo sobre a riqueza líquida, inclusive a financeira.

Os autores reconhecem a dificuldade de aceitação dessas ideias em nosso país, onde predominam teorias econômicas que, em sua opinião, justificam o *status quo* de desigualdades exacerbadas, como seria o caso da teoria da tributação ótima, na microeconomia, e da teoria da globalização, na macroeconomia. Argumentam que a primeira embasou as reformas conservadoras das décadas de 1970 e 1980 na Inglaterra e nos Estados Unidos, resultando na redução de alíquotas incidentes sobre a renda e o capital, e que, apesar de revisitada até mesmo por alguns de seus autores, continuaria muito influente na academia brasileira, com raras exceções. A segunda desencorajaria a tributação progressiva em função da competição tributária internacional e de uma necessária desoneração dos capitais.

Essa pauta de reforço da tributação progressiva tem encontrado resistência em diversos autores que afirmam que a criação de novos tributos implicará o aumento da carga tributária e prejudicará o crescimento econômico. Afirmam que a melhor opção é aproveitar a crise para efetuar ajustes pontuais nos tributos existentes, eliminando gargalos como o acúmulo de créditos, e restabelecer a confiança entre o Fisco e os contribuintes¹². Até o momento, o Governo federal não indicou como pretende conduzir a política tributária no pós-pandemia, mas, em função da linha econômica liberal até então adotada, é razoável acreditar que se alinhará a esse grupo renitente a reformas mais profundas em nosso sistema tributário.

CONCLUSÃO

Diante da impossibilidade de apresentar uma conclusão sobre o tema, opinaremos sobre a adequação e a viabilidade das medidas elencadas nas seções anteriores.

Para o curto prazo, entendemos que será necessário que os benefícios concedidos sejam ampliados. Ressaltamos, contudo, que não é possível analisar as medidas tributárias de forma desconectada das demais ações. O Governo tem priorizado a transferência direta de renda para as pessoas físicas, de forma

¹² Dentre muitos, destacamos dois tributaristas de renome: Heleno Taveira Torres (ITAÚ, 2020) e Everardo Maciel (MACIEL, 2020).

direcionada para os mais necessitados, e a concessão de empréstimos que garantam o fluxo de caixa das empresas. As ações tributárias têm que ser vistas de forma complementar a essas medidas.

Nesse contexto, possivelmente o simples adiamento do prazo de pagamento dos tributos não será suficiente, demandando-se uma nova edição dos já tradicionais programas de refinanciamento. Apesar de discordarmos da generalização desses programas, por desincentivarem a conformidade fiscal, parece-nos que a gravidade da crise inviabilizará que o caixa das empresas, em um cenário de recuperação vacilante da economia, dê conta de pagar as obrigações futuras em conjunto com o estoque de dívida passada.

Entendemos, contudo, que cada benefício tributário a ser criado deve ser analisado em profundidade para que seja concedido apenas a setores da economia que realmente precisem de ajuda, e não àqueles que possuem bons canais de acesso junto ao poder. Deve-se, inclusive, aproveitar a oportunidade para revisar os incentivos existentes, eliminando aqueles que já não fazem mais sentido.

Quanto a medidas tributárias progressivas, como a adoção de impostos sobre a fortuna e de uma tributação mais abrangente das heranças, apesar de sermos a elas favoráveis, desde que implementadas de forma racional, pensamos que dificilmente a crise econômica será tão grave a ponto de alterar a correlação de forças das elites sobre os centros de poder.

Entretanto, diante da constatação da desigualdade econômica, cada vez mais patente em estudos com repercussão no país, e do provável aumento das disparidades em função da crise, algumas medidas tributárias relativas à justiça fiscal têm grandes chances de serem aprovadas. Nesse sentido, entendemos viável a reinstituição da tributação dos dividendos, com a revogação do tratamento privilegiado dos juros sobre o capital próprio, mas em conjunto com uma redução das alíquotas da tributação total da renda das pessoas jurídicas (IRPJ e CSLL), em consonância com a reforma tributária dos Estados Unidos. Do mesmo modo, é muito provável que os Estados que ainda não adotaram a alíquota máxima de 8% do ITCMD o façam. Um aumento da tributação sobre os rendimentos do capital, além de desejável, é também esperado, em especial o fim da tributação favorável dos fundos de investimento

fechados e, talvez, o fim da isenção de investimentos em Letras de Crédito do Agronegócio (LCA) e Letras de Crédito Imobiliário (LCI)¹³.

Quanto à reforma tributária, entendemos que ajudaria a superação da crise a aprovação das propostas em discussão na Câmara dos Deputados (PEC 45/2019) e no Senado (PEC 110/2019), com a unificação dos tributos incidentes sobre o consumo em um único imposto sobre o valor agregado de abrangência nacional (denominado Imposto sobre Bens e Serviços - IBS). Contudo, devido à característica regressiva da tributação sobre o consumo, o ideal é que a reforma fosse ampliada no sentido de aumentar a incidência sobre a renda e a propriedade, o que permitiria a redução da alíquota do IBS, hoje estimada em 25%.

Tememos, contudo, que as forças que hoje se opõem ferozmente a esse tipo de mudança se fortaleçam, justamente pela regressividade do IBS, e consigam barrar o movimento reformista. Nesse cenário, crescerá a pressão por alterações legislativas pontuais de unificação e simplificação da contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins, de diminuição das alíquotas interestaduais e da substituição tributária do ICMS, e de eliminação das alíquotas diferenciadas de ISS, responsável pela guerra fiscal entre os municípios.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, José Evande Carvalho; AFONSO, José Roberto. A Tributação dos Lucros das Gigantes de Tecnologia: Possibilidades para o Brasil. **Tributação 4.0**. Coordenadores: José Roberto Afonso e Hadassah Laís Santana. 1ed. São Paulo: Almedina, 2020. P. 411-427.

ASEN, Elke. What European OECD Countries Are Doing about Digital Services Taxes. **Tax Foundation**. Disponível em: <https://taxfoundation.org/digital-tax-europe-2020/>. Publicado em: 16 mar. 2020. Acesso em: 23 maio 2020.

AVI-YONAH, Reuve S. **Taxation for a New 'New Deal': Short-, Medium-, and Long-Term Options**. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3603397>. Publicado em: 17 maio 2020. Acesso em: 23 maio 2020.

BALDWIN, Richard; DI MAURO, Beatrice Weder. Introduction. **Mitigating the COVID**

¹³ Diversas dessas medidas foram defendidas pelo Professor Heleno Taveira Torres em Webinar do Itaú Private Bank, em 30/4/2020, o que nos leva acreditar na sua viabilidade e aceitação pela elite econômica pátria (ITAÚ, 2020).

Economic Crisis: Act Fast and Do Whatever It Takes. Editado: Richard Baldwin and Beatrice Weder di Mauro. p. 1 – 25. Londres: CEPR Press, 2020.

BARREIX, Alberto; GARCIMARTIN, Carlos; VERDI, Marcio. **Medidas tributarias en la post crisis del COVID-19.** Disponível em: https://www.ciat.org/medidas-tributarias-en-la-post-crisis-del-covid-19/?utm_source=CIATBlog&utm_medium=Facebook&utm_campaign=medidas-tributarias-en-la-post-crisis-del-covid-19&utm_content=Abril2020&fbclid=IwAR2KX7R-XVOUysnmf8RdHbK8ZFnWWYhCT5MAeG4oOa5zOYVt8dK9deA9EzQ. Acesso em: 23 maio 2020.

BRASIL. Instrução Normativa RFB nº 1.681, de 28 de dezembro de 2016. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 29 dez. 2016. Seção 1, p. 652.

BRASIL. Resolução ME/CAMEX/Comitê-Executivo de Gestão nº 17, de 17 de março de 2020. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Edição 53, Poder Executivo, Brasília, DF, 18 mar. 2020. Seção 1, p. 19.

BRASIL. Decreto nº 10.285, de 20 de março de 2020. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Edição 55-G (Extra), Poder Executivo, Brasília, DF, 20 mar. 2020. Seção 1, p. 4.

BRASIL. Portaria RFB nº 543, de 20 de março de 2020. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Edição 56-A (Extra), Poder Executivo, Brasília, DF, 23 mar. 2020. Seção 1, p. 1.

BRASIL. Portaria Conjunta RFB/PGFN nº 555, de 23 de março de 2020. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Edição 57, Poder Executivo, Brasília, DF, 24 mar. 2020. Seção 1, p. 33.

BRASIL. Medida Provisória nº 932, de 31 de março de 2020. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Edição Extra, Poder Executivo, Brasília, DF, 31 mar. 2020. Seção 1, p. 1.

BRASIL. Instrução Normativa RFB nº 1.930, de 1º de abril de 2020. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Edição 63-D (Extra), Poder Executivo, Brasília, DF, 1 abr. 2020. Seção 1, p. 4.

BRASIL. Decreto nº 10.305, de 1º de abril de 2020. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Edição 64, Poder Executivo, Brasília, DF, 2 abr. 2020. Seção 1, p. 1.

BRASIL. Instrução Normativa RFB nº 1.932, de 3 de abril de 2020. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Edição 65-A (Extra), Poder Executivo, Brasília, DF, 3 abr. 2020. Seção 1, p. 1.

BRASIL. Portaria ME nº 139, de 3 de abril de 2020. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Edição 65-A (Extra), Poder Executivo, Brasília, DF, 3 abr. 2020. Seção 1, p. 1.

BRASIL. Resolução CGSN nº 154, de 3 de abril de 2020. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 3 abr. 2020. Seção 1B, p. 8.

BRASIL. Medida Provisória nº 952, de 15 de abril de 2020. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 15 abr. 2020. Seção 1, p. 1.

BRASIL. Medida Provisória nº 958, de 24 de abril de 2020. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Edição 79, Poder Executivo, Brasília, DF, 27 abr. 2020. Seção 1, p. 2.

BRASIL. Portaria ME nº 201, de 11 de maio de 2020. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Edição 89, Poder Executivo, Brasília, DF, 12 maio 2020. Seção 1, p. 23.

BRASIL. Decreto nº 10.352, de 19 de maio de 2020. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Edição 94-A (Extra), Poder Executivo, Brasília, DF, 19 mai 2020. Seção 1, p. 3.

BUNN, Daniel. Pillars, Blueprints, an Impact Assessment, and Construction Delays. **Tax Foundation**. Disponível em: <https://taxfoundation.org/oecd-beps-pillars-blueprints-impact-assessment-construction-delays/>. Publicado em: 13 out. 2020. Acesso em: 31 dez. 2020.

CATÃO, Marcos André Vinhas. Uma Reforma Tributária silenciosa. Coluna ABDF. **JOTA**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abdf/uma-reforma-tributaria-silenciosa-11052020>. Publicado em: 11 maio 2020. Acesso em: 29 dez. 2020.

CHRISTIANS, Allison; MAGALHÃES, Tarcisio Diniz. **It's Time for Pillar 3: A Global Excess Profits Tax for COVID-19 and Beyond**. Disponível em: <https://www.taxnotes.com/featured-analysis/its-time-pillar-3-global-excess-profits-tax-covid-19-and-beyond/2020/05/01/2cg34>. Publicado em: 1º maio 2020. Acesso em: 23 maio 2020.

CORREIA NETO, Celso et al. **Tributação em Tempos de Pandemia**. Estudo Técnico. Consultoria Legislativa. Brasília: Câmara dos Deputados, 2020. Disponível em: https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/40012/tributa%C3%A7%C3%A3o_pandemia_CorreiaNeto.pdf?sequence=4&isAllowed=y. Publicado em: jun. 2020. Acesso em: 29 dez. 2020.

FENAFISCO et. al. **Tributar os Ricos para Enfrentar a Crise (Fundo Nacional de Emergência de R\$ 100 bilhões para estados e municípios)**. Disponível em:

<http://www.fenafisco.org.br/images/bandeiras/Carta.entidades.final.pdf? t=1585080521>. Acesso em: 23 maio 2020.

FRAZÃO, Ana. Novas perspectivas para a regulação jurídica dos mercados – Parte VIII:

O que temos a aprender com o livro *Capital and Ideology*, de Thomas Piketty. **JOTA**. Publicado em: 22 abr. 2020. Acesso em: 23 maio 2020.

G20. Communiqué: Virtual meeting of the G20 finance ministers and central bank governors. Riad, Arábia Saudita. Disponível em:

<http://www.g20.utoronto.ca/2020/2020-g20-finance-0415.html>. Publicado em: 15 abr. 2020. Acesso em: 23 maio 2020.

IMF. The IMF's Response to COVID-19: Questions and Answers. Disponível em: <https://www.imf.org/en/About/FAQ/imf-response-to-covid-19#Q1>. Acesso em: 23 maio 2020.

IMF. Policy Responses to COVID-19. Disponível em:

<https://www.imf.org/en/Topics/imf-and-covid19/Policy-Responses-to-COVID-19>. Acesso em: 23 maio 2020.

IMF. FISCAL MONITOR: Policies to Support People During the COVID-19 Pandemic. Disponível em:

<https://www.imf.org/en/Publications/FM/Issues/2020/04/06/fiscal-monitor-april-2020>. Publicado em: abril 2020. Acesso em: 23 maio 2020.

ITAÚ. Itaú Private Bank – Visão de Líderes com Prof. Dr. Heleno Torres.

Youtube. Disponível em:

<https://www.youtube.com/watch?v=XhtZPIjFH9E&feature=youtu.be>. Publicado em: 30 abr. 2020. Acesso em: 23 maio 2020.

INSTITUTO FISCAL INDEPENDENTE. Relatório de Acompanhamento Fiscal. N. 40. Brasília: Senado Federal, 2020. Disponível em:

http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/571954/RAF40_MAIO2020.pdf. Publicado em: 18 mai. 2020. Acesso em: 23 maio 2020.

INSTITUTO FISCAL INDEPENDENTE. Relatório de Acompanhamento Fiscal. N. 47. Brasília: Senado Federal, 2020. Disponível em:

https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/580954/RAF47_DEZ2020.pdf. Publicado em: 14 dez. 2020. Acesso em: 31 dez. 2020.

KERSTENETZKY, Celia; WALTENBERG, Fabio. *Piketty 2.0, impostos progressivos e reforma tributária no Brasil pós-coronavírus. Texto para Discussão 151 – 2020.*

Centro de Estudos sobre Desigualdade & Desenvolvimento. Disponível em: https://www.ie.ufrj.br/images/IE/grupos/cede/TD_CEDE_151.pdf. Acesso em: 23 maio 2020.

LANDAIS, Camille; SAEZ; Emmanuel; ZUCMAN, Gabriel. **A progressive European wealth tax to fund the European COVID response.** Disponível em:

<https://voxeu.org/article/progressive-european-wealth-tax-fund-european-covid-response>. Publicado em: 3 abr. 2020. Acesso em: 23 maio 2020.

LEVY, Joaquim; BRANDON, Carter; STUDART, Rogerio. Designing the COVID-19 Recovery for a Safer and More Resilient World. **World Resource Institute**. Disponível em: <https://www.wri.org/news/designing-covid-19-recovery-safer-and-more-resilient-world>. Publicado em: maio 2020. Acesso em: 23 maio 2020

MACIEL, Everardo. Fora de foco. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 6 ago. 2020. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral fora-de-foco,70003389123>. Acesso em: 30 dez. 2020.

MANKIW, Greg. **A Proposal for Social Insurance During the Pandemic**. Disponível em: <http://gregmankiw.blogspot.com/2020/03/a-proposal-for-social-insurance-during.html>. Publicado em: 23 mar. 2020. Acesso em: 23 maio 2020.

MARRON, Donald. **If We Give Everybody Cash To Boost The Coronavirus**. Disponível em: <https://www.taxpolicycenter.org/taxvox/if-we-give-everybody-cash-boost-coronavirus-economy-lets-tax-it>. Publicado em: 18 mar. 2020. Acesso em: 23 maio 2020.

OECD. **Key policy responses from the OECD**. Disponível em: <https://www.oecd.org/coronavirus/en/#policy-responses>. Acesso em: 23 maio 2020.

OECD. **Emergency tax policy responses to the Covid-19 pandemic**. Disponível em: https://read.oecd-ilibrary.org/view/?ref=119_119695-dj2g5d5oun&Title=Emergency%20tax%20policy%20responses%20to%20the%20Covid-19%20pandemic. Publicado em: 20 mar. 2020. Acesso em: 23 maio 2020.

OECD. **Tax and fiscal policy in response to the Coronavirus crisis: Strengthening confidence and resilience**. Disponível em: <https://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/tax-and-fiscal-policy-in-response-to-the-coronavirus-crisis-strengthening-confidence-and-resilience/>. Acesso em: 23 maio 2020.

OECD. **Tax policy responses to COVID-19**. Arquivo Excel. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/covid-19-tax-policy-and-other-measures.xlsm>. Acesso em: 8 maio 2020.

RICOTTA, André Félix. **Designing the COVID-19 Recovery for a Safer and More Resilient World**. World Resource Institute. Disponível em: <https://diariodocomercio.com.br/opiniaao/a-anemia-das-medidas-tributarias/>. Publicado em: 16 maio 2020. Acesso em: 23 maio 2020.

RITZ, Ben. **How To Maximize The Benefit Of Universal Stimulus Checks**. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/benritz/2020/03/17/how-to-maximize-the-benefit-of-universal-stimulus-checks/#5632392b6fc2>. Publicado em: 17 mar. 2020. Acesso em: 23 maio 2020.

SANTOS, Saulo Gonçalves; FERREIRA FILHO, Ricardo Facundo. **Tributação, covid-19 e a trava de 30% do IRPJ e da CSLL**. Site Migalhas. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/327417/tributacao-covid-19-e-a-trava-de-30-do-irpj-e-da-csll>. Publicado em: 21 maio 2020. Acesso em: 29 dez. 2020.

SINDIFISCO NACIONAL et al. **10 medidas tributárias emergenciais para o enfrentamento da crise provocada pela Covid-19**. Disponível em: <http://www.10medidastributarias.org.br/>. Acesso em: 23 maio 2020.

MEDIDA PROVISÓRIA Nº 948 DE 8 DE ABRIL DE 2020 E OS IMPACTOS SOBRE OS DIREITOS SOCIAIS E ECONÔMICOS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO¹.

Hildélis S. Duarte Junior²

Marcelo Artur M. Chada³

SUMÁRIO: Introdução; 1. Análise da Medida Provisória a partir de Premissas Constitucionais; 2. Impactos nos Direitos Sociais e Econômicos dos Consumidores; 3 Análise Crítica dos Elementos Normativos da Medida Provisória 948 de 08 de Abril de 2020; Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente trabalho tratou do tema da Medida Provisória nº 948, de 8 de abril de 2020, com foco nos impactos que sua edição causou nos direitos sociais e nas relações de consumo. O objetivo central do trabalho foi responder as perguntas: “quais consequências a Medida Provisória em questão trouxe para os direitos dos consumidores? Como harmonizar e equilibrar as relações de consumo em meio a uma pandemia que provocou uma grave crise econômica mundial?”. Adotou-se como metodologia de pesquisa o método de abordagem indutivo e o método de procedimento de análise de jurisprudência e análise bibliográfica. Os objetivos específicos do trabalho foram: compreender a Medida Provisória a partir de premissas constitucionais; analisar o impacto do referido ato normativo nos direitos sociais e econômicos dos consumidores e realizar a análise crítica da medida editada.

PALAVRAS-CHAVE: Medida Provisória nº 948; Direito do Consumidor. Impactos da pandemia nas relações de consumo. Proibição de retrocesso.

THE PROVISIONAL MEASURE Nº 948 OF APRIL 8th, 2020 AND ITS IMPACTS ON SOCIAL AND ECONOMIC RIGHTS IN THE CONSUMPTION RELATIONS

ABSTRACT: This article aims to analyse the recent Provisional Measure No. 948 of April 8th, 2020, issued by the Federal Government and its consequences in terms of social rights and consumer relations. The context in which the aforementioned provisional measure is inserted is the pandemic caused by the covid-19 that culminated in the decree of public calamity by Legislative Decree No. 06 of March 20th, 2020. The Provisional measure is a normative type formally provided for in the Federal Constitution of 1988 and it must be submitted due to the characteristic of the normative force of the constitutions defended by the neopositivist doctrine. Considering that the right of consumers is a fundamental right that is included in Article 5 of the Federal Constitution of 1988, Provisional Measure No. 948 of April 8th, 2020 and its social and economic consequences will be analysed from an analysis not only legal-positive, but above all axiological and of the potential for the realization of fundamental rights of consumers and other actors in a consumer relationship.

KEYWORDS: Provisional Measure No. 948. Fundamental consumer rights. Consumer relationship.

¹ Artigo acadêmico para avaliação referente à disciplina Desafios Contemporâneos da Ordem Constitucional

² Advogado, professor e deputado estadual no Maranhão. Aluno do Doutorado em Direito Constitucional pelo IDP – Instituto Brasiliense de Direito Público, mestre em Políticas Públicas pela UFMA – Universidade Federal do Maranhão, pós-graduado em Gestão Pública pela UEMA – Universidade Estadual do Maranhão.

³ Oficial de registros públicos. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Pará (2011), Pós graduado em Direito Constitucional, Administrativo, Ambiental, Tributário e Processual civil, Mestre em Direito – métodos alternativos de solução de conflitos pela Escola Paulista de Direito, Mestrando em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa, Doutorando em Direito Constitucional pelo IDP – Instituto Brasiliense de Direito Público.

INTRODUÇÃO

Este artigo científico tem por objetivo trazer à lume a discussão acadêmica acerca dos elementos normativos da recente Medida Provisória 948 de 8 de Abril de 2020, que trata precipuamente do cancelamento de serviços, de reservas e de eventos dos setores de turismo e cultura em razão do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do novo coronavírus (covid-19), bem como da sua repercussão sobre os direitos sociais e econômicos da sociedade brasileira.

Esclareça-se de forma prévia e prudente que não temos, com este estudo, a pretensão de esgotar o assunto com dados empíricos ou ideias prontas com viés político-partidário. O que se almeja é a persecução de premissas fáticas, normativas e teóricas do Direito que nos permita alcançar, neste primeiro momento, alguns dos possíveis impactos nos campos sociais e econômicos dos direitos dos consumidores brasileiros.

O mundo enfrenta atualmente uma pandemia do COVID-19, ou seja, uma epidemia em nível global, doença causada pelo novo Coronavírus. Apesar da doença ter se originado na China, todos os dias milhares de novos casos e mortes em decorrência do vírus são registrados em quase todos os países.

Em 25 de fevereiro de 2020 tivemos o primeiro caso de COVID-19 confirmado no Estado de São Paulo, no Brasil. Desde então, quase 210 mil brasileiros foram a óbito em decorrência da COVID-19⁴ e mais de 8 milhões foram infectados. No mundo, o total de infectados já é superior a 95 milhões e o total de óbitos extrapola os 2 milhões de pessoas. Como o contágio se dá por meio do contato próximo, toque, espirro, tosse, a recomendação médica imediata foi a adoção do distanciamento social, o que ocasionou um grande impacto e mudanças drásticas na sociedade, como as restrições de deslocamento implementadas em diversos países.

Não há dúvidas de que tudo que está acontecendo no mundo gera impactos econômicos severos em todos os setores, do trabalhador informal à multinacional. Por

⁴ Dados atualizados até 17 de janeiro de 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2021/01/17/casos-e-mortes-por-coronavirus-no-brasil-em-17-de-janeiro-segundo-consorcio-de-veiculos-de-imprensa.ghtml>.

isso, averbe-se *prima facie* sobre a necessidade de agirmos com sensibilidade para resolver e não catalisar cada vez mais problemas, de modo que a potencialização destes problemas, que aparentemente caracterizam-se como conjunturais, pode acarretar na integração à realidade da sociedade por um longo período pós-pandemia, transmudando-se em dificuldades sociais e econômicas de matriz estrutural.

Não há dúvida de que estamos passando por um período totalmente inédito para todos. Ousa-se afirmar que nem em nossos piores pesadelos imaginaríamos viver tempos como os atuais. Tempos que mais se assemelham aos filmes hollywoodianos, como “Contágio”, “Eu sou Lenda” e outros; séries da Netflix e até mesmo algumas cenas do épico filme “Vingadores: Ultimato”, em que cidades por todo o mundo ficaram totalmente vazias, sem brilho, cores e o calor dos abraços.

Por óbvio, o presente estado de calamidade exige de cada um de nós, principalmente das nossas autoridades, sensibilidade, responsabilidade e um adequado senso de urgência. E mais que isso, precisamos apresentar soluções não apenas sanitárias, mas também jurídicas para minimizar os impactos sociais e também econômicos gerados pela tão falada e sentida pandemia.

Neste momento, como reflexo, nota-se os mais variados problemas também nas relações de consumo, que também nos exigem respostas equilibradas àqueles que clamam por soluções. São incontáveis casos que precisam ser harmonizados, tais como creches com atividades totalmente inviabilizadas, faculdades com ineficientes ambientes virtuais de aprendizagem, que prejudicam o direito à educação superior de seus alunos, os quais muitas das vezes sequer conseguem acessar o conteúdo e continuam pagando sem receber um adequado serviço educacional.

No que concerne aos bancos acadêmicos das faculdades, inobstante há muito tempo se falar sobre as vantagens do ensino a distância, infelizmente raras são as instituições que se planejaram e hoje estão preparadas para disponibilizar esse método com qualidade.

Apesar de ser um assunto caracterizado como um campo fértil para os mais diversos debates jurídicos na seara da efetivação de direitos fundamentais, neste artigo científico seccionaremos epistemologicamente o estudo para dar enfoque à Medida Provisória nº 948 de 8 de abril de 2020, e os seus prováveis reflexos nos direitos dos consumidores.

O primeiro capítulo está centrado na análise da Medida Provisória nº 948/2020 sob o viés constitucional e sua conformidade ou não com os preceitos da Constituição

Federal. O segundo capítulo traz à baila os impactos causados nos direitos sociais e econômicos dos consumidores brasileiros. Por fim, o terceiro capítulo faz uma análise crítica e mais aprofundada sobre a supramencionada medida, como as consequências práticas e jurídicas de sua implementação.

O objetivo central do trabalho foi responder as perguntas: “quais consequências a Medida Provisória em questão trouxe para os direitos dos consumidores? Como harmonizar e equilibrar as relações de consumo em meio a uma pandemia que provocou uma grave crise econômica mundial?”.

Adotou-se como metodologia de pesquisa o método de abordagem indutivo e o método de procedimento de análise de jurisprudência e análise bibliográfica. Os objetivos específicos do trabalho foram: compreender a Medida Provisória a partir de premissas constitucionais; analisar o impacto do referido ato normativo nos direitos sociais e econômicos dos consumidores e realizar a análise crítica da medida editada.

1. ANÁLISE DA MEDIDA PROVISÓRIA A PARTIR DE PREMISSAS CONSTITUCIONAIS

A Medida Provisória nº 948, de 08 de abril de 2020 e, posteriormente, convertida na Lei nº 14.046, de 24 de agosto de 2020, trata do cancelamento de eventos culturais e do setor de turismo causado pela pandemia de Covid-19. Ela é considerada desejável e coerente para restabelecer um reequilíbrio do mercado e dos contratos, mas traz algumas controvérsias, que serão mais bem analisadas e dirimidas ao longo do presente artigo.

Partindo das premissas da Teoria Pura do Direito (KELSEN, 1994, p. 08), hoje cada vez mais revisitada no meio acadêmico diante das práticas pretensamente “ativistas judiciais”, podemos ter como um prudente e vestibular consenso inicial para a inteligência dos impactos sociais e econômicos da Medida Provisória nº 948 de 8 de abril de 2020, que Direito não é apenas uma norma, mas sim um conjunto, um sistema de normas que regulam o comportamento humano.

Com isto quer-se dizer, em palavras mais diretas e significativas do ponto de vista pragmático, que a manifestação do Direito enquanto conjunto de normas ocorre não apenas do seccionamento dos seus diversos ramos (Direito Constitucional, Direito Civil, Direito Penal etc.), mas também das implicações fragmentárias que cada norma pode representar dentro de determinada sociedade politicamente organizada, a

exemplo dos direitos sociais e econômicos, que fazem parte do corte epistemológico deste artigo científico.

Ainda conforme a Teoria Pura do Direito (KELSEN, 1994, p. 33), existe uma norma fundamental onde todas as demais encontram fundamentação teórica e normativa. No sentido lógico-jurídico, a norma hipotética fundamental; e no sentido jurídico-positivo, o próprio texto constitucional. Elucidativas as palavras de Kelsen (1994, p. 33):

Ainda nos valendo (...) o fundamento de validade de uma ordem normativa é (...) uma norma fundamental da qual se retira a validade de todas as normas pertencentes a essa ordem. Uma norma singular é uma norma jurídica enquanto pertence a uma determinada ordem jurídica, e pertence a uma determinada ordem jurídica quando a sua validade se funda na norma fundamental dessa ordem.

Fica claro, a partir desta breve exposição teórica, que a Medida Provisória 948, por ser uma espécie normativa prevista de forma expressa na Constituição Federal de 1988, deve-lhe guardar obediência e pertinência formal e material (normativa). Dentre os variados elementos constitucionais que podem incidir como parâmetro de observância obrigatória, os mais relevantes e que guardam maiores pontos de intersecção com o objeto deste estudo são justamente os diversos direitos fundamentais previstos no ordenamento jurídico brasileiro.

Sem a pretensão de aprofundar o tema, que renderia um estudo à parte, julgamos salutar conceituar e convencionar o que seria um direito fundamental. Estabelecer conceitos de determinado instituto jurídico nunca é uma tarefa fácil e que conta com um resultado conclusivo, embora seja nitidamente cooperativo e abrangente ao permitir-se o afluxo de ideias empenhadas no objetivo comum de conceituação.

Sem desmerecer as demais conceituações, a clássica definição da doutrina brasileira em José Afonso da Silva (2013, p. 180) nos traz algo bastante completo e elucidativo:

Direitos fundamentais do homem constituem a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios, que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do homem, não como o macho da espécie, mas

no sentido de pessoa humana. Direitos fundamentais do homem significa direitos fundamentais da pessoa humana ou direitos fundamentais.

É recorrente conceituar os direitos fundamentais como os tencionados à proteção institucionalizada dos direitos da pessoa humana em face do arbítrio estatal, bem como de normas para a tutela de oportunização de condições humanas e mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana (*Les dimensions internationales des droit de l'homme*. Unesco, 1978, p. 11).

Ocorre que esta delimitação conceitual tradicional de direitos fundamentais já não é suficiente para a proteção dos direitos humanos. Considerando o fenômeno da globalização, com um maior afluxo de aportes financeiros elevados, com a formação de grandes conglomerados econômicos, o avanço tecnológico e a dominação política de algumas instituições privadas nacionais e internacionais (famigerados “lobbies”), hodiernamente não se mostra adequado vincular os direitos fundamentais a uma proteção contra a atuação estatal abusiva ou pouco concretizante de direitos sociais dos cidadãos (direitos fundamentais de segunda geração).

Observa-se uma lógica global e capitalista em que os países em que optam ou não conseguem adaptar-se à lógica de funcionamento das economias de mercado/sistema financeiro internacional acabam por ser alijados do processo globalizado de desenvolvimento, ocorrendo a chamada “fuga de capital estrangeiro”, algo muito comum nas sociedades onde a estabilidade política não é um traço marcante (SARMENTO, 2004, p. 47-48)⁵.

Como forma de compatibilizar esta realidade econômica na qual a força do capital é muitas vezes a pedra de toque de todo um sistema, advém a referência à teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Esta teoria tem por anseio ontológico vincular que a obediência à força normativa da Constituição não deve espalhar-se tão somente na obediência à força normativa da Constituição que se vincula à legislação infraconstitucional *lato sensu*, mas também, e de forma muito mais material do ponto de vista social, toda pessoa jurídica, de direito público ou privado, nacional ou estrangeiro, que se encontre em território brasileiro ou submetido às

⁵ Aqui abre-se um parêntese para evidenciar que o que se está querendo externar não é algo muito distante da realidade brasileira. É fato notório que, longe de qualquer viés político-partidário ou ideológico, a instabilidade política entre os poderes da república, Governo Federal e governos estaduais agrava de forma cabal a crise causada pela pandemia do coronavírus (covid-19). Com a devida vênia, não julgamos pecar neste ponto pela impertinência acadêmica ao não trazer dados científicos que comprovem o que se acabou de afirmar, na medida em que se trata de uma impressão coletiva e geral de quase todo o seio acadêmico-jurídico, afora o fato de que esmiuçar este elemento acabaria por desviar o foco central do estudo.

regras da Constituição Federal brasileira de 1988, deve adequar-se aos seus parâmetros, com evidência aos direitos e garantias fundamentais como expressão maior dos direitos universais do homem e do cidadão.

Esclareça-se que tal conclusão é fruto de uma construção doutrinária e jurisprudencial, não estando expressa no texto da Constituição Federal de 1988, não sendo plausível, a partir dos fundamentos da república da dignidade da pessoa humana e da cidadania, bem como dos objetivos da república de construir uma sociedade livre, justa e solidária, que a eficácia dos direitos fundamentais ficasse restrita às relações verticais e hierarquizadas entre o Estado e os cidadãos, nos moldes do constitucionalismo clássico.

Algumas teorias surgiram para tentar explicar a viabilidade da teoria da eficácia dos direitos fundamentais na esfera privada, sendo a mais plausível a que prega a sua aplicabilidade direta e imediata, à semelhança do que ocorre entre Estado e indivíduo, na medida em que julgamos ser a que não cria obstáculos à efetivação máxima dos direitos fundamentais, fim maior da investigação acerca de sua aplicabilidade.

O grande entusiasta e defensor desta teoria foi Hans Carl Nipperdey, magistrado da Alemanha Ocidental que pregava haver alguns direitos fundamentais que, diversamente daqueles oponíveis tão somente em face do Estado, “outros, pela sua natureza, podem ser invocados diretamente nas relações privadas, independentemente de qualquer mediação por parte do legislador, revestindo-se de oponibilidade *erga omnes*” (SARMENTO, 2004, p. 245).

De acordo com Ehrhardt Júnior (2018, p. 326-356), para esta teoria:

[...] é desnecessária uma ação intermediária para que sejam tais direitos fundamentais aplicáveis às relações interprivadas. Haveria uma desnecessidade de mediação legislativa ou de artimanhas interpretativas para a incidência dos direitos fundamentais. Obviamente, a verificação da aplicabilidade deve ser individualizada, dependendo das características de cada norma de direito fundamental. Não significa dizer que todos os direitos fundamentais serão aplicáveis em todas as relações. A aplicabilidade representa um nexo de pertinência entre a norma e o caso. Há, claro, direitos que são destinados exclusivamente às relações entre indivíduos e Estado. Nesta teoria, há um forte risco à sobrevivência da autonomia privada, além do comprometimento da clareza e da segurança essenciais às relações privadas, acostumadas que são com regras claras, detalhadas e bem definidas.

Coadunando com a conveniência da aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas, Luís Roberto Barroso (2005, p. 28) leciona que, diante da grande

desigualdade social e da ineficácia das instituições políticas, tal teoria adequa-se à realidade jurídica brasileira de maneira bastante eficaz:

Na ponderação a ser empreendida, como na ponderação em geral, deverão ser levados em conta os elementos do caso concreto. Para esta específica ponderação entre autonomia da vontade versus outro direito fundamental em questão, merecem relevo os seguintes fatores: a) a igualdade ou desigualdade material entre as partes (e.g., se uma multinacional renuncia contratualmente a um direito, tal situação é diversa daquela em que um trabalhador humilde faça o mesmo); b) a manifesta injustiça ou falta de razoabilidade do critério (e.g., escola que não admite filhos de pais divorciados); c) preferência para valores existenciais sobre os patrimoniais; d) risco para a dignidade da pessoa humana (c.g., ninguém pode se sujeitar a sanções corporais).

Pode-se sintetizar que algumas das principais ideias defendidas pela doutrina brasileira para sustentar a aplicação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais são, exemplificativamente: inexistência de limitação expressa ou implícita à incidência das normas de direitos fundamentais apenas na relação existente entre Estado e cidadãos; o fato do artigo 5º, parágrafo primeiro, da Constituição Federal de 1988, determinar a busca pela efetividade maior das normas que se qualificam como direitos fundamentais; necessidade primária de cumprir ao máximo possível os fundamentos da república brasileira encartados em seu artigo 1º, com evidência, como não poderia deixar de ser, da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil (NAKAHIRA, 2007). Destacamos ainda nossa visão, em acréscimo às lições doutrinárias colhidas em pesquisa, que o enfoque no já bastante debatido, mas nunca inesgotável, fundamento da República Federativa do Brasil na dignidade da pessoa humana acaba por ofuscar um outro grande papel (dever) do Estado brasileiro: garantir uma sociedade livre, justa e solidária, estampado no artigo 3º, inciso I. Pensamos ser a aplicação da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais um viés bastante concretizante e eficaz, do ponto de vista das relações sociais, para a aproximação deste ideal de sociedade (livre, justa e solidária), na medida em que despeja sobre todas as relações civis conceitos eudemonistas, de realizações de direitos inatos ao homem, sem precisar da interferência estatal necessária e prévia.

Em que pese o comportamento proativo da doutrina nacional a respeito da aplicação da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais às relações

privadas, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao menos inicialmente, mostrava-se tímida, sem ater-se a maiores digressões e considerações sobre o tema⁶.

No entanto, dentro da ordem de ideias que tomava conta do meio acadêmico e doutrinário, no ano de 2006, a partir do Recurso Extraordinário nº 201819, pode-se falar que o Supremo Tribunal Federal expressamente, e devidamente respaldado em densa fundamentação teórica, tomou partido pela adoção da Teoria da Eficácia Horizontal Direta e Imediata dos direitos fundamentais às relações privadas, estando o posicionamento atualmente consolidado:

EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. [...] IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO – grifos e omissões nossos.

Pois bem. Partindo-se do parâmetro doutrinário-constitucional exposto, surgem dois questionamentos: a) a respeito da força normativa da Constituição, em seu sentido da conformação legislativa que a Medida Provisória 948 com os direitos e garantias fundamentais; b) de que forma a Medida Provisória conflita com a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

⁶ Julgados que exemplificam: Rext. n. 158215-4/RS, Rext. 161.243-6/DF, Rext. nº 251.445/GO.

O primeiro questionamento faz parte do próximo tópico deste estudo, e por questão didática, remetemos o leitor para o mesmo. No que concerne ao segundo questionamento, teceremos agora nosso ponto de vista.

Repisando que este estudo não tem qualquer viés incisivo do ponto de vista político, sendo um artigo essencialmente acadêmico e teórico, pensamos, com a devida vênia, que a Medida Provisória 948 acaba por dificultar a fluidez/eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Ao intervir tão incisivamente nas relações de consumo, acabou por ferir de morte direitos fundamentais, o direito à liberdade (artigo 5º, caput da Constituição Federal de 1988) e à proteção/defesa do consumidor (artigo 5º, XXXII da Constituição Federal de 1988).

Observe-se que a Medida Provisória 948, em seu artigo 2º, determina que na hipótese de cancelamentos das atividades enumeradas não serão obrigados a reembolsar os consumidores desde que cumpram algumas das condições previstas nos seus incisos⁷. A nosso sentir, a norma cria uma barreira de concretização dos direitos fundamentais já mencionados (direito à liberdade e proteção/defesa do consumidor) entre os cidadãos, alargando ainda mais o fosso econômico natural e inerente às relações de consumo entre fornecedores e consumidores, privilegiando demasiadamente o empreendedor em detrimento dos demandantes dos serviços (consumidores).

Não se tem notícias da existência na jurisprudência de controle judicial da constitucionalidade de atos normativos estatais por desconformidade com a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Trata-se de um tema novo, senão inédito, do qual se está diante. No entanto, pensamos que o Estado brasileiro, com contumaz infelicidade, violou os princípios constitucionais implícitos inerentes à nossa República Democrática, da razoabilidade e da proporcionalidade, sendo passível por tal prisma de controle de constitucionalidade, afora a questão da discutível caracterização de ser a medida provisória um ato normativo de efeitos concretos, caracterização esta que demandaria uma infinidade de desdobramentos e de oportunidade de controle na esfera jurisdicional.

⁷ Art. 2º Na hipótese de cancelamento de serviços, de reservas e de eventos, incluídos shows e espetáculos, o prestador de serviços ou a sociedade empresária não serão obrigados a reembolsar os valores pagos pelo consumidor, desde que assegurem:

I - a remarcação dos serviços, das reservas e dos eventos cancelados;

II - a disponibilização de crédito para uso ou abatimento na compra de outros serviços, reservas e eventos, disponíveis nas respectivas empresas; ou

III - outro acordo a ser formalizado com o consumidor.

É óbvio, e está latente e pujante no discurso até aqui traçado, que a força gravitacional do controle de constitucionalidade a partir da desconformidade da Medida Provisória com os direitos fundamentais é o caminho natural e inevitável de qualquer estudioso que se debruce sobre o tema. No entanto, neste tópico, buscou-se trazer uma nova abordagem a partir da eficácia horizontal dos direitos fundamentais e de que forma a Medida Provisória impactou negativamente nesta eficácia, mormente, como se sugeriu, a partir dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade.

2. IMPACTOS NOS DIREITOS SOCIAIS E ECONÔMICOS DOS CONSUMIDORES

No primeiro capítulo, verificou-se o descompasso entre a Medida Provisória nº 948/2020 e a Constituição Federal. Agora, passa-se à análise da referida MP e o Código de Defesa do Consumidor, a principal norma infraconstitucional que norteia as relações de consumo.

É preciso ressaltar que, em meio a uma pandemia sem precedentes na história recente da humanidade, medidas que busquem minimizar os graves prejuízos causados em razão das crises sanitária e econômica são salutares e louváveis, ainda mais quando, segundo cálculos feitos pela United Nations World Tourism Organization (UNWTO), em julho de 2020, esperava-se que os fluxos internacionais de turistas tivessem uma queda de 22% no ano de 2020, com decréscimo de receita de 20% a 30% no setor⁸. No Brasil, de acordo com estudos realizados pela Fundação Getúlio Vargas, a perda estimada para o setor de turismo no biênio 2020-2021 é de 21%.

Todavia, tais mecanismos de redução de prejuízo precisam estar em harmonia com os demais atos normativos do ordenamento jurídico e ficará demonstrado que não estão.

A Constituição Federal expressa, por pelo menos sete vezes, os direitos dos consumidores. Em um deles, no art. 48, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, foi determinado que “o Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor”. Foi em quase dois anos, mas o Código de Defesa do Consumidor nasceu. A lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, o CDC, completa 30 anos este ano e foi fruto da luta de

⁸ Dados disponíveis em: <https://jornal.usp.br/artigos/impactos-da-pandemia-no-setor-de-turismo>.

movimentos sociais e políticos, trazendo uma série de ferramentas para a proteção do consumidor.

Nesse sentido, afirma a professora Cláudia Lima Marques (2009, p. 27) que “a Constituição Federal de 1988 é a origem da codificação tutelar dos direitos dos consumidores no Brasil [...], garantia institucional da existência e efetividade do direito do consumidor”.

O Código de Defesa do Consumidor traz em seu bojo o princípio da vulnerabilidade do consumidor, cuja presunção ainda se mantém absoluta. O Código veio para consolidar esse importante princípio no ordenamento jurídico brasileiro, disciplinando expressamente o que na Constituição Federal de 1988 encontrava-se implícito:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I – **reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo**; (Grifo nosso)

Conforme a doutrina de Rizzatto Nunes (2009, p. 129-130):

a vulnerabilidade é carga valorativa de direito material que usufrui de presunção absoluta, da mesma maneira, sua legalização representa a harmonia de dois outros princípios fundamentais para ordem jurídica, que são a razoabilidade e a proporcionalidade.

Assim, o princípio da vulnerabilidade do consumidor é o ponto de partida de todo o microssistema de proteção do consumidor, tamanha sua importância. Segundo Antônio Herman V. e Benjamin, no prefácio do livro de Moraes (1999, p. 10):

O princípio da vulnerabilidade representa a peça fundamental no mosaico jurídico que denominamos Direito do Consumidor. É lícito até dizer que a vulnerabilidade é o ponto de partida de toda a Teoria Geral dessa nova disciplina jurídica (...) A compreensão do princípio, assim, é pressuposto para o correto conhecimento do Direito do consumidor e para a aplicação da lei, de qualquer lei, que se ponha a salvaguardar o consumidor.

Dessa forma, a adoção de medidas de proteção de setores como turismo e entretenimento não pode ocorrer em detrimento da garantia dos direitos historicamente conquistados pelos consumidores e de princípios basilares do seu sistema.

Além disso, faz-se necessário trazer à baila outro importante princípio em que se firma o Código de Proteção do Consumidor, o princípio da harmonia das relações de consumo, referido no inciso III do artigo 4º, que preleciona:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

[...]

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

Analisando-se este princípio, percebe-se que ele visa resguardar os consumidores também em momentos como esse, pois seria desarrazoado acreditar que em frente a uma grave crise econômica mundial o consumidor merecesse ou precisasse de menos proteção. São em períodos assim que temos que garantir que a relação consumerista se mantenha em equilíbrio e que a balança não penda para nenhum dos lados.

A pandemia de Covid-19 que acomete o mundo, e de forma profunda o Brasil⁹, prejudica importantes setores da economia, como aqueles que a Medida Provisória aqui estudada visa proteger, mas também ataca de forma severa os consumidores. Segundo pesquisa realizada pela Confederação Nacional das Indústrias¹⁰, 40% da população brasileira teve perda parcial ou total da sua renda. Outro importante ponto revela que 77% dos entrevistados têm medo de perder o emprego e já demonstra redução no seu poder de consumo. O que se infere é que o consumidor continua e continuará sendo o polo vulnerável da relação e criar mecanismos que protejam em demasia os fornecedores só ampliará o abismo existente entre esses dois polos.

Nesse ponto, cumpre trazer ao debate o fato de o legislador constituinte originário ter colocado no mesmo patamar, como princípio da ordem econômica, a livre concorrência e a defesa do consumidor¹¹. Assim, verifica-se que embora a

⁹ De acordo com dados atualizados do dia 22 de maio pelo portal G1, o Brasil já confirmou 332.382 casos do novo coronavírus (Sars-CoV-2), com 21.116 mortes (<https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/05/22/casos-de-coronavirus-e-numerode-mortes-no-brasil-em-22-de-maio.ghtml>).

¹⁰ <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-05/perda-total-ou-em-parte-da-rendamensal-ja-atingiu-40-dos-brasileiros>

¹¹ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

Constituição tenha consagrado um modelo capitalista, baseado na livre iniciativa e na propriedade privada, ela buscou resguardar a proteção e defesa do consumidor, garantindo efetividade a direitos fundamentais.

Assim, a edição da Medida Provisória nº 948/2020 merece críticas, não pelo seu fundamento que – repise-se – é compreensível, mas por seu conteúdo. As condições dos consumidores, com a sua implementação, acabam sendo agravadas, atingindo em cheio outro princípio, o da vedação ao retrocesso social, que se apresenta como mecanismo de proteção jurídica.

O princípio da vedação ao retrocesso não se encontra expresso na Constituição brasileira, sendo fruto da construção doutrinária e tendo como um de seus expoentes J. J. Gomes Canotilho. Esse importante doutrinador (CANOTILHO, 2006, p. 336) defende que é inconstitucional qualquer medida que proporcione supressão ou retirada de direitos sociais já garantidos pela Constituição Federal sem qualquer contrapartida compensatória. Assim, essa “redução” de direitos só seria possível se fossem “criados mecanismos jurídicos capazes de mitigar os prejuízos decorrentes da sua supressão”.

Importante esclarecer que esse princípio não defende a imutabilidade das normas garantidoras de direitos, mas visa conferir segurança jurídica aos cidadãos e a garantia de que qualquer ato que venha a suprimir direitos passe por uma apurada análise que possibilite a compensação de tais perdas.

Esse princípio assegura que o Estado deve sempre atuar de forma a ampliar progressivamente o campo de eficácia dos direitos fundamentais já estabelecidos, proibindo-se o retrocesso dos mesmos (FERNANDES, 2014, p. 588):

A ideia por trás do princípio da proibição de retrocesso é fazer que o Estado sempre atue no sentido de melhorar progressivamente as condições de vida da população. Qualquer medida estatal que tenha por finalidade suprimir garantias essenciais já implementadas para a plena realização da dignidade humana deve ser vista com desconfiança e somente por ser aceita se outros mecanismos mais eficazes para alcançar o mesmo desiderato forem adotados. Esse mandamento está implícito na Constituição brasileira e decorre, dentre outros, do art. 3º da Constituição de 1988, que inclui a redução das desigualdades sociais e a construção de uma sociedade mais justa e solidária entre objetivos da República Federativa do Brasil, sendo inconstitucional qualquer comportamento estatal que vá em direção contrária a esses objetivos²⁴ (MARMELESTEIN, 2008, p. 267-268)

Mesmo não se tratando de um princípio expresso na Constituição, a vedação ao retrocesso vem ganhando espaço também nos tribunais superiores. O Supremo

Tribunal Federal se posicionou da seguinte forma quando da análise de retrocessos em direitos já conquistados pela sociedade:

[...] A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. – O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. – A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculos a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, **se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar – mediante supressão total ou parcial – os direitos sociais já concretizados.** - (ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP00125) – (Grifo nosso)

No âmbito do direito do consumidor, o Supremo Tribunal Federal também já utilizou a vedação ao retrocesso para fundamentar uma decisão, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 351750. A questão abordava um conflito entre o Código Brasileiro de Aeronáutica e a Convenção de Varsóvia, acolhida pelo ordenamento jurídico pátrio. Todavia, por já estar em vigência o Código de Defesa do Consumidor na época, bem como ser mais vantajoso ao consumidor no caso em questão, o Supremo Tribunal Federal aplicou este último, afirmando que outra medida poderia causar retrocesso nos direitos sociais:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DANOS MORAIS DECORRENTES DE ATRASO OCORRIDO EM VOO INTERNACIONAL. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO. 1. O princípio da defesa do consumidor se aplica a todo o capítulo constitucional da atividade econômica. **2. Afastam-se as normas especiais do Código Brasileiro da Aeronáutica e da Convenção de Varsóvia quando implicarem retrocesso social ou vilipêndio aos direitos assegurados pelo Código de Defesa do Consumidor.** 3. Não cabe discutir, na instância extraordinária, sobre a correta aplicação do Código de Defesa do Consumidor ou sobre a incidência, no caso concreto, de específicas normas de consumo veiculadas em legislação especial sobre o transporte aéreo internacional. Ofensa indireta à Constituição de República. 4. Recurso não conhecido. (RE 351750, Relator(a): Min. MARCO AURELIO, Primeira Turma, julgado em 17/03/2009, DJe-181 DIVULG 24-09-2009, PUBLIC 25-09-2009) – (Grifo nosso)

Assim, mesmo na atual conjuntura, em que se cria polarização em todas as discussões, como “respeito à vida x defesa da economia”, aqui também se observa uma discussão entre defesa da economia e respeito aos consumidores. Todavia, essa não é a melhor forma de resolução da situação, pois o consumidor vem sendo

igualmente (ou mais intensamente) impactado pela crise causada pela pandemia e com a edição da mencionada MP, ele é duplamente afetado.

Ora, são em momentos de grave crise que se faz necessário garantir a lisura das relações. Em especial, as de consumo, tendo em vista que o consumidor é e será um dos principais atores na retomada da economia, pois só há mercado porque há consumidor e somente este possibilitará a rápida saída desse tão complexo e traumático período.

3. ANÁLISE CRÍTICA DOS ELEMENTOS NORMATIVOS DA MEDIDA PROVISÓRIA 948 DE 08 DE ABRIL DE 2020

Preliminarmente, já se consigna a opinião pessoal dos autores deste estudo, que será mais bem materializada no capítulo referente às conclusões: a Medida Provisória em estudo contém incongruências jurídicas palpáveis. O que mais nos chama atenção é alguma atecnia e afronta a institutos essenciais do direito privado, bem como sua questionável inconstitucionalidade.

Com graves erros técnicos, ao invés de minimizar os danos e apresentar efetivas e reais soluções, acaba por maximizar os problemas para a sociedade.

O texto em sua integralidade não é bom, mas o seu artigo 5º representa total afronta ao estado democrático de direito. Vejamos:

Art. 5º As relações de consumo regidas por esta Medida Provisória caracterizam hipóteses de caso fortuito ou força maior e não ensejam danos morais, aplicação de multa ou outras penalidades, nos termos do disposto no art. 56 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

O referido equívoco poderia ter sido sanado quando da conversão da medida provisória em lei, ocorrida em agosto de 2020, bem como na sanção presidencial, com o veto ao referido artigo, mas nenhuma medida foi adotada para corrigir este grave erro¹².

¹² Apenas um dispositivo foi vetado pelo presidente:

§ 3º do art. 2º

“§ 3º O fornecedor fica desobrigado de qualquer forma de ressarcimento se o consumidor não fizer a solicitação no prazo estipulado no § 1º ou não estiver enquadrado em uma das hipóteses previstas no § 2º deste artigo.”

Razões do veto

“A propositura legislativa, ao eximir o fornecedor de qualquer forma de ressarcimento pelo adiamento ou cancelamento de serviços, reservas e eventos dos setores de turismo, em razão da solicitação não ter sido feita no prazo estipulado, pode ensejar violação aos objetivos e princípios da Política Nacional das Relações de Consumo, notadamente no que tange à vulnerabilidade do consumidor, previsto no inciso I, do art. 4º, da Lei nº 8.078, de 1990 (Código de Defesa do Consumidor).

Nas relações de consumo, a escolha da responsabilidade civil objetiva é regra. Segundo nos ensina o ilustre professor José Geraldo Brito Filomeno (2015, p. 192-193), esta escolha, dentre outros fatores, se deu por levar em consideração a vulnerabilidade do consumidor, a produção em massa e pelo fato do fornecedor ter que responder pelos riscos que seus produtos acarretam.

Sabemos que as relações de consumo estão marcadas por desigualdades, pois de um lado temos o fornecedor de produtos e serviços, e do outro lado, temos o consumidor com sua vulnerabilidade. Deste modo, a responsabilidade subjetiva, pautada na exigência da comprovação de dolo e culpa, se torna totalmente incompatível.

Desta forma, aplica-se às relações de consumo a teoria do risco da atividade desenvolvida. Afinal, aquele que tem o ônus com o exercício de determinada atividade, precisa assumir também o ônus de eventuais riscos.

Sobre a teoria do risco da atividade, entende Karl Larenz (p. 665) que:

uma imputação mais intensa desde o ponto de vista social a respeito de uma determinada esfera de riscos, de uma distribuição de riscos de danos inerentes a uma determinada atividade segundo os padrões ou medidas, não da imputabilidade e da culpa, senão da assunção de risco àquele que cria ou domina, ainda que somente em geral.

É claro que não se pode afirmar que há culpa por parte dos fornecedores dos serviços de hospedaria, da mesma forma os produtores de eventos pelo cancelamento motivado em razão da Covid-19. Todavia, não se pode falar no elemento culpa, pois, como já destacamos, o Código de Defesa do Consumidor adotou a teoria do risco da atividade. Por esse motivo, a lei de proteção ao consumidor não inclui como causas excludentes de responsabilidade o caso fortuito e a força maior.

Para o melhor entendimento, é importante explicar de forma pormenorizada as diferenças entre o caso fortuito interno, externo e o motivo por força maior.

Em linhas gerais, a força maior e o fortuito interno são hipóteses não evitáveis, mas possíveis de se prever pelo fornecedor para o exercício da atividade. Por esta razão, não excluem a responsabilidade perante o consumidor. Para ilustrar, podemos apresentar a hipótese de um piloto de avião que apresenta problemas de saúde

Além disso, o dispositivo está em desconhecimento com o princípio da vedação do enriquecimento sem causa, disposto nos artigos 884, 885 e 886, da Lei nº 10.406, de 2002 (Código Civil), haja vista possibilitar em descumprimento negocial entre as partes.”

durante um voo e acaba ocasionando um acidente. Mesmo que se trate de um caso fortuito e inevitável, como se trata de um risco inerente à própria atividade, não impede o dever de indenizar.

Ainda, utilizando o contrato de transporte aéreo como exemplo de fortuito interno, imaginemos que por questões climáticas o voo seja cancelado. A empresa de aviação não pode se negar a indenizar os consumidores que sofreram danos, pois tal possibilidade é peculiaridade que integra a prestação deste serviço.

Hipótese distinta ocorre quando o evento é totalmente imprevisível. São os casos de tsunamis, terremotos, erupção de vulcões e, claro, pandemias como a que estamos vivendo. Esses são exemplos de fortuitos externos, ou seja, eventos que não têm como fazer parte do raio de previsão do empreendedor. Todavia, com base no princípio constitucional da boa-fé (art. 422 do Código Civil Brasileiro), cabe ao fornecedor garantir o mínimo de assistência necessária aos consumidores, como alimentação, hospedagem (Resolução nº 400/2010 da ANAC).

Neste último caso, dizemos que as empresas não podem responder por eventuais atrasos ou cancelamentos. Da mesma forma, não podem os consumidores sofrerem qualquer tipo de punição e devem ser desobrigados quanto aos pagamentos de taxas extras, multas, bem como, fazem jus ao recebimento dos valores pagos, caso não possam ou não queiram mais viajar em data futura.

Deste modo, conclui-se que, quando se tratar de fortuito externo não se pode responsabilizar nenhuma das partes da relação, nem o fornecedor, muito menos o consumidor.

Por este motivo, entendemos estar gravemente viciada a Medida Provisória nº 948/2020.

Avançando na análise, observamos no art. 2º da Medida Provisória em comento, a previsão de que o consumidor não terá os valores pagos reembolsados nos contratos de prestação de serviços, de reservas e de eventos, com shows e espetáculos, quando for assegurada a remarcação dos serviços, das reservas e dos eventos cancelados, a disponibilização de crédito para uso ou abatimento na compra de outros serviços, reservas e eventos, disponíveis nas respectivas empresas ou outro acordo a ser formalizado com o consumidor.

O texto ainda prevê prazo de 12 (doze) meses, a contar após o término da pandemia, para que o crédito seja utilizado pelo consumidor sem o pagamento de taxas e multas – seria inaceitável pensar o contrário.

Como se não fosse o bastante, o § 3º do art. 2º destaca que a sazonalidade dos valores originalmente contratados precisa ser respeitada. Ou seja, se o consumidor pagou por um evento o importe de R\$ 200 (duzentos reais), poderá utilizar esse crédito em até 12 meses após o fim da pandemia, mas não será descartada a possibilidade de utilizar o crédito e ainda ter que complementar para usufruir do mesmo serviço em data futura. De fato, um verdadeiro show de horrores. Inacreditável!

Técnica e juridicamente, sobre os casos narrados defendemos a possibilidade de composição entre consumidores e fornecedores. Agora, mais do que nunca, o diálogo é essencial. Preliminarmente, avaliando a possibilidade de manutenção dos contratos para execução em data futura. Assim, não prejudicamos ou inviabilizamos ainda mais setores tão severamente agredidos e descapitalizados pelo atual momento. Setores que geram empregos e precisam de incentivos para não aumentarem o índice de desemprego em nosso país, principalmente neste momento. Frisamos, a indústria do entretenimento é a 3ª (terceira) que mais gera emprego e renda no mundo. Logo, não podemos ignorar essa importante cadeia produtiva.

Apesar disso, não havendo tal possibilidade, não é razoável, ainda mais e nem mesmo durante este momento, excluir do consumidor o seu direito garantido à restituição do valor pago com a não execução do contrato por causa alheia à sua vontade. Ou seja, em razão a um fortuito externo, não devendo responsabilizar nenhuma das partes da relação.

Finalmente, não há menor dúvida que estamos passando por um período difícil para todos. As dificuldades e as necessidades não são prerrogativas para os consumidores, nem mesmo para os fornecedores. Empresas estão fechando em todo o mundo, a cada novo dia, e os consumidores também estão passando por dificuldades extremas, pois, como sublinhamos anteriormente, muitos já perderam seus empregos e rendimentos.

Conforme também já fora destacado, estamos diante de um fortuito externo. Ninguém poderia imaginar ou muito menos prever que passaríamos por situação semelhante. Por isso, não podemos sancionar, nem mesmo responsabilizar um setor, independente de qual seja. Um direito não pode ser retirado de forma impositiva como faz a Medida Provisória.

Cabe ressaltar que a campanha criada pelo setor de aviação, que se destina à Medida Provisória 948, intitulada “Não cancele, adie”, foi feita para incentivar a

manutenção dos eventos e viagens comprados antes da pandemia. No entanto, em se tratando de um estado democrático de direito, a vontade do consumidor não pode ser tolhida, principalmente por força de lei.

À vista disso, reforçamos nosso ponto de vista a respeito da necessidade dos nossos representantes, em todas as esferas, atuarem de forma sensível, equilibrada e com senso de urgência. Precisamos agir mais como conciliadores e menos como incendiadores de novos litígios e querelas. Inclusive, essa reflexão cabe a todos nós, cidadãos, juristas, políticos ou não, pois o momento exige mais união e menos dessa polarização inútil que só nos gasta tempo e energia. Talvez essa seja a principal lição e mensagem que todos esses acontecimentos queiram e precisam nos passar.

CONCLUSÃO

A Medida Provisória nº 948/2020 foi editada sob a justificativa de conferir maior segurança jurídica aos setores de turismo e entretenimento, haja vista que, em razão da pandemia, entendia-se que o Código de Defesa do Consumidor sozinho poderia – por mais contraditório que pareça – não garantir o equilíbrio e a harmonia das relações de consumo nesse atípico momento em que estamos vivendo. Assim, com o receio de uma judicialização em massa, a referida MP surgiu para possibilitar uma pacificação nos casos de cancelamento de eventos, viagens, hospedagens, dentre outros.

Todavia, como vem sendo defendido ao longo do presente artigo, a supramencionada medida provisória padece de graves equívocos que impossibilitariam sua permanência no ordenamento jurídico pátrio.

A medida provisória, como qualquer outro ato normativo, deve guardar pertinência formal e material com a Constituição Federal, o que não se demonstra nesse caso. Como um dos fundamentos, apresenta-se a tese que já vem sendo defendida na doutrina e na jurisprudência sobre a garantia da eficácia dos direitos fundamentais também nas relações privadas. Assim, esse fundamento – por mais recente que seja seu debate – já seria suficiente para declarar a grave inconstitucionalidade da medida.

Além disso, a norma aqui estudada também entra em rota de colisão com direitos sociais já conquistados pelos cidadãos e fere de morte o princípio da

vulnerabilidade do consumidor, indo de encontro ao princípio implícito da vedação ao retrocesso desses direitos.

No ordenamento jurídico, os princípios são como um alicerce, uma base que sustenta todas as vertentes do seu conhecimento, são os pilares da ciência jurídica. Violar um princípio deveria é mais grave que violar um dispositivo legal, pois sua transgressão configura a negação dos fundamentos de onde surgiram todas as regras existentes.

Assim, ao violar e ignorar por completo a vulnerabilidade do consumidor, a Medida Provisória nº 948 compromete todo um sistema de proteção e garantias sociais fundamentais, conquistadas ao longo de décadas. Frutos de muita luta, suor e sangue.

Aqui, por óbvio, não se busca a falência das empresas. Pelo contrário, com a extinção de fornecedores, além de comprometer a geração de emprego, desenvolvimento e renda em todo o país, coloca em xeque o direito de livre escolha dos consumidores, e, por consequência, pode dar causa ao monopólio das relações comerciais de consumo.

Contudo, levando em consideração a retirada de direitos básicos dos consumidores – como a restituição simples dos valores, buscamos a possibilidade de alteração em determinados pontos da medida provisória, sob pena de tornar inviável sua existência por total contradição ao ordenamento jurídico pátrio em vigor. Por exemplo, com a garantia de devolução dos valores aos consumidores, mesmo que em um prazo maior a ser convencionado pelas partes.

Ademais, a favor da harmonia e do equilíbrio das relações entre consumidores e empresários, defendemos ainda o não cabimento de indenização por perdas e danos. Possibilidade totalmente inadequada por se tratar de um fortuito externo que tem gerado prejuízos a todos. Todavia, é necessário destacar que o dano não é uma consequência direta da pandemia, ele nasce em razão de um ato ilícito praticado pelo fornecedor e que pode e deve ser analisado por um juiz em ação própria. Conferir uma espécie de salvo-conduto nesses casos e impedir que o consumidor busque reparação no poder judiciário é mais uma medida desarrazoada trazida pela MP e que fere, mais uma vez, a Constituição Federal de 1988.

Por fim, acreditamos que, em momento tão sensível e complexo da humanidade, mais do que nunca, as diretrizes e os sentimentos que devem nortear toda e qualquer ação e decisão são a solidariedade, a empatia, o bom senso e a busca

concreta de soluções por meio do diálogo. Colocando essa teoria em prática encontraremos soluções em conjunto, possibilitando a manutenção das empresas e garantindo o pleno respeito aos direitos conquistados e assegurados aos consumidores.

Precisamos compreender que na atual quadra histórica não existem culpados. Longe disso, todos são vítimas, todos estão sofrendo e acumulando prejuízos recuperáveis, mas também os não resgatáveis.

Lamentavelmente, algumas pessoas perderam seus rendimentos, outras perderam seus empregos; empresas tiveram que fechar as suas portas, outras decretaram falência; estados e municípios, por exemplo, tiveram perdas consideráveis na arrecadação; mais do que tudo isso, milhares de pessoas já perderam as suas vidas, e, infelizmente preciso frisar que essas vidas não voltarão.

Por tudo isso, reafirmo: não há vencedores. Estamos do mesmo lado e estamos todos perdendo. Precisamos nos colocar mais no lugar do próximo e buscar o diálogo com razoabilidade e bom senso, esta é a única forma de sobreviver e avançar.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. **Perda total ou em parte da renda mensal já atingiu 40% dos brasileiros**. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-05/perda-total-ou-em-parte-da-renda-mensal-ja-atingiu-40-dos-brasileiros>>. Acesso em 19. mai. 2020.

BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. Revista de Direito Administrativo. v. 240. Rio de Janeiro. Abr./Jun. 2005, p. 1-42.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2006

EHRHADT JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque. **Direitos fundamentais e as relações privadas: superando a (pseudo)tensão entre aplicabilidade direta e eficácia indireta para além do patrimônio**. Revista Jurídica. n. 04, nº 53, Curitiba, 2018, p. 326-356.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª. Ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

G1. **Com 518 óbitos por Covid-19 em 24h, Brasil chega a quase 210 mil.** Disponível em: <<https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2021/01/17/casos-e-mortes-por-coronavirus-no-brasil-em-17-de-janeiro-segundo-consorcio-de-veiculos-de-imprensa.ghtml>>. Acesso em: 18. jan. 2021.

JORNAL DA USP. **Impactos da pandemia no setor de turismo.** Disponível em: <<https://jornal.usp.br/artigos/impactos-da-pandemia-no-setor-de-turismo/>>. Acesso em: 17. jan. 2021.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones.** Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, t.II, p. 665. Apud MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais.** São Paulo: Atlas, 2008.

MARQUES, Claudia Lima. **Introdução ao Direito do Consumidor.** In: BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. Marques, Claudia Lima. Bessa, Leonardo Roscoe. Manual de direito do consumidor. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de defesa do consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais.** Porto Alegre: Síntese, 1999.

NAKAHIRA, Ricardo. **Eficácia horizontal dos direitos fundamentais.** Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2007.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **Curso de direito do consumidor.** 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 24

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** ed. 13ª. São Paulo: Malheiros, 2013.

TRIBUTAÇÃO SOBRE GRANDES FORTUNAS COMO SOLUÇÃO PARA A CRISE ECONÔMICA OCASIONADA PELO COVID-19 ¹

Victor Ribeiro Ferreira ²
Arthur Pereira de Jesus ³
Nilo da Rocha Marinho Neto ⁴

SUMÁRIO: Introdução; 1 Breve relato da tendência da tributação sobre a fortuna no mundo; 2 A experiência da França; 3 Histórico das propostas legislativas nacionais anteriores à Pandemia da COVID-19 – Coronavírus; 4 Análise do texto constitucional vigente e o *locus* do imposto sobre grandes fortunas no sistema tributário nacional; 5 Proposições legislativas posteriores à Pandemia do Coronavírus em 2020; Considerações finais; Referências

RESUMO: O presente trabalho busca analisar se o imposto sobre grandes fortunas pode ser uma ferramenta para solução financeira para crise ocasionada pela pandemia de COVID-19. Para tanto, estuda-se como era a tendência mundial dos países em relação à referida tributação antes e depois da pandemia. Após, analisa-se a experiência desta tributação na França, por ser um país que manteve a sua incidência por mais de 3 décadas, havendo um bom número de estudos para verificar a sua interferência na economia. Com isso, estudar-se-á as justificativas das propostas legislativas brasileiras anteriores e posteriores à Covid-19, sob o aspecto da constitucionalidade e efetividade.

PALAVRAS-CHAVE: Tributação. Grandes fortunas. COVID. Efetividade

TAXATION ON GREAT FORTUNES AS A SOLUTION FOR THE ECONOMIC CRISIS OCCASIONED BY COVID-19

ABSTRACT: This paper aims to analyze the wealth taxation could be a solution to the economic crisis caused by Covid-19 pandemic. To this end, will be study how was the world's trend in relation to the referred taxation before and after the pandemic. Afterwards, it will be analyzed this taxation in France, as a country that levied it for more than 3 decades, with a good number of studies to verify its interference in the economy. After that, it will be studied the Brazilian legislative proposals justifications before and after Covid-19, under the aspect of constitutionality and effectiveness.

KEYWORDS: Taxation. Great Fortunes. COVID. Effectiveness.

¹ Artigo acadêmico apresentado à disciplina Controvérsias Jurídicas Contemporâneas, do Mestrado Profissional em Direito em 25.05.2020.

² Victor Ribeiro Ferreira: Advogado, Mestrando em Direito pelo IDP, LLM em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas, especialista em Direito Tributário e Finanças Públicas pelo IDP, E-mail: victor@pmr.adv.br.

³ Arthur Pereira de Jesus: Graduado em Direito, pela Faculdade Cathedral de Ensino Superior, Pós-Graduado em Direito Processual Civil, pela Universidade Estácio/RJ, Mestrando em Mestrado Profissional em Direito, pelo Instituto brasiliense de Direito Público, advogado. E-mail: artgurdjesusadv@gmail.com.

⁴ Nilo da Rocha Marinho Neto: Mestrando em Direito pelo IDP, MBA em Gestão Judiciária pela FGV-RIO, especialista em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera, Analista Judicial do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí. E-mail: nilomarinhoneto@gmail.com.

INTRODUÇÃO

A contradição é inerente ao ser humano, e se espraia por diversas categorias e dimensões do *dasein*. Uma das mais apaixonantes que desperta conflitos há tempos é a falsa oposição entre igualdade e mérito. Tanto, que essa dualidade faz divisão entre, por exemplo, o socialismo e o capitalismo (e respectivas variantes), sistemas cujos fundamentos disputam espaço na sociedade contemporânea, fazendo pontes entre os momentos de crise e os de prosperidade.

O ano de 2020, por exemplo, foi marcado mundialmente pela pandemia do COVID-19 que trouxe aos países a preocupação não somente em adotar medidas sanitárias a fim de evitar a disseminação da doença, mas em relação aos problemas econômicos causados pelas medidas sanitárias.

A principal providência adotada por alguns países foi o *lockdown*, que, segundo a definição da Organização Mundial da Saúde (OMS), trata-se de restrições impostas pelos governos aos cidadãos, impedindo o trânsito de pessoas e determinando o distanciamento social em larga escala, com o fim de diminuir a transmissão da doença, limitando o contato entre as pessoas, e, assim, prevenindo-se eventual superlotação dos hospitais (OMS, 2020 <online>).

A OMS reconhece que, apesar dessa medida ser necessária para preparar o sistema de saúde dos países em situações extremas, há um enorme impacto negativo sobre os cidadãos, comunidades e sociedades, ao também impedir o exercício da atividade econômica; afetando enormemente grupos desfavorecidos, como pessoas em situação de pobreza, migrantes e refugiados (OMS, 2020 <online>).

Segundo análise do Banco Mundial, após décadas de um progresso estável, que reduziu o custo de vida para uma média de menos de U\$ 1,90 por dia, retirando uma enorme quantidade de pessoas da extrema pobreza, o COVID-19 inaugurará o primeiro revés dessa luta contínua. Em pesquisa recente, o Banco Mundial contabilizou que cerca de 88 milhões de pessoas foram deslocadas para a condição de extrema pobreza no ano de 2020, podendo este número chegar até 115 milhões E, pelo citado estudo, um dos elementos responsáveis por esse cenário econômico-social são as restrições governamentais impostas pelos países aos seus cidadãos (BLAKE *et al.*, 2020 <online>).

Nessa labuta insistente de superação das desigualdades e dos malefícios ocasionados pelas crises socioeconômicas, não passa despercebido que o balanço

entre (i) igualdade material e função social de um lado e a (ii) livre iniciativa e a proteção da propriedade privada (e dos meios de produção) de outro foi elevado no texto da Constituição de 1988, na qual convivem normas de cunho social e normas de apetite capitalista.

De fato, essa tensão sofre picos em momentos de crise econômica, quando o discurso do interesse coletivo e humanitário parece contrapor-se fatidicamente às relações econômicas. Suscitam-se propostas para que a mão visível do Estado afague ideais mais intervencionistas, ignorando princípios liberais, como se não houvesse alternativa de convivência pacífica dos diversos interesses.

Nesse talante, uma das soluções apresentadas por alguns governos para resolver a crise econômica ocasionada pelas medidas de constrição em razão do COVID-19 é a tributação sobre as grandes fortunas. Países sul-americanos, como Argentina e Bolívia, instituíram a tributação com a justificativa de combater os efeitos econômicos negativos da pandemia. No Reino Unido há a discussão para a instituição do tributo como forma de financiar o Estado em razão dos efeitos econômicos negativos ocorridos em 2020.

No Brasil, após constatada a pandemia, apenas no ano de 2020, houve 16 propostas de lei complementar da Câmara dos Deputados para a regulação do Imposto sobre Grandes Fortunas (IGF)⁵, e 3 propostas de lei complementar no Senado,⁶ quase todas tendo como justificativa o dano econômico causado pelo COVID-19.

Irremediavelmente, muitas dessas propostas fogem de dados concretos, como se as soluções para crises fossem o mero arranjo romântico e dogmático de palavras em diplomas aprovados ao calor do momento, como se parte do repertório dos cantos das sereias.

Este trabalho busca analisar se a tributação sobre Grandes Fortunas é ideal para a solução de crises econômicas, como as ocasionadas pelas medidas adotadas contra o COVID-19.

⁵ Disponível em: <https://www.camara.leg.br/busca-portal?contextoBusca=BuscaProposicoes&pagina=1&order=relevancia&abaEspecificas=true&filtros=%5B%7B%22ano%22%3A2020%7D,%7B%22descricaoProposicao%22%3A%22Projeto%20de%20Lei%20Complementar%22%7D%5D&q=fortunas>. Acesso em 29 dez 2020.

⁶ Disponível em: <https://www6g.senado.leg.br/busca/?q=fortuna&colecacao=Projetos+e+Mat%C3%A9rias+-+Proposi%C3%A7%C3%B5es&ordem=data&ano=2020>. Acesso em 29 dez 2020.

Para tanto, a metodologia é indutivo e qualitativo, com a análise dos motivos pelos quais alguns países deixaram de tributar grandes fortunas, enquanto outros, após a pandemia, reiniciaram a discussão e até implementaram a tributação – a ser explicado no primeiro capítulo

No segundo capítulo, busca-se analisar a experiência da França com o referido tributo, tendo em vista ser um país que adotou a tributação por mais de 30 anos, havendo, inclusive, a sua majoração para conter os efeitos da crise financeira mundial de 2008.

Em seguida, relatar-se-á o histórico das propostas apreciadas pelo Brasil, mediante o Congresso Nacional, até o evento pandêmico. Feito esse esboço, debater-se-á o contexto tributário constitucional vigente para inserção adequada do tributo em estudo, para, ao fim, se analisar as propostas que surgiram após a oficialização interna da pandemia.

Como dito, em 2020 foram protocolados novos projetos de regulamentação do tributo, sendo 3 do Senado e 16 da Câmara dos Deputados.

Nessa esteira, passa-se ao exame da experiência internacional.

1. BREVE RELATO DA TENDÊNCIA DA TRIBUTAÇÃO SOBRE A FORTUNA NO MUNDO

Nas últimas 3 décadas, 13 países da União Europeia deixaram de tributar a riqueza (grandes fortunas). Hoje, na Europa, apenas alguns Cantões da Suíça, boa parte das regiões autônomas da Espanha e a Noruega adotam a tributação. (DROMETER, 2018, p.46-48)

Hansson (2002), em seu trabalho para verificar a relação entre a tributação da riqueza e o crescimento econômico, comparou os dados de 20 países da OCDE entre o período de 1980 e 1999. Concluiu que a referida tributação tem impacto negativo no crescimento econômico, sendo que, nos sistemas tributários analisados, diminuiu cerca de 0,02 e 0,004% do PIB para cada ponto percentual da alíquota da tributação.

Apesar do esforço, a análise de Hansson peca na metodologia, tendo em vista que os sistemas tributários dos países são diferentes. Em outras palavras, cada país analisado tem a sua regra tributária, com critérios de cálculos, base tributária, isenções e alíquotas próprias. O ideal seria analisar como cada regra tributária afeta a economia de seu respectivo país.

Contudo, o estudo de Hansson é positivo ao demonstrar que, em todos os países analisados, a tributação sobre a riqueza gera efeitos negativos na economia.

Pichet (2007, p.19), por sua vez, escreve que, desde Adam Smith, existem 4 critérios que definem uma boa tributação numa economia de mercado. Os dois primeiros são os princípios da (i) isonomia e da (ii) segurança jurídica, que garantem que cada contribuinte pagará tributo de forma proporcional, sem que haja qualquer surpresa ou arbitrariedade nas regras da tributação. Os dois últimos se resumem no (iii) respeito ao princípio da economia, em que o impacto do tributo no patrimônio do contribuinte deve ser sempre o menor possível, e (iv) ao princípio da conveniência, cuja orientação é a de que todos os tributos devem ser cobrados no período e na forma que for mais conveniente para o contribuinte.

Para Stiglitz (1998, p.511-512), em estudo para encontrar um ponto ótimo na tributação, um bom sistema tributário tem 5 características:

- 1) Eficiência econômica: o tributo não deve interferir com a alocação eficiente de recursos;
- 2) Simplicidade administrativa: o sistema tributário deve ser fácil e barato para o administrado. Um bom sistema tributário se baseia na conformidade, portanto o sistema deve ser feito para tornar a conformidade fácil e voluntária;
- 3) Flexibilidade: o sistema tributário deve ser capaz de responder facilmente, em alguns casos, automaticamente, às mudanças das circunstâncias econômicas;
- 4) Transparência: o sistema tributário deve ser desenhado para que os indivíduos possam averiguar o que estão pagando, e avaliar como o sistema reflete as suas preferências;
- 5) Justiça: o sistema tributário tem que ser justo com o tratamento para indivíduos diferentes.

Ocorre que dificilmente a tributação sobre grandes fortunas se encaixa nos critérios que definem uma boa tributação.

A Holanda, por exemplo, aboliu essa tributação em 2001 e criou uma tributação sobre a renda, em razão da maior facilidade de se tributar a renda do que o patrimônio. Áustria deixou de tributar grandes fortunas em 1993 em razão dos altos custos de administração na coleta de dados sobre as empresas austríacas. A Dinamarca renunciou à tributação em 1990. A Alemanha, em 1997, após a Corte Constitucional declarar a tributação inconstitucional, por entender que a exigência do tributo violava o Princípio da Isonomia Tributária (DROMETER, 2018).

Com o surgimento do COVID-19, alguns países reiniciaram a discussão de instituir a tributação sobre grandes fortunas para tentar corrigir os problemas econômicos causados pela pandemia. É o caso do Reino Unido, que, em 2 de julho

de 2020, criou a *Wealth Tax Commission*, uma Comissão com o objetivo de verificar a utilidade de instituir a tributação sobre as grandes fortunas em solo britânico (ADVANI *et al.*, <online>).

A Comissão elaborou um documento chamado *A Wealth Tax for the UK: wealth tax commission final report* analisando duas possibilidades para a implementação da referida tributação: o pagamento do tributo exigível uma única vez e o pagamento anual (periódico).

O pagamento exigível uma só vez (*one-off wealth tax*) é recomendado pela Comissão, pois, segundo o documento, aumentaria significativamente a arrecadação de uma maneira justa e eficiente, seria difícil do Contribuinte evitar o pagamento, considerado eficiente e sem um custo administrativo excessivo. A recomendação da Comissão para a implementação desta forma de incidência do tributo é feita para casos como a crise criada pelo COVID-19. (ADVANI *et al.*, <online>)

Porém, para implementar o tributo, a Comissão recomenda o cumprimento de alguns requisitos: que o fato gerador seja imediato (a fim de evitar manobras para o não pagamento do tributo), aplicável a todos os residentes e imigrantes recentes, ter uma base de cálculo ampla que inclua todos os bens (com exceção de itens de baixo valor), o valor dos bens deve ser o de mercado, permitir o não pagamento dos contribuintes que não detenham liquidez, evitar isenções especiais. (ADVANI *et al.*, <online>)

Quanto ao pagamento anual, o documento recomenda que sejam feitas mudanças nos tributos já existentes sobre a riqueza (como a renda e o patrimônio) do instituir tributo sobre grandes fortunas com pagamento anual; tudo em razão da Comissão considerar essa forma de tributação como defeituosa, ineficiente, facilmente evitada e injusta. (ADVANI *et al.*, <online>)

No campo da aplicação prática, a Argentina publicou a *Ley 27605* de 18 de dezembro de 2020, chamada de “*Aporte solidario y extraordinario para ayudar a a morigerar los efectos de la pandemia*”⁷. Trata-se de tributação sobre o patrimônio de pessoas físicas e jurídicas residentes na Argentina, assim como as que se encontram nas chamadas jurisdições não cooperantes ou naquelas com baixa ou nenhuma tributação (conceitos definidos pela lei argentina do imposto de renda), e as pessoas

⁷ ARGENTINA. Ley n° 27.605, de 18 de dezembro de 2020. Aporte solidario y extraordinario para ayudar a morigerar los efectos de la pandemia. Disponível em: <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/238732/20201218>. Acesso em 30 dez. 2020.

jurídicas e físicas residentes no exterior, mas somente sobre os bens sob a jurisdição argentina. A hipótese de incidência, basicamente, recai sobre o patrimônio total da pessoa física ou jurídica com valores acima de 300 mil pesos argentinos (para os residentes na Argentina) e 200 mil pesos argentinos (para não residentes). Como se trata de tributação extraordinária, incide apenas uma vez sobre o patrimônio (*one-off wealth tax*), não sendo uma tributação periódica.

Já a Bolívia, em 28 de dezembro de 2020, publicou a *Ley 1357*, que tributa as grandes fortunas, definidas como valores acima de 30 milhões de bolivianos. Diferentemente do tributo argentino, em que a incidência ocorre uma só vez, a Bolívia optou pela incidência anual.^{8,9}

Como se observa, enquanto a tendência de alguns países antes da pandemia era a de abolir a tributação sobre grandes fortunas, a discussão sobre a instituição da referida tributação ganhou força após constatados os problemas econômicos causados pelas medidas constritivas com o objetivo de evitar o colapso do sistema de saúde – inclusive com a sua implementação pela Argentina e Bolívia.

Porém, para olhar o futuro, é importante olhar o passado, e um país talvez possa fornecer os dados necessários para verificar a eficácia da referida tributação: a França. O caso da França é peculiar entre os demais, pois, além da tributação sobre grandes fortunas ter perdurado por mais de 3 décadas, houve uma modificação na legislação em 2012 que causou um avanço maior do Estado sobre o patrimônio dos contribuintes mais ricos – o que permite uma melhor análise dos efeitos da tributação em tempos de crise.

2. A EXPERIÊNCIA DA FRANÇA

A França é um ótimo estudo de caso em razão (i) das implementações e modificações da tributação sobre grandes fortunas, (ii) das consequências sociais e econômicas, assim como (iii) do número de trabalhos feitos sobre o tema tendo o país como objeto de análise.

⁸ EL PRESIDENTE PROMULGA TRES LEYES PARA CONSOLIDAR EL CRECIMIENTO ECONÓMICO Y SUPERAR LA CRISIS. Ministério de Economía y Finanzas Públicas: Estado plurinacional de Bolívia. Disponível em: <https://www.economiayfinanzas.gob.bo/el-presidente-promulga-tres-leyes-para-consolidar-el-crecimiento-economico-y-superar-la-crisis.html>

⁹ BOLÍVIA. Ley n° 1.357, de 28 de dezembro de 2020. La presente Ley tiene por objeto establecer el Impuesto a las Grandes Fortunas – IGF, de dominio tributario nacional. Disponível em https://drive.google.com/file/d/1e3c8ftUkVy5GdfDkw-8Ihw_JoTILsLy9/view . Acesso em 30 dez 2020.

O país implementou a tributação de 1982 a 1986, sob o nome *impôt sur les grandes fortunes* (IGF) no Governo de François Mitterand, com a finalidade de redistribuir riqueza (VERBIT, 1991, p.181). A sua curta duração se deveu à mudança de governo, quando Jacques Chirac assumiu em 1987 (PICHET, 2007, p.2).

Entretanto, já sob um novo governo de François Mitterand, reeleito em 1988, foi criada tributação com o mesmo propósito, agora sob o nome de *impôt de solidarité sur la fortune* (abreviada como ISF), entrando em vigor em 1º de janeiro de 1989 (VERBIT, 1991, p.182), cujo objetivo inicial era gerar receita a ser destinada a um fundo chamado *revenue minimum d'insertion*, para ajudar as famílias mais pobres (TRANNOY, 2015, p.32). Foi, inicialmente, tributado pelas seguintes alíquotas:

Tabela 1 – Tributação ISF 1989 em Franco francês – DGFIP, 2012¹⁰

Patrimônio tributável (em milhões)	Alíquota
Entre Fr 4 e 6,5	0,5%
Entre Fr 6,5 e 12,9	0,7%
Entre Fr 12,9 e 20	0,9%
Acima de Fr 20	1,1%

A tributação sofreu algumas modificações ao longo dos anos, tanto para corrigir a base de cálculo, que se desvalorizava em razão da inflação, quanto para se adequar aos propósitos econômicos dos governos, que criaram diversas isenções (PICHET, 2007).

Contudo, uma das maiores modificações ocorreu no ano de 2012, no governo do então presidente François Hollande, do Partido Socialista. Sob o enfoque de tributar grandes fortunas, propôs criar uma alíquota final temporária de 75% (*taxe exceptionnelle de solidarité sur les hautes rémunérations versée par les entreprises*) para os valores recebidos como salário acima de 1 milhão de euros, no imposto de renda, e majorar as alíquotas do ISF (GUILLOT, 2019, p.8).

A primeira proposta, da alíquota final de 75% sobre valores acima de 1 milhão de euros, durou apenas entre 2013 a 2014 (GUILLOT, 2019). O ISF, por sua vez, foi implementado com novas alíquotas proporcionais, conforme a tabela abaixo:

¹⁰ MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE ET DES FINANCES DE RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. *Statistiques*. Disponível em: <https://www.impots.gouv.fr/portail/statistiques>. Acesso em: 22 mai. 2020.

Tabela 2 – Tributação ISF 2012/2013 – DGFIP, 2012¹¹		
Base de cálculo do ISF	Valor a recolher	Alíquota
Menor que € 800.000	€ 0	0%
Entre € 800.000 e 1.310.000	€ 0 a 805	0,55%
Entre € 1.310.000 e 2.570.000	€ 2.805 a 12.255	0,75%
Entre € 2.570.000 e 4.040.000	€ 12.255 a 26.955	1,00%
Entre € 4.040.000 e 7.710.000	€ 26.955 a 74.665	1,30%
Entre € 7.710.000 e 16.790.000	€ 74.665 a 224.485	1,65%
Acima de € 16.790.000	> € 224.485	1,80%

Esta combinação de tributação da renda e do patrimônio feita pelo governo François Hollande causou o chamado efeito Gerard Dupardieu, nome atribuído em razão do ator que mudou seu domicílio fiscal para a Bélgica e depois para a Rússia, declarando como o motivo a alta carga tributária francesa (MA *et al.*, 2013, p.565).

Assim como o referido ator, outros mudaram o seu domicílio fiscal, sendo os países mais beneficiados a Bélgica, a Suíça e a Inglaterra (TRANNOY, 2015, P.35-37). Everardo Maciel, ex-secretário da Receita Federal do Brasil, chegou a apelidar a medida como o imposto inglês, em razão do êxodo patrimonial para a Inglaterra (CALEIRO, 2018 <online>).

Apenas por curiosidade, o Reino Unido teve um aumento no número de residentes, coincidindo com a data de implementação das tributações sobre grandes fortunas aplicadas pelo governo francês, em 2012:

Tabela 3 – Número de imigrantes fixando residência no Reino Unido – STATISTA, 2020¹²

Ano	Número por mil
2009	536
2010	622
2011	625
2012	576
2013	521
2014	582
2015	679
2016	667
2017	617
2018	623
2019	612

Abaixo, segue tabela com os dados da Direção Geral de Finanças Públicas do Governo da França, contidos no relatório do parlamentar francês Yann Galut, sobre a estimativa do número de contribuintes do ISF que deixaram a França. Importante

¹¹ MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE ET DES FINANCES DE RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. *Statistiques*.

Disponível em: <https://www.impots.gouv.fr/portail/statistiques>. Acesso em: 20 mai. 2020

¹² STATISTA. 2020. *Number of immigrants entering the United Kingdom from 1980 to 2019*. Disponível em: <https://www.statista.com/statistics/283599/immigration-to-the-united-kingdom-y-on-y/>. Acesso em: 28 set. 2020.

reparar que a tabela é dividida entre o número total de contribuintes do ISF que deixaram o país, e o número destes contribuintes que possuem o patrimônio acima de 1,3 milhões de euros:

Tabela 4 – Número de Contribuintes do ISF que deixaram a França – DGFIP, 2012¹³

Ano	Nº de Contribuintes	> € 1,3 milhões
2002	383	206
2003	368	196
2004	574	288
2005	697	406
2006	901	526
2007	908	521
2008	896	518
2009	903	501
2010	800	551
2011	525	525
2012	587	587

A saída de contribuintes prejudicou não somente o recolhimento do ISF, mas dos demais tributos, como o incidente sobre a renda, ganhos de capitais, e outros. Se a mudança de domicílio fiscal foi seguida de mudança física do contribuinte, perde-se também a tributação sobre o consumo que este gerava.

Após apenas 2 anos da majoração, em 2014 o governo francês decidiu abrandar as alíquotas do ISF, conforme a tabela abaixo:

Tabela 5 – Tributação ISF 2014 – DGFIP, 2014¹⁴

Base de cálculo do ISF	Alíquota
Menor que € 800.000	0%
Entre € 800.000 e 1.300.000	0,50%
Entre € 1.300.000 e 2.570.000	0,70%
Entre € 2.570.000 e 5.000.000	1,00%
Entre € 5.000.000 e 10.000.000	1,25%
Acima de € 10.000.000	1,50%

Em 2018, já no governo de Emmanuel Macron, do partido *En marche*, o ISF foi extinto, sendo instituída em seu lugar outra tributação de nome *impôt sur la fortune immobilière* (abreviada como IFI), cujo objetivo é tributar anualmente imóveis cujo valor ultrapassar 1,3 milhões de euros (DE LANNOY, 2017).

¹³ MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE ET DES FINANCES DE RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. *Contribution exceptionnelle sur la fortune 2012*. Disponível em:

https://www.impots.gouv.fr/portail/files/formulaires/2725/2012/2725_98.pdf. Acesso em: 22 mai. 2020.

¹⁴ MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE ET DES FINANCES DE RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. *Calcul de L'ISF*. Disponível em: <https://www.impots.gouv.fr/portail/particulier/calcul-de-lisf>. Acesso em: 22 mai. 2020.

Ao aumentar a alíquota do último patamar do imposto de renda para 75%, assim como as alíquotas do ISF, a intenção do governo francês era trazer maior justiça social, fazendo com que os ricos contribuíssem mais com a arrecadação. Todavia, o efeito econômico foi outro.

Uma variável que pode ser analisada é a taxa de desemprego na França dos anos de 2009 a 2017. Abaixo, consta tabela demonstrando como se deu a variação do desemprego, lembrando que a majoração da alíquota do ISF teve início em 2012 e foi extinta em 2017:

Tabela 6 – Taxa de desemprego anual na França – STATISTA, 2020¹⁵

Ano	Percentual
2009	8,74%
2010	8,87%
2011	8,81%
2012	9,40%
2013	9,92%
2014	10,29%
2015	10,36%
2016	10,06%
2017	9,40%
2018	9,18%
2019	9,10%

Como se pode observar, o aumento da taxa de desemprego coincide com o aumento da alíquota do ISF e a mudança de domicílio fiscal dos seus contribuintes; reduz após a retirada da referida alíquota, e diminui drasticamente após anunciada a extinção do ISF, em 2017 – o anúncio da extinção do ISF foi feito 2017, e, em 2018, efetivamente extinto (PAQUIER, 2019, p.5).

Assim, é possível que haja alguma relação entre a tributação sobre grandes fortunas e a taxa de desemprego na França, mas esta relação precisa ser melhor estudada dentro do campo de conhecimento da economia ou da estatística para verificar se, de fato, este tipo de tributação causa a consequência econômico-social do aumento do desemprego.

Apenas como exercício de comparação, seguem abaixo os dados de desemprego no Reino Unido no mesmo período, um dos países que supostamente teriam sido beneficiados pelas medidas tributárias da França:

¹⁵ STATISTA. 2020. France: *Unemployment rate from 1999 to 2019*. Disponível em: <https://www.statista.com/statistics/263697/unemployment-rate-in-france/>. Acesso em: 20 mai. 2020.

Tabela 7 – Taxa de desemprego anual no Reino Unido– STATISTA, 2020¹⁶

Ano	Percentual
2009	7,6%
2010	7,9%
2011	8,1%
2012	8%
2013	7,6%
2014	6,2%
2015	5,4%
2016	4,9%
2017	4,4%
2018	4,1%
2019	3,8%

Da comparação das tabelas, tanto França como Reino Unido apresentaram aumento na taxa de desemprego de 2009 a 2011. Em 2012, com a vigência do ISF, o desemprego continuou subindo, até diminuir em 2016, com o anúncio da extinção do referido tributo. O Reino Unido, contrariando a tendência francesa, de 2012 a 2019, apresentou uma baixa estável do índice de desemprego.

Outra análise possível é verificar a arrecadação francesa de tributos ligados à atividade econômica, advindas da renda, lucro e ganho de capital das empresas.

Pichet, economista que pesquisa os efeitos da tributação sobre as grandes fortunas na economia francesa, em estudo feito em 2007, constatou uma diferença no comportamento dos contribuintes da referida tributação. Os que estão aptos a contribuir nas alíquotas mais baixas do ISF, tendem a cometer fraudes, como declarar valor menor do seu patrimônio, ou a simples omissão. Os contribuintes submetidos a alíquotas maiores tendem a mudar de domicílio fiscal (PICHET, 2007, p.19).

Ao verificar as consequências da tributação até 2007, Pichet conclui em seu trabalho:

- 1) os custos de recolhimento do tributo são baixos;
- 2) ao deixar de elevar a base de cálculo conforme a inflação entre os anos de 1998 e 2004 resultou numa perda de aproximados 400 milhões de euros apenas no ano de 2004;
- 3) atos fraudulentos envolvendo a subvalorização patrimonial estabilizou em cerca de 28% do total da arrecadação, equivalente a uma perda de 700 milhões de euros no ano de 2004;
- 4) a fuga de capital estimada desde a criação do ISF em 1988 até o ano de 2007 é de 200 bilhões de euros;
- 5) ISF causa um déficit fiscal anual de 7 bilhões de euros, cerca do dobro da sua arrecadação;
- 6) é estimado que o ISF impediu o crescimento do PIB francês em 0,2% ao ano, cerca de 3,5 bilhões de euros ao ano;

¹⁶ STATISTA. 2020. Unemployment rate in the United Kingdom (UK) from 1971 to 2019. Disponível em: <<https://www.statista.com/statistics/279898/unemployment-rate-in-the-united-kingdom-uk/>>. Acesso em: 28 set. 2020.

7) num mundo globalizado, o ISF empobrece a França, transferindo a carga tributária dos que deixaram o país para os outros contribuintes.

Verbit, por sua vez, ao analisar os efeitos do antigo IGF entre 1982 a 1986, apontou que a estimativa do governo francês de haver 200 mil contribuintes da tributação foi frustrada, sendo que o levantamento do próprio governo do número de contribuintes ao longo dos anos foi o seguinte:

Tabela 8 – Número de Contribuintes do ISF– (VERBIT, 1991, p.190-1)

Ano	Nº de Contribuintes
1982	116.713
1983	109.217
1984	95.815
1985	97.216
1986	84.717

O autor explica que o declínio no número de contribuintes foi atribuído à diminuição dos valores das propriedades na França, e que a partir de 1984, entraram em vigor isenções para as propriedades comerciais. Contudo, no ano de 1982 houve apenas 58% de contribuintes estimados pelo governo francês para a arrecadação do IGF – um pouco mais que a metade (PICHET, 1991, p.191).

Outro ponto negativo foi apontado por Trannoy. O autor calculou a arrecadação do tributo em cerca que 63,5 bilhões de euros desde a sua vigência em 1989 até o ano de 2014 – 25 anos. Entretanto, verificou que o valor recolhido seria insuficiente para implementar a política pública a qual se destinava a existência do tributo: subsidiar as famílias mais carentes. E mesmo que o valor fosse suficiente, o autor constatou que o valor arrecadado jamais foi direcionado para essa política pública.¹⁷

Dessa forma, tudo indica que a experiência francesa de implementar a tributação sobre grandes fortunas não atingiu o seu objetivo, criando uma distorção na economia e no comportamento dos contribuintes do tributo, assim como onerando a camada menos favorecida da população francesa.

¹⁷ TRANNOY, Alain. 3.4 much to do about nothing: the solidarity tax on wealth (ISF) in France. **Economy**, p. 32, 2015.

3. HISTÓRICO DAS PROPOSTAS LEGISLATIVAS NACIONAIS ANTERIORES À PANDEMIA DA COVID-19 - CORONAVÍRUS

No Brasil, o debate acerca da regulamentação e instituição do Imposto sobre Grandes Fortunas, tem como base inicial o que dispõe o inciso VII, do art. 153, combinado com o art. 146, ambos da Constituição Federal de 1988, dos quais se aduz que o referido imposto deverá ser regulamentado por lei complementar.

Pedro Humberto Bruno de Carvalho menciona que, na fase pré-constituente, havia um grupo de estudos com objetivo de “reverter o sistema de tributação progressiva”, que se baseava essencialmente sobre rendas específicas de assalariados e autônomos. Continua por dizer que “a Comissão Afonso Arinos (...) apresentou projeto no qual estava incluso o Imposto Sobre Grandes Fortunas (...)” (CARVALHO, 2011, p.28).

Tendo como base introdutória das possíveis justificativas e objetivos para instituição do IGF, em uma visão de mundo e não somente de Brasil, Ricardo Lordi Ribeiro aduz que, na visão de Piketty, em sua obra “O capital no século XXI”, a função do IGF não viria a calhar nova redistribuição de prestações públicas, mas vingaria como forma de regular o capitalismo, o que viria acontecer como resultado da limitação da extrema concentração de renda (RIBEIRO, 2015, p.25).

O primeiro projeto de lei complementar brasileiro com objetivo de regular o IGF foi de autoria do então Senador da República, Fernando Henrique Cardoso (de número 162/1989), que, conforme ementa, dispunha sobre a tributação de grandes fortunas, nos termos do artigo 153, inciso VII, da Constituição Federal. Após parecer favorável do relator, Senador Gomes Carvalho, em 06 de dezembro de 1989, foi então remetido à Câmara dos Deputados.

Na Câmara Federal, o PLS nº 169/1989 tramitou sob PLP nº 202/1989, tendo-lhe sido apensado 21 propostas, cuja grande parte objetivava estabelecer a base de cálculo do imposto, “como a riqueza líquida que excedesse a um determinado valor. Apenas para o PLP nº 268/1990 o cálculo seria a grande fortuna sem nenhuma exclusão” (CARVALHO, 2011, p.29).

Victor Ribeiro Ferreira, um dos coautores do presente trabalho, em obra anterior, que analisava a importância da tributação sobre a herança, aponta que “após a crise de 2008, e com a constatação de que o Brasil poderia enfrentar uma crise econômica” (FERREIRA, 2018, p.122) o legislativo, a fim de tentar solucionar a

diminuição de arrecadação, passou a ver o aumento da tributação como resposta simples e imediata.

No ano de 2008, alguns novos projetos de lei complementar foram propostos, entre eles o PLP nº 50/2008, de autoria da Senadora Serys Slhessarenko, que fora arquivado ao final daquela legislatura e que, conforme ementa, “regulamenta o disposto no artigo 153, VII, da Constituição Federal, para instituir o imposto sobre grandes fortunas e dá outras providências”.

Ponto de interesse é que nos remete ao que fora apontado por Ricardo Lodi Ribeiro, a justificação do projeto teve o exato objeto do tocado por Piketty, demonstrando que o constituinte havia incluído o IGF como forma de correção às disparidades econômicas que ocorrem entre pessoas e entre classes sociais, vindo essa exação a contribuir com a redução de injustiças resultantes da acumulação de riquezas (RIBEIRO, 2015, p.7).

Ainda em 2008, foram apresentados os projetos de lei complementar nº 100/2008 e nº 128/2008. O PLP nº 100/2008, de autoria do Senador José Nery Azevedo, fora arquivado ao final daquela legislatura, porém, com conteúdo mínimo e não necessário para análise da matéria.

Citamos também o PLP nº 128/2008 (de autoria do Senador Paulo Paim, que fora arquivado no ano de 2010, ainda no Senado Federal), do qual se destaca sua justificativa, ao afirmar que “os indivíduos de baixa renda consomem proporcionalmente mais” e assim, sua contribuição proporcional é maior, ao passo que os indivíduos de renda alta consomem e contribuem em proporção menor e aí estaria a disparidade entre contribuintes e as injustiças provocadas por impostos indiretos que incidem sobre o consumo. Ademais, esta seria a visão do legislador constituinte, pois, ao incidir novos impostos sob o patrimônio, o sistema estaria por compensar e corrigir a tributação sobre o consumo.

O tema volta em pauta no ano de 2011, quando o senador Antonio Carlos Valares, propôs o PLP nº 534/2011, com fim de regulamentar o inciso VII, do art. 153 da Constituição. Projeto esse que, também, fora arquivado em 2018, final daquela legislatura.

O artigo 6º, *caput*, do referido projeto de lei complementar trouxe a forma de cobrança do IGF, em tabela progressiva (SENADO, 2011 <online>), conforme expõe:

Tabela 9 – Alíquotas da PLP nº 534/2011 – Senado Federal

Classe de valor de patrimônio (em R\$)	Alíquota
Até 2.500.000,00	isento
De 2.500.000,01 a 5.000.000,00	0,5%
De 5.000.000,01 a 10.000.000,01	1%
De 10.000.000,01 a 20.000.000,00	1,5%
De 20.000.000,01 a 40.000.000,00	2%
Acima de 50.000.000,00	2,5%

Na justificativa apresentada junto ao projeto, o Senador Antonio Carlos Valadares acrescentou que sua proposição visava assegurar, além da redistribuição de renda, garantias de que os recursos arrecadados pelo IGF pudessem ser destinados às ações na área de saúde, propondo ainda que o Governo Federal viesse a assegurar a destinação prioritária aos serviços de Saúde (SENADO, 2011 <online>).

Apesar de se tratar de assuntos similares, textos simples e justificativas em sentido equilateral, há ainda que se falar sobre o PLP nº 277/2008, de autoria da então Deputada Federal Luciana Genro (PSOL), concomitante ao qual foram propostos outros dez projetos de outros autores, que foram apensados ao PLP nº 277/2008. Todos esses projetos, conforme análise de Victor Ribeiro Ferreira (2018, p.124), de texto quase idêntico, quais sejam: o PLP nº 26/2011, PLP nº 62/2011, PLP nº 48/2011, PLP nº 130/2012, PLP nº 2/2015, PLP nº 6/2015, PLP nº 10/2015, PLP 11/2015, PLP nº 281/2016, PLP nº 294/2016, PLP nº 302/2016, PLP nº 324/2016, PLP nº 335/2016, PLP nº 205/2019 e PLP nº 239/2019.

Fator não determinante ao presente artigo, mas de possível interesse comum, principalmente pelo caminho “célere” de tramitação, o PLP nº 277/2008 somente recebeu parecer favorável quanto à constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa no ano de 2010.

O referido projeto ainda se encontra em tramitação, sendo sua última movimentação em 29 de outubro de 2019, tramitando sob regime prioritário e pronto para apreciação do plenário da Câmara Federal.

O artigo 5º, do PLP nº 277/2008 (CÂMARA, 2008 <online>), estipula as seguintes alíquotas:

Tabela 10 – Alíquotas da PLP nº 277/2008 – Senado Federal

Classe de valor de patrimônio (em R\$)	Alíquota
Até 2.000.000,00	isento
De 2.000.000,01 a 5.000.000,00	1%
De 5.000.000,01 a 10.000.000,00	2%
De 10.000.000,01 a 20.000.000,00	3%
De 20.000.000,01 a 50.000.000,00	4%
Acima de 50 milhões	5%

Na justificativa, a Deputada Federal Luciana Genro aduz que o objetivo da instituição do IGF é aumentar a tributação sobre as camadas mais ricas da população e que possuem maior capacidade contributiva (CÂMARA, 2008 <online>),

Portanto, apenas ao título de opinião, Ricardo Lodi Ribeiro afirma que a problemática que envolve a instituição do IGF no Brasil não se trata de ordem normativa, porém, de ordem política e econômica. Merece exposição abreviada a seguinte tabela comparativa das proposições anteriores à pandemia (RIBEIRO, 2015, p.28):

Características dos projetos de lei de regulamentação do IGF

Projeto de Lei	Riqueza Mínima para Tributação Efetiva > 0,5%	Riqueza Mínima para Tributação Efetiva > 1%	Tributação do Imóvel de Residência	Avaliação dos Imóveis	Medidas Antievasivas
PLP 162/1989	R\$ 56 milhões	R\$ 400 milhões (0.93%)	Isento até R\$ 2,8 milhões	Autoavaliação	Pessoa Jurídica solidariamente responsável se constituída para dissimular o real proprietário. Bem não declarado supõe-se adquirido com rendimento sonegado do IR.
PLP 202-B/1989	R\$ 41 milhões	nunca	Isento até R\$ 666 mil		
PLP 26/2011	R\$ 8 milhões	R\$ 12 milhões	Sem Alívio	Base do IPTU ou ITR	Multa de 50% subavaliação; Multa de 100% para omissão do bem; Multa de 150% na ocultação do titular do bem ou de seu valor.
PLS 128/2008	R\$ 20 milhões	R\$ 200 milhões (0.95%)	100% Isento	Valor Venal com fator obsolescência	
PLS 534/2011	R\$ 7.5 milhões	R\$ 19 milhões	Isento até R\$ 1 milhão		
PLP 277/2008	R\$ 4 milhões	R\$ 8 milhões	Sem Alívio	Base do IPTU ou ITR	Não Mencionado
PL 950/2011	R\$ 18.5 milhões	R\$ 57 milhões	Desconto de 30% limitado a R\$ 300 mil		
PLP 62/2011	R\$ 8 milhões	R\$ 18 milhões	Isento até R\$ 600 mil		Responsabilidade solidária em caso de ocultação do titular ou subavaliação

Fonte: Câmara dos Deputados e Senado Federal

Como se observa, as justificativas para a criação do tributo antes da pandemia do COVID-19 são diversas: correção das disparidades econômicas, maior capacidade contributiva dos mais ricos, abrandar a incidência de tributação sobre o consumo, destinar recursos para a saúde, etc.

Deste modo, diante de tão incômodo lastro legislativo, seria natural imaginar que o resultado histórico dos debates ainda não encontrou uma linha narrativa ou discursiva que seja capaz de trazer segurança à instituição do tributo. E isso afeta

demasiadamente as expectativas econômicas, promovendo muito mais especulações do que o sistema a ordem econômica brasileira possa suportar.

Fixado esse esboço histórico, passa-se à análise do contexto constitucional tributário vigente.

4. ANÁLISE DO TEXTO CONSTITUCIONAL VIGENTE E O LOCUS DO IMPOSTO SOBRE GRANDES FORTUNAS NO SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL

Como dito alhures, a Constituição de 1988 acomoda as tensões que exsurgem dos contextos sociais e econômicos, estabelecendo pontes entre modelos e propostas mais intervencionistas e as mais liberais.

Não que as iniciativas ou as propriedades privadas não possam servir a uma função social. Afinal, a Constituição de 1988 tem entre seus objetivos fundamentais construir uma sociedade livre, justa e solidária e erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, e incisos).

Em observância a objetivos tão nobres (apesar das tensões usuais), um dos objetos de debate mais icônico que se arrasta no direito brasileiro está na parte inicial do inciso VII, do art. 153, por qual se defere à União a competência para instituir impostos sobre grandes fortunas.

Trata-se de tributo sem regulamentação específica, que se encontra no nimbo¹⁸ da ineficácia constitucional. E como nimbo, refere-se a mais uma dicotomia semântica: ora parece ser a cereja que falta ao bolo da enigmática luta contra as desigualdades; ora parece ser o prenúncio de densa chuva a afugentar investidores e facilitadores da geração de emprego e renda.

O imposto sobre grandes fortunas parece saltar aos olhos porque no mesmo art. 153, a União é agraciada com o poder de tributar rendas e proventos de qualquer natureza (inciso III) e a propriedade territorial rural (inciso VI). Noutro momento, aos Estados permitiu-se tributar propriedade de veículos automotores (inciso III, do art. 155). E aos Municípios foi concedido o poder de granjear recursos sobre a propriedade predial e territorial urbana (inciso I, do art. 156). Ora, diante de tão largo espaço para tributação sobre bens e rendas, como encaixar o tal IGF?

¹⁸ Segundo dicionário, (i) auréola, resplendor; ou (ii) nuvem baixa e escura, que prenuncia forte chuva.

Com isso, é possível palpar alguns problemas intrínsecos a essa espécie tributária: (i) conflito federativo, (ii) conflito de legalidade tributária, (iii) utilização de tributo com efeito de confisco e (iv) infertilidade da lavoura dos agentes econômicos que, por natureza, subsidiam o Estado e possuem a capacidade de gerar o pleno emprego (inciso VIII, do art. 170).

Segundo o quadro legiferante constitucional, cabe à lei complementar dispor “sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios” (inciso I, do art. 146) e “estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre (...) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes” (alínea “a”, do inciso III, do art. 146).

Nessa perspectiva, cabe à União (ente detentor do maior (i) poder de tributação e (ii) de desenho da agenda tributária nacional) definir critérios para solução de conflitos federativos nesta seara, e, ao mesmo tempo, conceituar, enquadrar e qualificar as manifestações de riquezas nas bases tributáveis constantes dos artigos 153 (União), 155 (Estados) e 156 (Municípios).

A par dessa nuclear competência tributária, definidas as variações conceituais dos impostos mais famosos, na medida em que se parte para o aprofundamento do debate sobre o IGF, a oscilação conceitual de fortunas (e, pior, grandes fortunas) passeia entre os extremos do preto e do branco, sem qualquer consenso do que o cinza possa significar. A insegurança em torno da calculabilidade e generalidade tributária da espécie torna-se mais assustadora pelo fato de que o alvoroço político se intensifica em momentos de crise (como foi em 2008, e como é em 2020), gerando conceitos apaixonados de “grandes fortunas”.

Provavelmente a confusão conceitual também derive da conjugação das palavras utilizadas para se referir ao fato gerador. Já se vê uma missão difícil encontrar a palavra fortuna no ordenamento jurídico. Na Constituição, trata-se de ocorrência única. Nos principais códigos, nem se esforce – a exceção do art. 1.746 do Código Civil, pelo qual “se o menor possuir bens, será sustentado e educado a expensas deles, arbitrando o juiz para tal fim as quantias que lhe pareçam necessárias, considerado o rendimento da fortuna do pupilo quando o pai ou a mãe não as houver fixado”. Tal referência em nada contribui à presente questão. Preferisse o constituinte utilizar o termo tesouro a indicar uma riqueza portentosa ou além do

comum, o Código Civil daria uma luz por mencioná-lo (tesouro) por cinco vezes; e o Código Penal, ao menos uma vez.

Uma breve pesquisa no portal eletrônico de legislação da Presidência da República¹⁹ aponta que a palavra “fortuna” nas últimas décadas surge apenas quando o texto normativo se refere a nomes de Municípios, ou aos infortúnios ocorridos em pleno território marítimo.

O argumento se potencializa ao se investigar o uso do adjetivo “grande” para qualificar “fortuna”. No texto constitucional, o adjetivo é utilizado no dispositivo que institui o Estado de Defesa, qualificando a calamidade que justifica a decretação dessa situação excepcional em que é possível, inclusive, restrição a direitos fundamentais. Na legislação infraconstitucional, usa-se geralmente para especificar o tipo de jornal em que se determina publicação de notícia, intimações ou informação para fins específicos. Ainda assim, não há muita insistência no seu uso.

Portanto, se a transposição de uma palavra para o mundo jurídico com a finalidade de fixar um instituto ou conceito jurídico sempre mereceu cuidados, por ora vê-se que o constituinte originário não deu luz a um mecanismo eficiente de minoração de desigualdade, ao utilizar uma expressão sem anteparo de praxe jurídica. Provavelmente, trata-se de jogo de linguagem (grandes fortunas) muito mais para apelo à sensibilidade do legislador infraconstitucional, como se um “*post it*” a alertá-lo a sempre buscar um sistema tributário mais justo e eficiente, a partir dos demais tributos²⁰. Com isso, ao menos, não seria verdade que o inciso VII, do art. 153 seja totalmente ineficaz.

Quando, então, a linha legiferante procura (intencionalmente ou não) eternizar os parâmetros políticos que surgem diante da crise no conceito de um caso difícil (grandes fortunas) por meio da regulação de um dispositivo constitucional, alguma disfunção sistêmica termina por ser semeada, afetando negativamente o quadro econômico pós-crise.

De certa forma, dentro desse xadrez conceitual, os tributos tradicionais (constantemente e intensamente judicializados) já apresentam um grau maior de

¹⁹ BRASIL. Portal da legislação. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/>. Acesso em 20 mai. 2020.

²⁰ Melhor fosse se ao preâmbulo se acrescesse o imperativo ou o ideal de bem buscar os recursos necessários por meio de tributos equitativos, e que as grandes fortunas fossem solidárias nesse encalço. Não seria criando imposto caricaturado pela expressão grandes fortunas que se promoveria a igualdade, mas conferindo eficiência à imposição sobre as demais manifestações de riquezas.

certeza jurídica, impondo os limites de trânsito do legislador até as “grandes fortunas”. Ainda assim, em razão de tantos projetos de lei infrutíferos e tão díspares sobre as bases tributáveis para o IGF, é natural (e, no entanto, temerário) que se proponha que incida sobre manifestações de riquezas que nutrem o IPTU, IPVA, por exemplo, diminuindo as oscilantes expectativas das Fazendas dos demais entes federativos.

Não fosse essa percepção invasiva, também não se olvide que, ao lado do inciso VII, do art. 153, vige com igual luz o inciso I, do art. 154, segundo o qual:

“(...) a União poderá instituir (...) mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição”.

Tal competência alardeia ainda mais os limites a serem impostos ao ente nacional, pois, se para atribuir tamanha prerrogativa foi necessário um dispositivo específico e distinto, não seria coerente deixar o IGF assumir a força normativa do referido inciso I²¹.

Ora, não apenas uma indefinição conceitual (ou mesmo uma definição conceitual em tempos de crise) fere o princípio da legalidade, e, também acende invasão entre as esferas de competência. A inexistência de normativos ou de jurisprudência claros e estáveis sobre o significado da expressão “com efeito de confisco” também ressoa na consciência do legislador sensato.

Como bem já alertou Ives Gandra Martins, em prol da eficácia da regulação desse tributo, o sujeito passivo poderá variar entre o grande empresário (detentor de fortuna manifesta) e a classe média (detentora de grau de riqueza questionável ou oscilante, mas sem capital de giro consolidado), principalmente pelo fato de que o fisco terá dificuldades em saber diferenciar “grandes empreendimentos” de “instrumentos de trabalho”.

A eficácia desse tributo depende de disponibilidade financeira do sujeito passivo, uma vez que se trata de “prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir” (art. 3º, do Código Tributário). Nesse sentido, o grande empresário possui capital acumulado suficiente para, em certa medida, sujeitar-se à cobrança. Diferente da classe média que, embora manifeste riquezas, muitas estariam imobilizadas, cujos custos são cobertos não pelo conjunto da sua

²¹ Não é à toa que se classifica como privativa a competência do art. 153; e como residual, a do inciso I, do art. 154.

universalidade de fato, mas pelo fruto periódico da sua atividade econômica, a qual, se invadida (e, assim, enfraquecida), reduzirá sensivelmente o cintilar da riqueza. “Em outras palavras, ou o imposto incide sobre os instrumentos de trabalho e atravancará a economia ou não incidirá e oprimirá a classe média” (MARTINS *et al.*, 2008 <online>).

Justamente nessa esteira, a secura paralisante do argumento a respeito do “efeito de confisco” coaduna-se com a infertilidade da lavoura dos agentes econômicos, pois o tributo buscará contentar-se com os ossos que sobejam do ofício de toda a cadeia tributária antecedente, depois de tantos tributos satisfazerem sua fome. Assim, incidindo o IPI, ICMS, IR, IPVA, IPTU, qual seria o peso aceitável do IGF, uma vez que “a identificação do efeito confiscatório deve ser feita em função da totalidade da carga tributária, mediante verificação da capacidade de que dispõe o contribuinte - considerado o montante de sua riqueza (renda e capital) - para suportar e sofrer a incidência de todos os tributos que ele deverá pagar, dentro de determinado período (...)”? (STF, 2003 <online>).

Com essas reflexões, passemos à análise das propostas recentes sobre a regulamentação do IGF, sob o influxo da atual pandemia.

5. PROPOSIÇÕES LEGISLATIVAS POSTERIORES À PANDEMIA DO CORONAVÍRUS EM 2020

Feitas as observações sobre os projetos legislativos protocolados antes da pandemia, oportuno analisar os projetos de lei complementar criados após declarado o estado de calamidade pública no Brasil²²

No Senado, em 2020, houve 3 propostas de lei complementar para tributar as grandes fortunas: PLP 38/2020, PLP 50/2020 e PLP 213/2020

O PLP nº 38/2020 é de autoria o Senador Reguffe, tendo como objetivo instituir o Imposto Extraordinário sobre Grandes Fortunas durante o período de calamidade pública causada pelo COVID-19, tributando com a alíquota de 0,5% as pessoas físicas cujo patrimônio líquido exceda a 50.000 salários-mínimos (SENADO, 2020a <online>).

²² BRASIL. Decreto Legislativo nº 06, de 20 de março de 2020. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm. Acesso em 30 dez. 2020.

O PLP nº 50/2020 é de iniciativa da Senadora Eliziane Gama, com o objetivo de instituir temporariamente o Imposto sobre Grandes Fortunas e Empréstimo Compulsório para financiar a proteção social em face do COVID-19. Ambos os tributos incidem sob o mesmo fato gerador: “o patrimônio líquido que exceda o valor de 12.000 (doze mil) vezes o limite mensal de isenção para pessoa física”, apurado anualmente. O empréstimo compulsório teria as características do *one-off wealth tax*, com a diferença que, conforme a sua natureza, seria restituído ao contribuinte no próximo exercício fiscal, na forma de abatimentos do próprio IGF (e corrigido pela Taxa Referencial – TR) (SENADO, 2020b <online>).

De iniciativa também da Senadora Eliziane Gama, a PLP 213/2020 visa instituir a o programa Renda Básica da Primeira infância, ao mesmo tempo que regulamenta o IGF como fonte de financiamento (SENADO, 2020c <online>).

Na Câmara dos Deputados, houve 16 propostas de lei complementar para tentar instituir a tributação sobre grandes fortunas em razão da COVID-19.

A primeira é o PLP 49/2020, de autoria do Deputado Federal Elias Vaz, que, assim como a PLP nº 50/2020, institui o Empréstimo Compulsório sobre Grandes Fortunas em razão da pandemia. Tem alíquota de 3% “do conjunto de todos os bens e direitos, situados no país ou no exterior, que integrem o patrimônio do contribuinte, e que exceda ao piso de” 1 bilhão de reais. A arrecadação do tributo será destinado a financiar o enfretamento da saúde pública, a proteção do emprego e renda do trabalhador, o socorro a microempreendedores individuais e micro e pequenas empresas, e o atendimento a assistência social e à população em estado de vulnerabilidade. Além de auxílio ao combate à pandemia, o PLP tem como justificativa evitar possível corte no salário de trabalhadores, na faixa de 30% a 40% (CÂMARA, 2020a <online>).

O PLP 59/2020, proposto pelo Deputado Marcon, objetiva regulamentar o IGF, tributando contribuintes pessoas físicas domiciliadas no Brasil, o patrimônio que se encontra no Brasil de pessoas físicas e jurídicas domiciliadas no exterior e o espólio das pessoas físicas que residam ou não no país. A base de cálculo é o valor do patrimônio líquido que exceda 5 mil vezes o limite mensal de isenção para a pessoa física no imposto de renda, em alíquotas progressivas, iniciando em 0,5% e terminando em 1%. Na justificativa do projeto, além do combate às consequências da crise do Coronavírus, há expressa menção de se evitar a redução de salários de servidores públicos na proporção de 10%, 20% e 30% (CÂMARA, 2020b <online>).

O PLP 63/2020, de autoria da Deputada Federal Rejane Dias, busca regulamentar o IGF, tributando os valores acima de 5 milhões de reais após transcorrido 1 ano do decreto do Estado de Calamidade Pública, destinando-se a arrecadação para ações e serviços de saúde, assim como para ajudar as pessoas mais pobres (CÂMARA, 2020c <online>).

As propostas do PLP 77/2020, 82/2020, 95/2020, 103/2020, 123/2020 188/2020, 201/2020, 215/2020, 258/2020 têm conteúdo bem parecido, visando regulamentar o IGF para financiar a solução de problemas causados pela pandemia, bem parecido com os critérios apresentados no PLP 59/2020 e 63/2020.²³

Por sua vez, a PLP 112/2020, proposta pelo Deputado Federal Celso Sabino, busca instituir Empréstimo Compulsório sobre Grandes Fortunas, à figura do PLP 49/2020 (CÂMARA, 2020d <online>).

O PLP 190/2020, do Deputado Federal Enéas Reis, nos moldes do PLP 38/2020, visa instituir o IGF e o empréstimo compulsório sobre grandes fortunas (CÂMARA, 2020e <online>).

Apenas o PLP 193/2020, da Bancada do Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), não usou a pandemia como justificativa para a regulação do IGF, mas sim o financiamento do Programa de Renda Mínima (CÂMARA, 2020f <online>).

De saída, todos os projetos apresentam em comum a pecha da vinculação (i) da vigência da exação à efemeridade da pandemia ou de outra circunstância²⁴ e (ii) da destinação da arrecadação às necessidades dela decorrentes²⁵.

Quando o Supremo Tribunal Federal confirmou que a Constituição adotou a classificação pentapartida de tributos (STF, 1993), o fez conferindo valor ao art. 16 do Código Tributário Nacional, segundo o qual “imposto é o tributo cuja obrigação tem

²³ Disponível em: <https://www.camara.leg.br/busca-portal?contextoBusca=BuscaProposicoes&pagina=1&order=data&abaEspecificada=true&filtros=%5B%7B%22ano%22%3A2020%7D,%7B%22descricaoProposicao%22%3A%22Projeto%20de%20Lei%20Complementar%22%7D%5D&q=fortunas>. Acesso em 29 dez. 2020.

²⁴ Conforme parágrafo único, do art. 1º, do PLC 50, “o imposto de que trata esta Lei será temporário, e terá a mesma duração do teto de gastos de que trata o art. 107 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, instituído pela Emenda Constitucional nº 95, de 2016”. Ainda, art. 1º, do PLC 28, pelo qual “vigorará durante o período de calamidade pública no Brasil a cobrança do Imposto Extraordinário sobre Grandes Fortunas”.

²⁵ Conforme art. 4º, do PLC 50, “os tributos previstos nesta Lei custearão, preferencialmente, ações de saúde, assistência social e previdência social decorrentes dos impactos sanitários e econômicos da pandemia de covid-19”. Ainda, art. 3º, do PLC 38, pelo qual “o Poder Executivo Federal assegurará que a destinação dos recursos obtidos pela cobrança do Imposto Extraordinário sobre Grandes Fortunas será feita da seguinte forma: metade para ações e serviços públicos de saúde, conforme previsão do art. 167, inciso IV, da Constituição Federal, e a outra metade para um fundo social para atender os mais pobres”.

por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte”.

O conceito de imposto delimitou-se pela inexistência de qualquer prefixação do destino da arrecadação, constituindo seu fato gerador sempre uma manifestação de riqueza pelo sujeito passivo (Constituição Federal, artigo 145, § 1º), sendo essa manifestação desvinculada de uma atuação do Estado. Isto porque aqueles que manifestam riquezas são devedores dos impostos determinados, cuja arrecadação destina-se aos interesses gerais da população.

Essa diretriz ontológica é revisitada constantemente pelo STF ao tratar de diversas questões, como, por exemplo, a definição da base de cálculo das taxas, tomando como premissa o fato de que os recursos oriundos dos impostos custeiam as despesas em geral, quando geralmente se trata de serviços *uti universi*. Nesse sentido, a arrecadação dos impostos (tributos constantes dos artigos 153, 154, I, 155 e 156) não podem se vincular a despesas especificadas, salvo quando o próprio texto constitucional excepciona, razão pela qual as duas propostas legislativas que se analisam careceriam de constitucionalidade.

Ora, se há necessidade de recursos para determinados fins, urgentes e imprevisíveis (ou, se previsíveis, de força superior às usuais), à União, e somente a ela, cabe instituir (i) “na iminência ou no caso de guerra externa, impostos extraordinários, compreendidos ou não em sua competência tributária” (inciso II, do artigo 154) ou (ii) “empréstimos compulsórios, seja (ii.1) para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência, seja (ii.2) no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional” (artigo 148, incisos I e II).

Veja-se que nessas situações de exceção, a competência tributária se destaca com nuances peculiares, afastando-se sobremaneira da competência em tempos de normalidade. Assim, a gravidade e efemeridade do infortúnio sistêmico empurram o legislador infraconstitucional para esses dispositivos, não sendo possível manifestar nessas circunstâncias o *ius imperium* dos artigos 153, 154, I, 155 e 156. Queremos dizer com isso que tais impostos não podem ter como móvel ou como teleologia o enfrentamento da pandemia, embora seus recursos possam ser usados para tanto, uma vez que se destinam a despesas em geral.

Mas à exceção de guerra externa ou sua iminência (e, portanto, excluindo o inciso II, do artigo 154, e a segunda parte do inciso I, do artigo 148), para fazer frente

à pandemia, à União restaria a instituição de empréstimo compulsório, com a aplicação dos recursos dele provenientes vinculada à despesa que fundamentou sua instituição (parágrafo único, do artigo 148). E, ainda mais, fixando a lei obrigatoriamente o prazo do empréstimo e as condições de seu resgate (parágrafo único, do artigo 15, do Código Tributário Nacional).

Se a Constituição não contém palavras inúteis, e, no trato da competência tributária, delimita tributos específicos para tempos de anormalidade, não se deveria instituir imposto para vigor temporariamente, em função de anormalidades. Na verdade, o único imposto que pode vigor circunstancialmente é o imposto extraordinário de guerra (inciso II, do artigo 154). Tanto é que a competência residual do inciso I, do mesmo artigo 154 não menciona circunstâncias de exceção. Nem mesmo uma retórica narrativa de tragédia, afirmando-se que o “Brasil trava uma verdadeira guerra contra o coronavírus”, seria capaz de justificar a invocação dessas competências.

Haveria uma limitação ao poder de tributar implícita, decorrente de uma interpretação sistemática do texto constitucional, à modificação do quadro legislativo dos impostos constantes dos artigos 153, 154, I, 155 e 156, com a finalidade única de vencer a sobrecarga ou a álea da pandemia. Pelo que, no espaço residual e extraordinário dos empréstimos compulsórios encaixam-se as demais circunstâncias de exceção, fato que sugere algumas conclusões interessantes.

É bem verdade que a jurisprudência do STF fixou que “todos os tributos submetem-se ao princípio da capacidade contributiva (precedentes), ao menos em relação a um de seus três aspectos (objetivo, subjetivo e proporcional), independentemente de classificação extraída de critérios puramente econômicos” (STF, 2011).

Todavia, no atual e distinto contexto interpretativo, resgatamos a literalidade do § 1º do art. 145, segundo o qual o princípio da capacidade contributiva destina-se aos impostos, para suscitar o argumento de que o princípio da solidariedade e a extração da contribuição individualizada e específica do sujeito passivo subjazem nessa espécie de exação. Portanto, o pedaço de bolo que cada imposto toma para si não retornaria ao confeito (contribuinte). Trata-se de uma via de mão única, sem retorno, a não ser na forma de serviços ou utilidades gerais.

O mesmo dispositivo, na sua literalidade, não se aplicaria precipuamente aos empréstimos compulsórios. Provavelmente porque seus recursos destinar-se-iam a

despesas fixadas na lei que o instituiu, retornando ao contribuinte em prazo igualmente pré-delimitado. Assim, em situação de anormalidade, o constituinte convida a sociedade a investir a custo zero em meio à crise, para que o infortúnio não a assole nem lhe retire o fôlego de vida. Isso não traduz solidariedade, e, portanto, não reclama igualdade material.

Enfatize-se o argumento para deixar clara a distinção e seus efeitos: em situações de normalidade, a Constituição prevê impostos (exceto o extraordinário de guerra), taxas, contribuições, quando, em geral, o produto da exação sobre sujeito passivo não lhe retorna individualmente, mas para a sociedade (exceto quanto à taxa). Já em situações de anormalidade, a Constituição prevê os empréstimos compulsórios, quando necessariamente o produto da exação retorna individualmente ao sujeito passivo em momento futuro.

Desta forma, o combate às desigualdades não inspira a instituição dos empréstimos compulsórios, embora políticas públicas ou medidas de governo subsequentes estimulem ou sejam estimuladas, de algum modo, por ações afirmativas.

Nessa toada, por não ser imposto (cujos fatos geradores e bases de cálculos são estonteantemente constrangidos²⁶), taxa (cujo fato gerador vincula-se ao serviço que se contracena ao contribuinte), nem qualquer contribuição, a Constituição não restringe objetivamente o fato gerador (ou base de cálculo) do empréstimo compulsório, exceto por meio de alguns dos princípios tributários gerais, notadamente o do não-confisco. E justamente em contrapartida a essa menor restrição ou a esse maior espaço de atuação, é que se impõe a destinação específica e o ressarcimento a tempo e modo pré-fixados na mesma lei que o instituiu.

Ainda acrescentemos outro limite ao empréstimo compulsório. Ora, se se trata de tributo que se institui em tempos ou em circunstâncias de anormalidade, como a situação ocasionada pelas medidas adotadas contra o COVID-19, quando a capacidade produtiva da sociedade está em inanição, não se deveria tributar desesperadamente. Por maior que seja a provocação da tragédia, a garantia da propriedade privada ainda ecoará na consciência de todos.

Assim, considerando que tributo “é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir”, o empréstimo, obviamente, não poderá

²⁶ Exemplo, art. 146 da Constituição.

provocar a liquefação de ou não poderá incidir sobre o patrimônio material do sujeito passivo. Primeiro, porque não há como extrair liquidez de patrimônio material em tempos de crise; segundo, porque empréstimo compulsório implica, naturalmente, em transferência ou disponibilização compulsória de valores “em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir”.

Tal conclusão decorre não apenas de uma interpretação a partir do conceito de tributo e do significado do termo empréstimo, mas de uma análise sistemática da própria Constituição. Ora, querendo o Poder Público bens materiais para reverter a situação de anormalidade, poderá ele requisitar ou ocupar, na medida estrita do interesse público específico e justificado (medidas essas, obviamente, autorizadas em incisos do art. 5º do texto constitucional).

Portanto, se a Constituição impõe limites ao Poder Estatal, e o faz por um conjunto sistemático de mecanismos que se amoldam a circunstâncias e situações fáticas específicas, conforme a intensidade e gravidade do infortúnio e das necessidades dele decorrentes, essa gradação e subsunção aos mecanismos impõem limitações mútuas e implícitas, a serem consideradas no momento da escolha das alternativas viáveis.

E, assim, a estima de bens móveis, imóveis e semoventes na base de cálculo do empréstimo compulsório falece de trágica inconstitucionalidade.

Soerguidas essas bases, o ocaso seria o destino das propostas, exceto, quanto ao PLC nº 50, na parte que sugere não apenas o IGF, mas, também, o empréstimo compulsório (art. 2º). Na esteira dessa espécie, a proposta compõe as exigências do tempo e modo da restituição (art. 3º) e da destinação específica da arrecadação (art. 4º). Todavia, em contradição ao exposto alhures, fixa-lhe como base de cálculo a “mesma base de arrecadação do imposto de que trata esta Lei, com a natureza de tributo prevista no art. 148 da Constituição Federal” (art. 2º).

Nesse sentido, apesar da instituição de um imposto patrimonial parecer adequada para solucionar o problema financeiro de uma situação pandêmica, o mesmo não se diz da base de cálculo. Preferível fosse que não o atrelasse à fatídica expressão “grandes fortunas”; e, sim, a atividades ou transações objetivas, que garantem uma arrecadação eficiente, sem suscitar efeitos deletérios pós-pandêmicos.

Até porque a exação é proposta para munir financeiramente o Estado no combate à anormalidade. Finalidade que, a propósito, também ceifa razões concorrentes ao IGF, ao qual se aplicam, por exemplo, os princípios da anterioridade

geral e o da anterioridade nonagesimal. Razão pela qual sua arrecadação somente poderia se dar em 2021, não servindo de suporte no momento mais crasso da pandemia.

Ao empréstimo compulsório, por outro lado, não se aplica qualquer norma de anterioridade, sendo aplicável imediatamente após sua vigência. Trata-se da versão brasileira do *one-off wealth tax*, em que os valores arrecadados serão devolvidos em data estipulada por lei complementar. Tal exceção não apenas reforça a sua adequação à situação de anormalidade que ora se debate, quanto contribui para que o IGF seja visto como um estranho em meio ao caos.

Mesmo assim, no Brasil, antes de instituir qualquer medida que possa aumentar a carga tributária, é importante observar não só o cálculo puro e simples da arrecadação, mas as consequências comportamentais dos contribuintes que, de certa forma, exercem as atividades econômicas mais rentáveis para a sociedade.

Importante lembrar que eventual *one-off wealth tax* pode remontar a mente brasileira ao Plano Collor, quando os investimentos financeiros acima de 50 mil cruzados novos foram repentinamente bloqueados, como uma tentativa de frear a inflação.

Além disso, os casos da França e de outros países que decidiram extinguir a tributação sobre grandes fortunas devem ser estudados e compreendidos, a fim de se evitar um prolongamento desnecessário de uma crise econômica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como observado, tanto a crise de 2008 quanto a pandemia do COVID-19 mobilizaram parlamentares a propor legislação complementar para implementar o imposto sobre grandes fortunas.

A justificativa dos projetos analisados normalmente tem algum apelo social, tal como a justiça social, combate à pobreza, isonomia tributária, justiça tributária, entre outras. Em alguns, tenta-se vincular a receita da arrecadação do imposto ao combate à pobreza, desigualdade social, à saúde ou atender a interesse semelhante; esbarrando, porém, no caráter não vinculativo do imposto, que não permite essa destinação de receita.

Após a pandemia do COVID-19, 16 projetos de lei complementar da Câmara dos Deputados e 3 do Senado Federal foram propostos sob a justificativa de

solucionar os problemas econômicos causados pelas medidas governamentais adotadas para evitar o colapso dos sistemas de saúde.

Em que pese a boa intenção dos legisladores em realizar os princípios constitucionais e tributários, em busca de garantir direitos fundamentais dos mais pobres e dos que necessitam de alguma ajuda estatal, mormente em período de calamidade pública, uma interpretação constitucional sistêmica refuta a viabilidade de instituição do imposto nos moldes apresentados pelos projetos, e a história mostra que este tipo de tributação causa uma série de distorções desfavoráveis à classe a que se pretende proteger.

A experiência da França serviu para mostrar que tentativas agressivas de se tributar as chamadas grandes fortunas têm como consequência a fuga de capital para outros países, tanto humano quanto de bens. Deste fato, em efeito cascata, aparentemente há uma relação entre a imposição da tributação sobre grandes fortunas e o aumento da taxa de desemprego no país. Tão logo a tributação foi afastada na França, mudando para um critério mais estável (incidência sobre valores de imóveis que ultrapassem 1,3 milhões de euros), a taxa de desemprego retornou a patamares históricos de normalidade.

Igualmente, a arrecadação dos valores na França, além de não terem sido aplicada na área a que se destinava a arrecadação, não atingiu patamares suficiente para o combate à desigualdade social.

O que se constatou foi que instituir a referida tributação ocasionou mais perdas ao país do que ganhos; o que ficou mais claro a partir de 2012.

Em percepções semelhantes, nas últimas 3 décadas, 13 países da Europa deixaram de tributar as grandes fortunas na sua acepção tradicional, sendo que apenas 3 países europeus, atualmente, ainda o fazem.

Assim, para se atingir um ponto ótimo na análise da importância da tributação sobre grandes fortunas para fim de desenvolvimento social, deve-se separar a visão puramente principiológica do Direito da averiguação das consequências ao instituir o tributo e a sua relação com os Princípios Fundamentais da Constituição Federal de 1988.

Em outras palavras, é separar o dever-ser dogmático e analisar se a finalidade do texto constitucional será atingida (ou mesmo contrariada) com a instituição do Imposto sobre Grandes Fortunas, com base na realidade.

De todo modo, as experiências existentes nos países desenvolvidos europeus levam a crer que tributar grandes fortunas, ou a riqueza, não influi como se anseia na solução financeira para problemas causados por eventuais crises; ao contrário, pode piorar a situação econômico-social de um país.

No Brasil, a regulamentação do IGF como forma de financiar as medidas contra o COVID-19 esbarra no caráter não vinculativo do imposto. Uma solução possível é a criação de empréstimo compulsório com a finalidade de custear as despesas extraordinárias ocasionadas pela pandemia.

Entretanto, não há dados disponíveis para avaliar qual será o comportamento dos cidadãos e empresas atingidos pelo empréstimo compulsório. Talvez haja fuga de capital humano e de bens em razão da quebra de confiança no Governo, que a qualquer momento, em nova crise econômica, pode se valer de novo empréstimo. Talvez haja a judicialização dos valores arrecadados com o empréstimo, o que aumentaria o custo de transação do tributo. Ou talvez os atingidos pelo empréstimo nada façam, contribuindo de bom grado.

É certo que a experiência mais próxima que o Brasil teve ao *one-off wealth tax*, visando o bloqueio de ativos de pessoas com alguma expressão financeira, foi o Plano Collor, e que teve consequências desastrosas.

Nessa pandemia de expectativas, medo, esperança e decepções, não se revela conveniente a adoção de medidas políticas e legislativas ao sabor das paixões do momento. Pois ainda que aos vencedores sejam dadas as batatas, elas podem não durar muito. Que haja bom senso, e que a História e a Constituição se imponham naturalmente.

REFERÊNCIAS

ADVANI, Arun. CHAMBERLAIN, Emma. SUMMERS, Andy. A Wealth Tax for the UK: wealth tax comission final report. **Wealth Tax Comission**, Disponível em <<https://tinyurl.com/y7pnrwkz>>. Acesso em: 18 dez. 2020.

ARGENTINA. Ley n° 27.605, de 18 de dezembro de 2020. **Aporte solidario y extraordinario para ayudar a morigerar los efectos de la pandemia**. Disponível em: <<https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/238732/20201218>>. Acesso em 30 dez. 2020.

ARRONDEL, Luc; LAFERRERE, Anne. Taxation and wealth transmission in France. **Journal of Public Economics**, v. 79, n. 1, p. 3-33, 2001.

BADEL, Alejandro et al. Higher taxes for top earners: can they really increase revenue?. **The Regional Economist**, v. 21, n. 4, 2013.

BLAKE, Paul. WADHWA, Divyanshi. 2020 Year in Review: The impact of COVID-19 in 12 charts. **World Bank Blogs**. Disponível em: <<https://blogs.worldbank.org/voices/2020-year-review-impact-covid-19-12-charts>>. Acesso em 02 jan. 2021.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Complementar n. 277, de 2008. Objetiva regulamentar o inciso VII do art. 153 da Constituição Federal (Imposto sobre Grandes Fortunas). Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=388149>>. Acesso em 20 maio 2020.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Complementar n. 49, de 2020. Busca instituir a Renda Básica da Primeira Infância de R\$ 800,00, custeada por tributação progressiva. 2020a. Disponível em: <<https://tinyurl.com/y45pn2y8>>. Acesso em 30 dez. 2020.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Complementar n. 59, de 2020. Busca regulamentar o disposto no art. 153, inciso VII, da Constituição Federal, para instituir o Imposto Sobre Grandes Fortunas. 2020b. Disponível em: <<https://tinyurl.com/yyt39koe>>. Acesso em 30 dez. 2020.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Complementar n. 63, de 2020. Busca disciplinar as regras de aplicação do Imposto Sobre Grandes Fortunas e dá outras providências. 2020c. Disponível em: <<https://tinyurl.com/y3ubupt4>>. Acesso em 30 dez. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Complementar n. 112, de 2020. Busca instituir Empréstimo Compulsório incidente sobre Grandes Fortunas, nos termos do inciso I do art. 148 da Constituição Federal, que financiará necessidades de proteção social decorrentes do Covid-19. 2020d. Disponível em: <<https://tinyurl.com/yy85dhk4>>. Acesso em 30 dez. 2020.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Complementar n. 190, de 2020. Busca instituir o Empréstimo Compulsório sobre Grandes Fortunas para financiar despesas relacionadas ao estado de calamidade pública decorrente da pandemia da COVID-19 e o Imposto sobre Grandes Fortunas, previsto no inciso VII do art. 153 da Constituição Federal. 2020e. Disponível em: <<https://tinyurl.com/yy5yd943>>. Acesso em 30 dez. 2020.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Complementar n. 193, de 2020. Busca instituir o Imposto sobre Grandes Fortunas, nos termos do art. 153, inciso VII, da Constituição Federal, que será destinado ao Programa de Renda Mínima Permanente. 2020f. Disponível em: <<https://tinyurl.com/y5lquqvp>>. Acesso em 30 dez. 2020.

_____. Decreto Legislativo nº 06, de 20 de março de 2020. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República

encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm>. Acesso em 30 dez. 2020.

_____. Portal da legislação. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/>>. Acesso em 20 maio 2020.

_____. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado n. 534, de 2011. Brasil. 2011. Objetiva regulamentar o inciso VII do art. 153 da Constituição Federal, para dispor sobre a tributação de grandes fortunas. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/101942>>. Acesso em 23 mar. 2020.

_____. Senado Federal. Projeto de Lei Complementar n. 38, de 2020. Busca instituir, durante o período de calamidade pública no Brasil, o Imposto Extraordinário Sobre Grandes Fortunas. 2020a. Disponível em: <<https://tinyurl.com/y68f4rkk>>. Acesso em 30 dez. 2020.

_____. Senado Federal. Projeto de Lei Complementar n. 50, de 2020. Busca instituir o imposto sobre grandes fortunas e empréstimo compulsório, para financiar necessidades de proteção social decorrentes da covid-19. 2020b. Disponível em: <<https://tinyurl.com/y2hm4zlg>>. Acesso em 30 dez. 2020

_____. Senado Federal. Projeto de Lei Complementar n. 213, de 2020. Busca instituir a Renda Básica da Primeira Infância de R\$ 800,00, custeada por tributação progressiva. 2020c. Disponível em: <<https://tinyurl.com/y2avqtr7>>. Acesso em 30 dez. 2020.

BOLÍVIA. Ley nº 1.357, de 28 de dezembro de 2020. La presente Ley tiene por objeto establecer el Impuesto a las Grandes Fortunas – IGF, de domínio tributario nacional. Disponível em <https://drive.google.com/file/d/1e3c8ftUkVy5GdfDkw-8lhw_JoTILsLy9/view>. Acesso em 30 dez 2020.

CALEIRO, João Pedro. Por que estes economistas não apoiam um imposto sobre fortunas?. **Exame**, São Paulo, 21 abr. 2018. Economia. Disponível em: <<https://exame.com/economia/por-que-estes-economistas-nao-apoiam-um-imposto-sobre-fortunas/>>. Acesso em 20 maio 2020.

CARVALHO, Pedro Humberto Bruno de. As discussões sobre a regulamentação do Imposto sobre Grandes Fortunas: a situação no Brasil e a experiência internacional. **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada**, Rio de Janeiro. 2011.

CLIFT, Ben. Le changement? French socialism, the 2012 presidential election and the politics of economic credibility amidst the eurozone crisis. **Parliamentary affairs**, v. 66, n. 1, p. 106-123, 2013.

DE LANNOY, Léo Aparisi et al. **Fiscalité du capital mobilier quel impact du prélèvement forfaitaire unique (PFU)?**. Sciences Po, 2017.

DROMETER, Marcus et al. Wealth and inheritance taxation: An overview and country comparison. **ifo DICE Report**, v. 16, n. 2, 2018.

FERREIRA, Victor Ribeiro. O Brasil cobra menos imposto sobre herança que outros países? O tributo sobre a herança como meio de diminuir a desigualdade social. **Revista Fórum de Direito Tributário - RFDT**. Belo Horizonte - MG, ano 16, n. 95, p. 119-149, set/out. 2018.

GUILLOT, Malka. Who Paid the French 75% Tax on Millionaires? Effects on top wage earners and their employers. **Effects on Top Wage Earners and Their Employers (June 30, 2019)**, 2019.

HANSSON, Asa et al. **The wealth tax and economic growth**. Lund University, 2002.

HORN, Martin. H-France Review Vol. 13 (May 2013), No. 62 Nicolas Delalande, Les Batailles de l'Impôt: Consentement et résistances de 1789 à nos jours. Paris: Éditions du Seuil, 2011. 445 pp. 24.00€.(pb). ISBN 978-2-02-096448-7.

MA, John. A. Heller et A.-V. Pont (éds), Patrie d'origine et patries électives (2012). **Topoi. Orient-Occident**, v. 18, n. 2, 2013. p. 565-570.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; LOCATELLI, Soraya David Monteiro. O imposto sobre grandes fortunas. **Jus Navigandi**, Teresina, ano, v. 13, 2008. Disponível em <http://www.gandramartins.adv.br/project/ives-gandra/public/uploads/2013/02/05/73dee55a200268_o_imp_sobre_gdes_forts.pdf>. Acesso em: 20 maio 2020.

MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE ET DES FINANCES DE RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. Statistiques. Disponível em: <<https://www.impots.gouv.fr/portail/statistiques>>. Acesso em 22 maio 2020.

_____. Statistiques. Disponível em: <<https://www.impots.gouv.fr/portail/statistiques>>. Acesso em 20 mai 2020.

_____. Contribution exceptionnelle sur la fortune 2012. Disponível em: <https://www.impots.gouv.fr/portail/files/formulaires/2725/2012/2725_98.pdf>. Acesso em 22 maio 2020.

_____. Calcul de L'ISF. Disponível em: <<https://www.impots.gouv.fr/portail/particulier/calcul-de-lisf>>. Acesso em 22 maio 2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Coronavirus disease (COVID-19): herd immunity, lockdowns and COVID-19**, 2020. Disponível em: <<https://www.who.int/news-room/q-a-detail/herd-immunity-lockdowns-and-covid-19>>. Acesso em 02 jan. 2021.

PAQUIER, Félix; SCHMITT, Kevin; SICSIC, Michaël. Simulation des effets redistributifs de la transformation de l'ISF en IFI à l'aide du modèle Ines. 2019.

PICHET, Eric. The Economic Consequences of the French Wealth Tax. **La Revue de Droit Fiscal**, v. 14, 2007.

_____. Towards a Reform of France's ISF Wealth Tax and General Regime for the Taxation of Personal Estates. **La Revue fiscale du patrimoine**, n. 4, 2016.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. Piketty e a reforma tributária igualitária no Brasil. Rio de Janeiro. **Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento**. Vol. 3, n. 3, 2015.

STATISTA. 2020. France: Unemployment rate from 1999 to 2019. Disponível em: <<https://www.statista.com/statistics/263697/unemployment-rate-in-france/>>. Acesso em 22 maio 2020.

_____. 2020. Number of immigrants entering the United Kingdom from 1980 to 2019. Disponível em: <<https://www.statista.com/statistics/283599/immigration-to-the-united-kingdom-y-on-y/>>. Acesso em: 28 set. 2020.

_____. **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ADI 447**. Relator: Ministro Octavio Gallotti. DJ 5/3/1993. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%201380>>. Acesso em 22 maio 2020.

STF. **AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE: ADC 8 MC**. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ 4/4/2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%201380>>. Acesso em 22 maio 2020.

_____. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 406.955 AgR**. Relator: Mininistro Joaquim Barbosa. DJE 21/10/2011. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%201380>>. Acesso em 22 maio 2020.

STIGLITZ, Joseph E.; BROWN, Eleanor P. **Economics of the public sector**. New York: WW Norton, 1988.

TRANNOY, Alain. 3.4 much to do about nothing: the solidarity tax on wealth (ISF) in France. **Economy**, 2015.

VERBIT, Gilbert Paul. France tries a wealth tax. **U. Pa. J. Int'l Bus. L.**, v. 12, 1991.

ATUAÇÃO ESTATAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONTEXTO DA PANDEMIA DO COVID-19¹

Moema Locatelli Belluzzo²

Ana Carolina Barros Pinheiro Carrenho³

SUMÁRIO: Introdução. 1. Os direitos humanos e as suas dimensões. 1.1 Primeira dimensão de direitos fundamentais. 1.2 Segunda dimensão de direitos fundamentais. 2. A pandemia de COVID-19 atuação do estado brasileiro. 2.1 Desafio do Estado na efetivação dos direitos fundamentais. 3. Interface entre direitos humanos e a pandemia de COVID-19. 3.1 O direito fundamental à saúde. 3.2 Restrições de direitos fundamentais e razão da pandemia. 3.3 Eventuais colisões e o princípio da proporcionalidade. Conclusão. Referências

RESUMO: A pandemia da COVID-19, provocada pelo Sars-Cov-2 coronavírus, exsurge-se num mundo globalizado, com técnicas científicas desenvolvidas para monitoramento e prevenção de riscos e com Estados comprometidos em assegurar às pessoas os direitos inerentes ao homem. Em meio à calamidade pública, desafia-se o Estado a atuar sob os moldes de intervenção ou abstenção, a fim de garantir a maior eficácia aos direitos fundamentais positivados, sem incorrer em excesso ou em deficiência de proteção.

PALAVRAS-CHAVE: direitos humanos; direitos fundamentais; coronavírus; COVID-19.

STATE ACTION AND FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE CONTEXT OF COVID-19 PANDEMIC

ABSTRACT: The COVID-19 pandemic, produced by the Sars-Cov-2 coronavirus takes place in a globalized world, with scientific techniques developed for risk monitoring and prevention and with states committed to guaranteeing people the rights inherent to man. In the midst of public calamity, the State is challenged to act under the molds of intervention or abstention, in order to guarantee greater effectiveness to the fundamental rights affirmed, without incurring in excess or deficiency of protection.

KEYWORDS: human rights; fundamental rights; COVID-19.

¹ Artigo Científico apresentado à disciplina Desafios Contemporâneos da Ordem Constitucional, do curso de Mestrado em maio de 2020.

² Autora: Tabela e registradora, mestre em Direito, Justiça e Desenvolvimento no Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa-IDP, <http://lattes.cnpq.br/6797089618932461>, moemalocatellibelluzzo@gmail.com.

³ Autora: Advogada, mestrando em Direito, Justiça e Desenvolvimento no Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa-IDP, <http://lattes.cnpq.br/5870131717738750>, anacarolina@pinheirocarrenho.com.br

INTRODUÇÃO

Ao tratar da responsabilidade política numa *sociedade de risco*, Zigmunt Bauman (1997, p. 290-1) comentou o perigo de o Estado eximir-se de suas responsabilidades. Segundo o autor, um perigo notado universalmente pelos agentes políticos poderia dar início a uma ação unificada e eficaz. Outra crítica do sociólogo dirige-se à pesquisa científica, quando se encarrega com exclusividade de corrigir e mitigar danos que ela própria provocou (BAUMAN, 1997, p. 280).

Pouco mais de duas décadas depois de escrito o texto de Bauman, tem-se o contexto atual de pandemia de COVID-19: um risco público globalizado que revela o Estado como agente indispensável para conter o avanço epidemiológico, e a ciência como instrumento capaz de fornecer soluções benéficas para a humanidade como um todo.

A pandemia do coronavírus, como ficou conhecida a síndrome respiratória causada pelo vírus Sars-Cov-2, que gera a COVID-19, iniciou-se na China em dezembro de 2019, mas se alastrou com grande velocidade. Poucos meses depois, passou a ser considerada uma pandemia pela Organização Mundial da Saúde (OMS). Além de sua alta contagiosidade, a doença mostrou-se letal para pessoas em grupo de risco.

Diante disso, compete ao Estado ações de promoção, proteção e recuperação da saúde e todos os direitos fundamentais afetados pelo contexto de calamidade, tais como acesso ao sistema de saúde, transporte, alimentação, renda, moradia, desenvolvimento, dentre outros (MAZZUOLI, 2020). Esse dever é ainda mais premente no Brasil, um país com grandes desigualdades sociais, no qual a ampla maioria da população depende da saúde pública – a qual, aliás, é de acesso gratuito e universal, sendo prescrição da Constituição Federal de 1988.

Essa conjuntura exige uma atuação estatal essencialmente orientada às ações positivas, de natureza prestacional. Isso porque o Estado tem como um de seus escopos garantir o bem-estar de acordo com as exigências atuais da sociedade. Nesse sentido, é esperado que haja certas restrições às liberdades individuais e outros direitos fundamentais, com maior ênfase que em tempos comuns; a fim de garantir a saúde e outros direitos positivos, é viável que ocorram restrições, por exemplo, às liberdades de ir e vir, à livre iniciativa, ao exercício profissional, ao trabalho.

Todavia, a mitigação de direitos deve ocorrer sempre de maneira fundamentada, estritamente vinculada ao interesse público, em caráter excepcional e temporário, em pleno respeito à dignidade da pessoa humana. Em outras palavras, a calamidade pública não pode servir de pretexto para o arbítrio estatal, consubstanciado em atos administrativos sem a devida motivação e políticas públicas desarrazoadamente ofensivas a direitos e garantias individuais.

Diante disso, o presente artigo visa a entender como o Estado brasileiro tem assumido sua função de garantia dos direitos fundamentais, analisando situações de conflitos de direitos fundamentais a partir do contexto de calamidade pública e das respostas estatais esperadas a partir da Constituição.

1. OS DIREITOS HUMANOS E AS SUAS DIMENSÕES

Analizando a primeira geração de direitos naturais, a ministra Eliana Calmon, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), traz importantes reflexões sobre o desenvolvimento histórico dos direitos em geral, de modo particular os políticos e os sociais:

Podemos, então, dizer que os direitos humanos nascem de afirmações filosóficas, evoluem para o estado de positivação ou reconhecimento estatal e, ao final, podem adquirir o status de universalidade pelo consenso. [...]

Nesse diapasão, no estágio de consciência de que os direitos são conquistados e não outorgados, parte o homem, com resistência e pressão, para ampliar os direitos fundamentais, ultrapassando a esfera do natural, para chegar aos DIREITOS POLÍTICOS. [...]

A marca registrada desta era está na consciência da imperiosa necessidade de pôr limites ao superpoder do Estado. Daí a preocupação em garantir-se a liberdade pessoal: *ninguém pode ser acusado, preso ou detido, senão nos casos determinados em lei*. [...]

O amadurecimento de novas exigências ou de novos valores, tais como o bem-estar, a equidade real e não apenas formal, e o interesse na manutenção de uma igualdade que transcende a fronteira do Estado, fizeram explodir uma nova era, a era dos DIREITOS SOCIAIS [...]. (CALMON, 2001, grifo nosso)

O direito, como é notável, é uno e indivisível. No entanto, a fim de dispor de melhor compreensão, passa a ser classificado conforme o protagonismo do indivíduo e do Estado. Destarte, quando o Estado se abstém diante da liberdade no âmbito privado, trata-se da primeira dimensão (ou geração) de direitos. Por outro lado, o Estado prestacionista, que intervém para a efetivação da justiça social, descreve a segunda dimensão de direitos.

Além destas gerações, são reconhecidos direitos de terceira geração (direitos difusos, como o meio ambiente), quarta (decorrentes especialmente da engenharia genética) e até quinta (paz mundial), embora a doutrina divirja nessas classificações (LENZA, 2012, p. 957-961).

Não obstante, o consenso da maioria dos doutrinadores atualmente é de que “os direitos humanos nascem de afirmações filosóficas, evoluem para o estado de positivação ou reconhecimento estatal e, ao final, podem adquirir o *status* de universalidade pelo consenso” (CALMON, 2001).

Porém, mesmo consensual, essa visão positivista não é unânime. O justanaturalismo considera uma dimensão jurídica anterior à do direito positivado pelas ordens constitucionais. Foge do objeto deste trabalho a secular discussão sobre a veracidade dessa premissa. Frise-se apenas que é um erro pueril, próprio do pensamento esquemático, imaginar que uma corrente de pensamento tenha sido superada apenas por questões cronológicas ou de consensos de maiorias. Mesmo porque o direito natural tem grandes representantes ainda hoje, como John Mitchell Finnis.

Feitas essas ressalvas, a metodologia adotada é analítica e crítica a partir das diversas interpretações e referências teóricas sobre a análise das duas primeiras dimensões de direitos fundamentais positivos, eis que tratam do protagonismo estatal como garantidor dos direitos civis e políticos na primeira geração dos direitos fundamentais e os direitos sociais, econômicos e culturais positivados na Constituição Federal Brasileira.

1.1 PRIMEIRA DIMENSÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Assinada na Inglaterra, em 1215, a Magna Carta estabelecia limites ao exercício do poder do monarca. Na medida em que reconhecia direitos dos cidadãos em face do poder do Soberano, esse documento foi uma espécie de precursor dos direitos fundamentais negativos. No entanto, a história atribuiu às revoluções liberais do Século XVIII o surgimento da primeira dimensão de direitos, de modo particular a norte-americana (1776) e a francesa (1789).

Em 1789, na França, foi publicada a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (FRANÇA, 1789 <online>), com intenção de afirmar um rol inalienável de direitos humanos com reconhecimento universal. No século XX, esse documento foi

atualizado pela Declaração Universal de Direitos Humanos (ONU, 1948), dessa vez capitaneado não por um Estado Nacional, mas pela recém criada Organização das Nações Unidas (ONU), especialmente diante da necessidade dessa reafirmação de direitos humanos na conjuntura do pós Segunda Guerra Mundial, em que ocorreram situações de negações sistemáticas e deliberadas de direitos humanos por parte de regimes totalitários como o nazismo e o comunismo. O direito positivado passou a considerar o valor da pessoa por sua *humanidade*, independentemente de sua cultura, etnia, origem, sexo, etc., o que passou a ser internalizado pelas diversas ordens constitucionais dos estados-nação.

Sem prejuízo de legislações anteriores, a Constituição Federal de 1988 (CF/88) foi a responsável por atualizar essa perspectiva personalista no ordenamento jurídico pátrio. Mais que isso, erigiu a dignidade da pessoa humana como fundamento da ordem constitucional (CF/88, art. 1º, III), valor máximo no qual todos os demais direitos encontram seu sentido. Outrossim, a CF/88 positivou grande rol de direitos fundamentais de ordem individual, coletiva, social e política, prevendo também a possibilidade de recepção de direitos a partir da ordem internacional (art. 5º, § 2º da CF/88).

Trata-se dos direitos civis e políticos que têm por característica o seu aspecto negativo, isto é, a abstenção estatal através de limites impostos pelo povo – de quem emana o poder. O indivíduo é capaz de tudo o que não proíbe a lei, não podendo o Estado intervir na sua liberdade de ir e vir, de expressão, de associação, nem restringir o seu direito à vida, à saúde, à segurança, à informação, dentro outros. Para o indivíduo, são direitos que lhe asseguram a vida digna e lhe protegem do abuso do poder do Estado.

1.2 SEGUNDA DIMENSÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Com o progresso da técnica e as sucessivas Revoluções Industriais, houve a segregação de grupos vulneráveis, privados de direitos fundamentais. Sem adentrar a discussões filosóficas, sociológicas e ideológicas que explicam a origem desse fenômeno – as quais não fazem parte do objeto deste trabalho –, fato é que o Estado contemporâneo emergiu desse devir histórico com a missão de efetivar direitos fundamentais que exigem prestações.

Trata-se dos direitos sociais, econômicos e culturais, cujas primeiras manifestações se deram na Constituição do México (1917) e na Constituição de

Weimar (1919), alastrando-se por todos os países ao longo do século XX. A Constituição brasileira de 1934, por exemplo, inspirada na alemã de 1919, foi a primeira que positivou no Brasil direitos fundamentais prestacionais.

Todavia, há o desafio de que essa efetivação ocorra de uma maneira equilibrada com a garantia dos direitos e liberdades negativas, as quais o Estado continua tendo que respeitar, sob o risco de cair nas diversas formas de totalitarismo e autoritarismo, como tanto se viu no cenário político do Século XX.

Apenas para citar um exemplo, é um clichê acadêmico louvar a Constituição Mexicana de 1917 por seus direitos declarados, esquecendo-se que o movimento sociopolítico que lhe deu origem, a Revolução Mexicana, foi repleto de atos atrozes de genocídio e perseguição. Não se diz que a ordem social anterior à Revolução Mexicana não devesse ser alterada, ou que os direitos sociais inscritos na Constituição Mexicana de 1917 não devem ser positivados. O que se quer alertar é na facilidade com que discursos declaradamente “libertadores” podem decair em arbitrariedades.

Usando a terminologia de Jellineck (*apud* DALLARI, 2011), se os cidadãos passaram a ser “credores” de um Estado prestador de ações positivas (*status civitatis*), não podem os cidadãos voltar a serem súditos de um Estado tirânico (*status subjectionis*).

Portanto, embora a emersão da segunda dimensão de direitos fundamentais seja cronologicamente posterior aos primeiros, não se fala em situação de revogação ou hierarquia entre eles, mas também o valor social do trabalho, o sigilo e a autodeterminação informacional. A doutrina constitucionalista atribui ao Estado, não mais totalitário, garantir a dignidade da pessoa humana integralmente, assegurando liberdades positivas e negativas. Garante-se a vida, mas também a saúde para mantê-la; o ir e vir, mas também o ter para “onde ir” (a moradia); a livre iniciativa.

2. A PANDEMIA DE COVID-19 ATUAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO

Em 11 de março de 2020, a OMS considerou a COVID-19 como uma pandemia. Desde janeiro desse ano, a doença já era considerada uma emergência de saúde pública de importância internacional. Esta é a sexta ocasião, precedida então da

H1N1, do poliovírus, da ebola na África Ocidental, do vírus zika e da ebola na República Democrática do Congo. (UNB, 2020)

O coronavírus (Sars-Cov-2) causa diversos sintomas, tendo como principal a síndrome respiratória aguda grave que vem a provocar a COVID-19. A doença tem como marco inicial declarado a cidade de Wuhan Hubei, na República Popular da China, em dezembro de 2019.

Os Estados e os indivíduos se depararam com um novo contexto para cooperação mútua com o fim de enfrentamento do Sars-Cov-2 coronavírus, sem desprezar os demais direitos humanos e fundamentais, seja econômicos e sociais, seja civis e políticos.

Criada em 1946, logo após a segunda guerra mundial, a OMS é órgão especializado da Organização Mundial das Nações Unidas (ONU) para prevenção e o cuidado de tudo o que afete a saúde, orientando os Estados.

Aprovado em 2005 e em vigor desde 2007, o **Regulamento Sanitário Internacional**, da OMS, tem como objetivo “prevenir e impedir graves problemas de saúde que ultrapassem fronteiras e prejudiquem grande parte da população mundial” (MAZZUOLI, 2020, grifo nosso), tecendo princípios internacionais de proteção da saúde.

Portanto, pandemias como a da COVID-19 são exatamente o foco para o qual se destina o *Regulamento Sanitário Internacional*, motivo pelo qual suas determinações devem ser observadas por todos os Estados. O instrumento prevê medidas concretas para se evitar graves calamidades mundiais de saúde, pautadas, especialmente, no *dever de informar*, que é considerado o pilar fundamental – ou *pedra angular* – do sistema internacional de proteção da saúde. Com base nesse dever informacional, realiza-se uma *vigilância global* em matéria de saúde, tal como perseguida pela OMS nos princípios regentes do seu instrumento constitutivo. (MAZZUOLI, 2020, grifo nosso)

Embora Mazzuoli dê enfoque à situação da China, local de origem da pandemia, procura-se trazer a perspectiva para o Brasil. É notório, como o autor bem expõe, que os princípios internacionais de proteção à saúde versam sobre direitos humanos. O Estado deve, então, efetivá-los e conferir concretude no seu ordenamento interno.

No Brasil, a **Lei Federal nº 13.979/2020** foi sancionada para enfrentamento da pandemia, prevendo medidas de emergência de saúde pública em razão do coronavírus. A atuação estatal, não obstante a situação de calamidade pública, deve estar de acordo com os parâmetros de direito à saúde que deve ser assegurado universalmente.

2.1 DESAFIO DO ESTADO NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

De modo diferente do que se viveu há mais de setenta anos, quando se passou a cogitar a positivação de direitos humanos logo após grandes guerras e desastres, hoje a pauta dos governos já é amplamente fundamentada na dignidade da pessoa e nos seus direitos, com a colaboração internacional, em atuação contrária a um inimigo inumano: um vírus.

Neste milênio, já se faz possível monitorar os riscos e procurar agir de modo a prevenir ou minimizar danos. “O risco pode ser *determinado*, ou seja, medido *objetivamente* (e é exatamente isso que a ciência pretende estar fazendo, e fazendo bem) – computando a probabilidade estatística de acontecer o desastre, assim como o provável tamanho do desastre.” (BAUMAN, 1997, p. 280)

Trata-se de um novo cenário para enfrentamento de grandes desafios, como uma pandemia, diferentemente de tantas outras crises enfrentadas por países da Europa e continente asiático, o desafio neste momento é global e envolve cooperação entre os países como nunca antes experimentado, em especial entre os Estados na conjugação de esforços para garantir aos seus cidadãos o direito que lhes é assegurado e a segurança sanitária para o exercício de suas liberdades individuais.

Neste sentido, o cenário incerto referente ao melhor processo de condução política-sanitária tem se mostrado um dos maiores desafios na atualidade, tanto pelo desconhecimento científico aprofundado, quanto pela necessidade de agilidade governamental para tomada de decisões que impactem menos as liberdades e garantias fundamentais ao mesmo tempo que garanta a saúde e vida de seus cidadãos.

A OMS, ao constatar o incremento no número de casos e de mortes espalhadas em diversas regiões do mundo, declarou, em março de 2020, que o estado de calamidade consistia propriamente numa pandemia, termo que designa a expansão geográfica de uma doença e não necessariamente a sua gravidade (UNB <online>).

O Brasil publicou a Lei n. 13.979, em fevereiro de 2020 além de normativos congêneres, no entanto o mais relevante para o tema em estudo é o artigo 3º da referida lei que dispõe sobre as medidas que vêm restringir direitos, justificadas pela calamidade em sede de saúde pública. Por outro lado, em seus parágrafos, assegura

que as medidas devem ser tomadas apenas se embasadas em evidências científicas e por tempo limitado.

O Estado assegura ainda o direito à informação e assistência à família, o tratamento gratuito e, primordialmente, o pleno respeito à dignidade, aos direitos humanos e às liberdades fundamentais.

Outrossim, o Estado que firma um compromisso internacional de conteúdo de direitos humanos tem diretrizes supralegais, não havendo qualquer violação a sua soberania, uma vez que tais tratados e compromissos permanecem subalternas às constituições, exceto, como ocorre no Brasil, se são incorporados ao ordenamento jurídico interno com a mesma rigidez de uma modificação constitucional.

3. INTERFACE ENTRE DIREITOS HUMANOS E A PANDEMIA DE COVID-19

Conforme amplamente exposto, a sociedade demanda simultânea atenção aos direitos humanos e à pandemia em comento. Ambos demandam uma perspectiva global e uma atuação do Estado em cooperação com o sistema internacional.

As decisões e as práticas relacionadas ao enfrentamento da pandemia da COVID-19 devem ser formuladas e implementadas com base nos fundamentos do respeito à dignidade humana e aos direitos humanos. Desse modo, as respostas globais à pandemia da COVID-19 em conformidade com os direitos humanos pressupõem que a interação entre os setores da saúde e dos direitos humanos seja fortalecida. Com efeito, o enfrentamento da pandemia da COVID-19 impõe uma reconfiguração das articulações entre saúde pública, bioética e direitos humanos, como se deu por ocasião da luta pela prevenção da difusão do HIV e da AIDS, na década de 1990. [...]

O enfrentamento das consequências adversas da pandemia da COVID-19 deve ser baseado em decisões e ações fundamentadas no enfoque de direitos humanos, notadamente em razão de tal enfoque oferecer uma oportunidade singular para que se busque o bem-estar de todos, incluindo-se os grupos mais vulneráveis. Sendo assim, é essencial que as respostas dadas pelos governos federal, estadual e municipal estejam alinhadas às normas de direitos humanos, principalmente com aquelas que visam à proteção dos indivíduos em circunstâncias de emergência. (UNB, 2020)

Como é cediço, os direitos humanos envolvem os direitos de primeira e segunda dimensões, e, em um contexto de pandemia global, ressaltam-se os direitos à vida e à saúde, mas não se pode deixar de contemplar a situação emergencial em que se expõem os indivíduos e toda a comunidade, havendo a necessidade de medidas que possam conflitar temporariamente com tais liberdades individuais tendo como horizonte a coletividade. Diante disso, faz-se estritamente necessária a atuação

positiva do Estado, assegurando o mínimo para uma existência digna, dando amparo em razão dos desafios impostos à economia, à educação, assistência social, à saúde pública.

3.1 O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

No plano internacional, diversas fontes abarcam direitos humanos envolvendo a saúde. A OMS, em 1991, anunciou um novo paradigma de saúde, considerando as mudanças das realidades políticas, econômicas e sociais, com uma perspectiva mundial, dando-lhe centralidade para a qualidade de vida. Trata-se de “uma nova visão do mundo centrada na saúde. A preocupação com a saúde e a busca da segurança neste campo foi apontada como um traço característico da cultura atual [...]” (PACCINI, 2014, p. 724).

Assim como a OMS, a UNESCO (Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura) integra a ONU e promove direitos humanos. A Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos (2005) por exemplo, permite a limitação dos direitos em face da preservação da saúde pública⁴:

Se a aplicação dos princípios enunciados na presente Declaração tiver de ser limitada, deverá sê-lo por lei, nomeadamente pelos textos legislativos sobre a segurança pública, a investigação, detecção e demanda judicial em caso de delito penal, a proteção da saúde pública ou a proteção dos direitos e liberdades de outras pessoas. Qualquer lei deste tipo deve ser compatível como direito internacional relativo aos direitos humanos. (UNESCO <online>, grifo nosso)

Dado tamanho da crise sanitária mundial instalada, em regra, os Estados procuram compartilhar as pesquisas referentes a questões transnacionais de saúde, a cooperarem na difusão internacional de informação científica e a adotarem medidas internas pautadas em conformidade com o direito internacional, tudo como medida de alcance mais breve e eficaz de estancamento do problema mundial, mas também para garantir a continuidade do exercício dos direitos fundamentais.

No plano interno do Brasil, a Constituição Federal prevê a saúde como direito social fundamental (artigo 6º). Com efeito, a saúde é direito de todos e dever do Estado, que deve reduzir os riscos de doença e dar acesso universal e igualitário aos meios de prevenção e tratamento de patologias (artigo 196).

⁴ A respeito dos direitos humano e bioética há debates ainda na doutrina sobre estarem inseridos em uma quarta geração de direitos humanos, ou ainda, sendo identificados como direitos da terceira geração como direito relativo às novas tecnologias de informação e biomédicas.

Logo, “são de relevância pública as ações e serviços de saúde”, que devem ser promovidos e fiscalizados pelo Poder Público (artigo 197), por meio do Sistema Único de Saúde, o SUS (artigo 198). No que interessa a este trabalho, dentre as diretrizes do SUS importa mencionar a política do “atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas” (artigo 198, II).

Em caráter infraconstitucional, a matéria da saúde é regulamentada pela Lei nº 8.080/1990, que “dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde”, denomina a saúde como “um direito fundamental do ser humano”, a cargo do Estado (artigo 2º). O art. 7,

Art. 7º (...)

II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;

III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral;

IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;

V - direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde;

VI - divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário (...)

VIII - participação da comunidade (...)

Não obstante a Lei nº 8.080/1990 seja a Lei Orgânica do SUS, os princípios nela contemplados podem ser considerados balizas para todos os serviços de saúde. Seja como for, esses princípios dizem respeito à realidade da grande maioria da população brasileira.

3.2 RESTRIÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E RAZÃO DA PANDEMIA

Quando em cotejo com a saúde pública, alguns direitos individuais devem ser mitigados a fim de se garantir o bem comum e da coletividade. É o que acontece, *e.g.*, nos casos de epidemia ou pandemia, quando a liberdade individual pode ser restringida a fim de se evitar o contágio.

Em nenhuma hipótese há desoneração dos Estados em cumprir os compromissos sobre direitos humanos, pelo contrário, algumas limitações devem ser impostas, de forma adequada e no momento adequado para haver eficiência, caso contrário, medidas limitadoras dos Estados podem acarretar em ineficiência no combate a pandemia e prejuízos futuros em grande escala no aspecto social e econômico.

Destarte, a Lei nº 13.979/2020, ao prever o isolamento e a quarentena, a obrigatoriedade dos testes e exames, restrições de locomoção por rodovias, portos e aeroportos, as requisições de bens ou serviços, dentre outras medidas, deve ser interpretada conjuntamente com os pactos internacionais sobre direitos civis e políticos (ONU c <online>), sobre os direitos econômicos, sociais e culturais (ONU d <online>), de São José da Costa Rica (CIDH <online>), e outras normativas supraleais que tratam de direitos humanos. Tais práticas devem ser fundamentadas, como todo o ordenamento jurídico, na dignidade da pessoa e nos seus direitos fundamentais tendo sobre os ombros do Estado a necessidade de promover uma estratégia nacional, com a responsabilidade de realizar a medida que se verifica necessária e eficiente ao combate da pandemia de forma parametrizada nacionalmente e coerente, em especial no Brasil, um país continental.

Assegura-se, portanto, os direitos à vida e à saúde primordialmente, à liberdade, à segurança, à informação, à privacidade, à não-discriminação, etc. É fato que tais garantias individuais devam ser balizadas em razão da solidariedade; mas o que não se pode admitir é a supressão completa desses direitos sob argumento de se estar seguindo “a ciência” ou “respeitando a vida”.

Numa situação de maior vulnerabilidade, não deve o paciente ou suspeito de ter sido contaminado pelo Sars-Cov-2 ser privado de seus direitos. Tendo em vista o princípio da integralidade da assistência (art. 7, II da Lei nº 8.080/1990), sem prejuízo de regras específicas, todos têm direito ao diagnóstico e tratamento corretos, bem como acesso a serviços emergenciais, aparelhos respiratórios, Unidade de Tratamento Intensiva (UTI).

Ademais, deve haver uma condição de igualdade, sem discriminação, especialmente quando a situação estabelece grupos de risco. As questões etárias e de integridades física e psíquica devem ser consideradas apenas para o reforço do cuidado do próprio indivíduo.

Assim também, é direito de todo cidadão brasileiro, decidir sobre a submissão a tratamento, medicamentoso ou não, tendo em vista o princípio da “preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral” (art. 7, III da Lei nº 8.080/1990). Quando submetido à pesquisa, além dos supramencionados, tem o direito ao consentimento e a retirá-lo a qualquer tempo sem ônus, para isso, tem igualmente direito à informação sobre procedimentos, riscos e benefícios (UNB, 2020).

Todos têm o direito à informação, certa e clara, sobre a etiologia, os modos de transmissão, prevenção e tratamento, bem como, o direito de ser ou não ser informado sobre a sua situação particularizada (art. 5, XIV da CF c/c art. 7, V e VI da Lei nº 8.080/1990). Aqui, compete ao Estado instruir como melhorar a qualidade de vida para evitar a transmissão e como buscar o tratamento no caso de contágio, bem como, fornecer as informações de forma precisas e claras, de modo a dar transparência ao cidadão, em especial quando lhe são impostos limitações ao exercício regular de seus direitos.

Outrossim, é preciso considerar que o direito fundamental à liberdade (art. 5º, II, CF). Frise-se o quão relevante é a liberdade para o avanço científico a fim de prevenir e remediar a COVID-19: para que haja avanços céleres e eficientes, é fundamental que haja quem se submeta a experimentos e compartilhe dados pessoais sobre sua saúde e vida privada.

Mas além da liberdade, são ameaçados os direitos de ir e vir (art. 5º, XV, CF), de exercício profissional (art. 5º, XIII, CF), dentre outros, e estes não podem ser restringidos com desproporcionalidade, sem olvidar que a completa paralisação econômica afronta os dois pilares da ordem econômica erigida pelo art. 170 da CF, pois tolhe o trabalho humano e a livre iniciativa. Os direitos sociais do art. 6º da CF, por sua vez, garantem a todos a busca pelas suas necessidades biológicas, financeiras, sociais e psicossociais.

Todos os direitos descritos se fazem presentes ora na primeira, ora na segunda dimensão. Conforme mencionado alhures, faz-se essencial uma maior precisão do Estado a respeito de quando se abster ou atuar num contexto de calamidade pública, sempre de forma clara e transparente.

3.3 EVENTUAIS COLISÕES E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

As colisões não são novidade em se tratando de direitos fundamentais. Inscritos em normas abertas e principiológicas, têm aspecto de universalidade. Portanto, sua aplicação exige um cotejo relativo no caso concreto, que mormente implica situações de colisão. Nesse juízo, é imprescindível a consideração da proporcionalidade, a fim de que haja a harmonização entre das normas, sem supressão de uma em detrimento de outra. A respeito, Ingo Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero elucidam que o “teste” de proporcionalidade

[...] desdobra-se em três etapas: a) a adequação, de acordo com a qual a medida estatal há de ser apta a assegurar o resultado pretendido com a restrição do direito do particular; b) a necessidade (menor sacrifício ou ingerência), que exige que em face de mais de uma medida adequada se opte pela que menos intervém na esfera jurídica; c) a assim chamada proporcionalidade em sentido estrito, que, sendo afirmativa a resposta aos dois quesitos anteriores, exige uma ponderação que coloque na balança os meios e os fins no caso concreto, razão pela qual é nesse nível que se situa a maior parte das anotações críticas ao princípio. Importa recordar que, no sentido apontado, a proporcionalidade opera como critério de aferição da legitimidade constitucional de medidas interventivas do poder público no âmbito de proteção dos direitos fundamentais na condição de direitos de defesa (direitos negativos). (SARLET *et al.*, 2015, p. 455-456, grifo nosso)

Através do princípio da proporcionalidade, a interpretação e a aplicação das normas constitucionais são sempre balizadas para alcançar a maior eficácia. Adota-se o princípio que seja mais adequado (para alcançar o fim estimado), mais necessário (que tenha o menor ônus) e proporcional em sentido estrito (que proteja a pessoa e seus direitos de uma atuação estatal insuficiente e de uma atuação estatal arbitrária). Ocorre que, a partir da consagração “[...] da noção de deveres de proteção estatais em matéria de direitos fundamentais, acabou também sendo reconhecida a existência de um dever de proteção suficiente (a garantia de um patamar mínimo de proteção), que, por sua vez, implica uma proibição de proteção insuficiente ou deficiente. Tal proibição de proteção insuficiente tem sido – em geral – considerada como sendo uma espécie de outra dimensão da proporcionalidade na condição de proibição de excesso de intervenção, ensejando um teste similar (em três níveis de análise) para a sua verificação em casos de omissão ou atuação insuficiente [...]” (idem).

De um lado, o Estado está proibido de atuar em excesso e, de outro, proibido de proteger os direitos fundamentais insuficientemente, buscando-se a justa medida de atuação positiva (direitos de segunda dimensão) e negativa (direitos de primeira dimensão). Assim, concluem os doutrinadores acima mencionados que:

[...] a noção de proporcionalidade guarda íntima relação com a ideia de que os fins, ainda que legítimos (ou seja, amparados na CF), não justificam o recurso a todo e qualquer meio apto para a sua consecução, o que, de outra banda, nos remete novamente à vedação do arbítrio que qualifica o Estado de Direito como tal (ibidem)

No caso da COVID-19, muito se fala da intervenção estatal para garantir a universalidade e a efetividade da saúde e das condições econômicas. Todavia, também deve o Estado se abster de cometer abusos. De modo particular, deve fazê-lo no que se refere a direitos que não deveriam ser mitigados, como a é o caso da

autonomia de decisão sobre qual forma de tratamento se sujeitar, com uso de medicamentos à disposição.

Mutatis mutandis, a economia e a saúde não deveriam ser tomadas como contrapostos, senão como complementares. Afora o desenvolvimento econômico ser, em si mesmo, um “direito humano inalienável” – conforme a Declaração das Nações Unidas sobre o Direito ao Desenvolvimento (1986)⁵, da qual o Brasil é signatário – esse é o sentido do termo desenvolvimento sustentável: uma junção harmônica entre o direito ao desenvolvimento (econômico e social) e outros direitos coletivos e difusos, como o direito à saúde. Some-se a isso o fato de a garantia do desenvolvimento nacional ser um dos “objetivos fundamentais” da República (art. 3º, II, CF).

Cotejando-se, de um lado, os direitos à saúde e à vida e, de outro, os direitos fundamentais ao desenvolvimento, ao trabalho e à livre iniciativa, pode-se dizer que o primeiro grupo ocupa lugar superior numa hierarquia de valores apriorística. Não é absurdo pensar, portanto, que haja mais restrições a estes últimos que àqueles numa situação de pandemia.

Todavia, a garantia de um grupo de direitos não pode dar ensejo a medidas que acabem causando prejuízos tão profundos e devastadores que cheguem a por em risco o equilíbrio social, econômico e político das nações, sem falar no aumento da miséria.

Os Estados nacionais, alguns pertencentes a blocos comunitários, tiveram que fechar suas fronteiras; 90% das operações da aviação, em alguns países, estão suspensas; estabelecimentos comerciais fechados, salvo os tidos essências, como farmácias e supermercados; aulas canceladas e com sério risco de perda do ano letivo; tem-se a suspensão dos campeonatos e copas de futebol, dos jogos da NBA, o adiamento de uma Olimpíada. A economia desacelerou brutalmente (pior crise pós-1929) e com ela vem as consequências nefastas do desemprego. Queda vertiginosa das operações das bolsas de valores, bem como dos valores das ações transacionadas, além do câmbio disparando, vindo, assim, a necessidade de intervenção dos bancos centrais. Empresas e, principalmente, as microempresas e pequenas empresas liquidando suas operações, entrando em recuperação judicial ou mesmo com pedido de falência (NELSON *et al*, 2020).

Além disso, não obstante a suspensão de outras atividades laborais em razão da primazia da saúde, fato é que são necessários profissionais que “tomam a frente”,

⁵ “Artigo 1º § 1. O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável, em virtude do qual toda pessoa e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, para ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados”. (ONU. **Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento**. Adotada pela Resolução n.º 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 4 de dezembro de 1986. Disponível em: <https://bit.ly/2OJnHfn>. Acesso em: 25 nov. 2019).

expondo-se a riscos da calamidade, humanizando seus trabalhos. Sem dúvidas há protagonismo dos profissionais da saúde. Mas também devem ser mencionados os profissionais da segurança pública e da limpeza urbana; os produtores agrícolas e os distribuidores de gêneros alimentícios; os farmacêuticos e os fornecedores de medicamentos; os oficiais registradores à frente dos registros de óbitos, dentre vários outros. Essas pessoas superam suas exigências profissionais, com verdadeira motivação ética, pois colocam-se em risco de contaminação para cumprir seu dever, buscar seu sustento e prestar serviços em benefício de todos.

O Estado brasileiro agiu por meio de seus três poderes constituídos, sendo trazido neste trabalho, somente da União. O Executivo adotou medidas de âmbito administrativo e normativo. Em âmbito federal, uma das mais controversas foi a **Medida Provisória nº 927/2020**, que dispõe sobre as *medidas trabalhistas* para enfrentamento da pandemia e do estado de calamidade pública:

Com o fito de enfrentar os efeitos econômicos da pandemia e sua repercussão no tange aos empregos e renda, elencou-se as seguintes pedidas possíveis a serem adotadas pelos empregadores, conforme o art. 3º da MP 927:

“I – o teletrabalho;

II – a antecipação de férias individuais;

III – a concessão de férias coletivas;

IV – o aproveitamento e a antecipação de feriados;

V – o banco de horas;

VI – a suspensão de exigências administrativas em segurança e saúde no trabalho;

VII – o direcionamento do trabalhador para qualificação; e

VIII – o diferimento do recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS”. (NELSON *et al*, 2020).

Ainda no âmbito do Poder Executivo, os Ministérios tomaram suas iniciativas afetas a suas áreas. Apenas para citar dois exemplos, o Ministério da Saúde declarou Emergência em Saúde Pública (Portaria nº 188/2020) e o Ministério da Educação promoveu a “antecipação da colação de grau para os alunos dos cursos de Medicina, Enfermagem, Farmácia e Fisioterapia” (Portaria nº 374/2020).

O **Congresso Nacional** também atuou, votando o **Decreto Legislativo nº 6/2020**, que reconheceu o estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República, instaurando Comissão Mista de 12 parlamentares (6 deputados federais e 6 senadores) “com o objetivo de acompanhar a situação fiscal e a execução orçamentária e financeira das medidas relacionadas à emergência de saúde pública de importância internacional relacionada ao coronavírus” (art. 2º, DL nº 6/2020).

Ainda, foi votada em regime de urgência a **Lei nº 13.982/2020**, estabelecendo “medidas excepcionais de proteção social a serem adotadas durante o período de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus”. Uma das medidas mais célebres dessa lei foi a distribuição do **auxílio emergencial** para trabalhadores que preencham determinados requisitos de vulnerabilidade social e que não participem de outros programas sociais mais benéficos. Trata-se de um aporte no valor seiscentos reais mensais, pago durante o período de três meses (art. 2º, Lei nº 13.982/2020).

Além disso, o **Decreto nº 10.316/2020**, que regulamenta a lei, estabeleceu uma ordem de preferência para a limitação de pagamentos a membros da mesma família. Conforme o art. 8º do decreto, têm preferência (nessa ordem) as mulheres, os idosos e os trabalhadores com menor renda individual.

O **Poder Judiciário** intervêm apenas quando provocado. Mas é evidente que um contexto conturbado é muito propício para a litigiosidade e, portanto, para a intervenção do Estado-juiz.

Nesse sentido, o Judiciário agiu com harmonia no sentido da proteção de dados pessoais dos titulares, em face de abusos oriundos de medidas de combate ao coronavírus. Em medida cautelar na **ADI 6.387** (STF, 2020b), o STF protegeu a autonomia informacional bloqueando repasses de informações de consumidores de telefônicas para o IBGE, por considerar que a **MP nº 954/2020**⁶, que determinava a medida, não esclarecia com suficiência a finalidade desse tratamento de dados, tampouco as medidas de segurança adequadas para salvaguardar a privacidade. Noutro prisma, o **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** concedeu liminar em Mandado de Segurança preventivo para proibir o governo daquele estado de monitorar o celular do impetrante. Embora seja mais restrita, a decisão é uma resposta adequada à inglória tentativa do rastrear os cidadãos que não estivessem cumprindo regras de isolamento (TJSP, 2020).

Destaca-se também a **ADI 6.341** (STF, 2020a), que questiona a constitucionalidade da **MP nº 926/2020**. Veja-se o art. 3º dessa medida, que mais gerou debates:

⁶ A MP nº 954/2020 dispõe que, no contexto da pandemia de COVID-19, as empresas de telecomunicações deveriam compartilhar com o IBGE uma série de dados pessoais de seus consumidores (nomes, números de telefone e endereços). A única finalidade para o uso destes dados, segundo a MP, seria a “produção estatística oficial, com o objetivo de realizar entrevistas em caráter não presencial no âmbito de pesquisas domiciliares.”.

Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, dentre outras, as seguintes medidas:

I – isolamento;

II – quarentena [...]

VI - restrição excepcional e temporária, conforme recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, por rodovias, portos ou aeroportos de: a) entrada e saída do País; b) locomoção interestadual e intermunicipal; [...]

§ 8º As medidas previstas neste artigo, quando adotadas, deverão resguardar o exercício e o funcionamento de serviços públicos e atividades essenciais.

§ 9º O Presidente da República disporá, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais a que se referem o § 8º.

A partir da previsão de competência concorrente dos três entes políticos para “cuidar da saúde e assistência pública” (art. 23, II da CF), o relator deferiu medida cautelar para suspender a eficácia do §§ 8º e 9º do art. 3º MP nº 926/2020. Com isso, reconheceu a **competência concorrente da União, Estados e Municípios para definir medidas contenção social**, tais como isolamento, quarentena, restrição de circulação de veículos e pessoas. A decisão monocrática foi referendada pelo plenário da Corte. Veja-se a ementa e excerto da fundamentação

SAÚDE – CRISE – CORONAVÍRUS – MEDIDA PROVISÓRIA – PROVIDÊNCIAS – LEGITIMAÇÃO CONCORRENTE. Surgem atendidos os requisitos de urgência e necessidade, no que medida provisória dispõe sobre providências no campo da saúde pública nacional, sem prejuízo da legitimação concorrente dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. (...)

Também não vinga o articulado quanto à reserva de lei complementar. Descabe a óptica no sentido de o tema somente poder ser objeto de abordagem e disciplina mediante lei de envergadura maior. Presentes urgência e necessidade de ter-se disciplina geral de abrangência nacional, há de concluir-se que, a tempo e modo, atuou o Presidente da República – Jair Bolsonaro – ao editar a Medida Provisória. O que nela se contém – repita-se à exaustão – não afasta a competência concorrente, em termos de saúde, dos Estados e Municípios. Surge acolhível o que pretendido, sob o ângulo acautelador, no item a.2 da peça inicial, assentando-se, no campo, há de ser reconhecido, simplesmente formal, que a disciplina decorrente da Medida Provisória nº 926/2020, no que imprimiu nova redação ao artigo 3º da Lei federal nº 9.868/1999, não afasta a tomada de providências normativas e administrativas pelos Estados, Distrito Federal e Municípios (STF, 2020a).

Verifica-se, assim, o esforço estatal, partindo de todos os poderes, em suprir as necessidades basilares nesse período de calamidade pública. São notórios os abusos por órgãos da administração pública, que promovem medidas de contenção social absolutamente desarrazoadas, sem lastro na legalidade ou em qualquer motivo que racionalmente seja eficiente, sobretudo após a liminar concedida no âmbito da ADI 6.341.

Ora, se a pandemia permite a limitação de direitos individuais de uma forma mais alargada, como medida excepcional para garantia da saúde pública num contexto de calamidade pública, não pode ser apanágio para a completa supressão desses direitos.

Nessa situação extraordinária, em que os recursos financeiros se esvaziam dos cofres públicos e pessoais, corre-se o risco de reduzir a segundo plano os direitos à vida e à saúde, como se nenhuma medida de proteção fosse necessária diante do contexto de pandemia. Por outro lado, como visto, há excessos que podem gerar mais prejuízos que benefícios.

Segundo José Carlos Buzzanelo, “se, de um lado, cabe ao Estado a tutela do direito à vida e à saúde coletiva; de outro, também cabe a este o dever de não prejudicar terceiros.” (2001, p. 177) A afirmação foi feita a respeito da objeção de consciência no âmbito da saúde pública, mas o fundamento é aplicável ao tema deste trabalho.

Ninguém nega que a dignidade humana implica a promoção da saúde pública, mas ela deve ocorrer com respeito a outros direitos que também decorrem da dignidade humana.

Todos os direitos fundamentais têm eficácia imediata; espera-se, portanto, uma atuação estatal estratégica nacionalmente, com parâmetros, coordenada e sempre pautada pelos direitos humanos de um modo geral, sem sectarismos ou politização – eis o desafio.

CONCLUSÃO

Não obstante o quão avançadas estejam a ciência e as organizações humanas, milhões de vidas estão sendo afetadas diretamente pela pandemia de COVID-19 e outras milhões estão sendo e ainda serão afetadas reflexamente, em suas condições de trabalho, renda, alimentação, moradia, educação, saúde, acesso a direitos etc.

Desafiados a garantir os direitos humanos das pessoas em seu território, os Estados Nacionais viram-se numa situação emergencial, chamados a atuar para garantir os mínimos sociais.

Todos têm direito ao acesso à saúde gratuita, mas faltam leitos. Todos precisam de renda para uma existência digna, mas os trabalhos foram suspensos ou

sofreram reduções. Tem-se um mundo globalizado e a saúde também globalizada. Os Estados, agentes internacionais comprometidos com os direitos humanos, devem agir dentro das fronteiras que lhe competem observando as experiências internacionais e aprendendo com os erros e acertos sanitários e políticos, a fim de se garantir os direitos fundamentais ao pleno bem estar social e de saúde universal equalizando-se com menores danos a toda a sociedade.

O Estado brasileiro, em certo sentido, demonstra uma atuação coordenada para a proteção dos direitos humanos positivados na Constituição. Todavia, a situação de crise desafiou o Estado quanto ao desenvolvimento de uma necessária estratégia nacional para assegurar esse direito sem comprometer todos os demais direitos e liberdades fundamentais, que também são expressões da dignidade da pessoa humana.

No Brasil ou em qualquer país, o papel do Estado apenas será bem desempenhado sob o princípio da proporcionalidade. Por um lado, a atuação não pode ser inócua ou ineficiente, que signifique uma proteção deficiente, sobretudo dos direitos prestacionais, como a saúde e ainda mais em contexto de calamidade pública, decorrente de uma pandemia global. Por outro lado, essa atuação não pode incorrer em abusos e arbitrariedades, sob o risco de por em xeque a razão mesma de ser do Estado Democrático de Direito, que é garantir a ordem social em prol do bem comum.

As decisões, assim, mesmo que restritivas de direitos, deverão estar pautadas nas diretrizes estabelecidas pela Constituição e na legislação vigente, bem como pelos compromissos assumidos em tratados internacionais. Ante esse desafio e os riscos decorrentes da calamidade pública, não há espaço para hesitações, nem para tiranias, pelo contrário, há necessidade de urgência e estratégia que visem uma maior eficiência, causando menores danos ao maior direito e garantia fundamental, o direito a vida de seus cidadãos. A coragem e a prudência são os melhores guias para os agentes estatais cumprirem os planos do Estado resguardando os direitos individuais.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Aline. **Direitos Humanos dos Pacientes**. Curitiba: Juruá, 2016.

BAUMAN, Zygmunt. **Ética Pós-moderna**. São Paulo: Paulus, 1997. Coleção Ethos.

BRASIL. STF. **Ação Direta de Inconstitucional nº 6.341** (Pleno), Dje. 15 abr. 2020a. Disponível em: <https://bit.ly/369ZsiO>. Acesso em 17 mai. 2020.

BRASIL. STF. **Ação Direta de Inconstitucional nº 6.387** (Pleno), Dje. 07 mai. 2020b. Disponível em: <https://bit.ly/2X53eG1>. Acesso em 17 mai. 2020.

BUZANELLO, J. C. **Objeção de consciência: uma questão constitucional**. Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 38 n. 152 out/dez 2001

CALMON, Eliana. **As Gerações dos Direitos**. Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva. v. 3. n. 1. Jan/Jun. 2001.

CIDH. Convenção **Americana sobre Direitos Humanos**. Disponível em: <https://bit.ly/366b5XU>. Acesso em: 14 mai. 2020.

DALLARI, Dalmo A. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2011. 30 ed. Disponível em: <https://bit.ly/3epSaLH>. Acesso em: 16 abr. 2020. *Ebook*.

FOLHA de S. Paulo. DAVID UIP RECOMENDOU a Mandetta uso de cloroquina contra coronavírus na rede pública, 08 abr. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2AvywhA>. Acesso em: 17 mai. 2020.

FRANÇA. **Declaração de direitos do homem e do cidadão de 26 de agosto de 1789**. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo. Traduzido do espanhol por Marcus Cláudio Acqua Viva. Disponível em: <https://bit.ly/2XeoR75>. Acesso em: 15 mai. 2020.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Responsabilidade Internacional dos Estados por Epidemias e Pandemias Transnacionais: o caso da COVID-19 provinda da República Popular da China. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. v. 23. Abr./Jun. 2020.

NELSON, Rocco A. R. R.; NELSON, Isabel C. A. S. R. **Coronavírus (COVID-19) e o Direito: fato, valor e norma**. Revista dos Tribunais. v. 1017. Jul./2020

ONUa. **Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento**. Adotada pela Resolução n.º 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 4 de dezembro de 1986. Disponível em: <https://bit.ly/2OJnHfn>. Acesso em: 25 nov. 2019

ONUb. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo. Disponível em: <https://bit.ly/3fYUqdx>. Acesso em 18 mai. 2020.

ONUc. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. Disponível em: <https://bit.ly/2X13INo>. Acesso em: 14 mai. 2020.

ONUd. **Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Disponível em: <https://bit.ly/3663SqO>. Acesso em: 14 mai. 2020.

PACCINI, Renzo. Novo Paradigma de Saúde. **Lexicon**: termos ambíguos e discutidos sobre família, vida e questões éticas. Brasília: Edições CNBB, 2014. pp. 721-730.

SÃO PAULO. TJSP. **MS nº 2.069.736-76.2020.8.26.0000** (Órgão Especial). Rel Evaristo dos Santos, j. 16 abr. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2Zf5I7E>. Acesso em 17 mai. 2020.

SARLET, Ingo MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SCHRAMM, Fermin Roland. **A Bioética de Proteção**: uma ferramenta para a avaliação das práticas sanitárias? *Ciência & Saúde Coletiva*. 2017, v.22, n.5 <http://dx.doi.org/10.1590/1413-81232017225.04532017>.

UNB. OPAS. **Direitos Humanos dos Pacientes e COVID-19**. Brasília, 2020. 34 pp.

UNB. OPAS. **COVID-19**: doença causada pelo novo coronavírus. Folha informativa. Disponível em: <https://bit.ly/2z98mkz>. Acesso em: 13 mai. 2020.

UNESCO. **Declaração Universal Sobre Bioética e Direitos Humanos**. Disponível em: <https://bit.ly/369qVRI>. Acesso em 14 mai. 2020.

O FORTALECIMENTO DOS ENTENDIMENTOS SUPERIORES COMO MECANISMO DE SEGURANÇA JURÍDICA E CONTENÇÃO DE ATIVISMOS ¹

Alexsandro Cruz de Oliveira ²
Luiz Gustavo Cavalcanti de Araújo ³
Pedro Vinícius Gropello Saltini ⁴

SUMÁRIO: Introdução; 1 O papel do Supremo Tribunal Federal e do controle de constitucionalidade no pós 1988; 2 Uma diferenciação necessária entre o ativismo judicial e a judicialização da política; 3 A importância de um sistema de precedentes fortes e de um controle *top-down* das decisões judiciais; 4 Traçando um limite através das Cortes Superiores ante as atuais circunstâncias advindas da pandemia causada pelo Coronavírus (Covid – 19); Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo discute a possível instalação e fortalecimento de um sistema de precedentes como forma de arrefecer decisões judiciais com forte carga política, isto é, aquelas consideradas ativistas ou que utilizam o Judiciário como decisor de assunto próprio das autoridades eleitas. Utiliza-se como base para esta análise o conteúdo destas próprias decisões judiciais, sobretudo daquelas oriundas do Supremo Tribunal Federal e que poderiam ser paradigma para a contenção das demais esferas decisórias. A pesquisa tem como recorte as decisões com suposta carga política prolatadas no contexto da pandemia do coronavírus, restando como conclusão a de que um sistema como o proposto afastaria divergências e instabilidades em determinados temas, contudo, seria cedo para afirmar que apenas um sistema de controle, precedentes ou de fortalecimento da jurisprudência evitaria tais decisões ativistas.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo judicial; Judicialização da Política; Supremo Tribunal Federal; COVID-19.

THE STRENGTHENING OF THE SUPERIOR UNDERSTANDINGS AS MECHANISM FOR JURIDICAL SECURITY AND ACTIVISM CONTENTION

ABSTRACT: This article discusses the possible installation and strengthening of a precedent system as a way to mitigate the propagation of judicial decisions with a strong political burden, that is, those considered activists or that use the Judiciary as a decision maker for the elected authorities. This analysis is based on the content of the judicial decisions, especially those from the “Supremo Tribunal Federal” (Brazil’s Supreme Court) that could be a paradigm for the restraint of other judicial instances. Also, the research is focused on the decisions with a strong political bias carried out in the context of the coronavirus pandemic, remaining as a conclusion that a system like the one proposed would avoid divergences and instabilities on certain themes, however, it would be too soon to state that only a control system, precedents or strengthening jurisprudence would avoid such activist decisions.

KEYWORDS: Judicial activism; Policy Judicialization; Federal Court of Justice; COVID-19.

¹ Artigo Científico apresentado à disciplina Desafios Contemporâneos da Ordem Constitucional, do Mestrado Profissional em Direito, Justiça e Desenvolvimento do IDP, em 25 de maio de 2020.

² Alexsandro Cruz de Oliveira, administrador judicial, advogado e sócio do Nascimento & Rezende Advogados. Mestrando em Direito, Justiça e Desenvolvimento pelo Instituto Brasileiro de Direito Público IDP-SP e Especialista em Direito Privado pela Universidade Federal Fluminense – UFF. Endereço eletrônico: <https://www.nraa.com.br/socios/> e E-mail: alexcruz.adv@gmail.com.

³ Luiz Gustavo Cavalcanti de Araújo, advogado e sócio do Araújo e Sabença - Advogados Associados. Mestrando em Direito, Justiça e Desenvolvimento do IDP-SP e Graduado em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2134197239055151>

⁴ Pedro Vinícius Gropello Saltini. Advogado e sócio do Spinacé & Gropello Advogados. Mestrando em Direito, Justiça e Desenvolvimento pelo Instituto Brasileiro de Direito Público e Especialista em Direito Tributário pela Universidade Paulista. E-mail: pedrogropello@hotmail.com.

1. O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO PÓS 1988

A Constituição Federal de 1988 estabelece as normas gerais do controle de constitucionalidade aplicáveis no Brasil, sendo adotado um sistema dúplice, que comporta tanto o sistema difuso, de tradição norte-americana, quanto o sistema concentrado, típico das cortes europeias continentais.

O sistema difuso, tipicamente vem inscrito na análise casuística, com efeitos limitados à lide e de efeitos a partir da decisão, sendo dotado qualquer juiz ou tribunal dos poderes para declarar a inconstitucionalidade da norma aplicada, no caso concreto⁵.

Já o sistema concentrado, possui as características típicas da análise da norma em abstrato, produzindo efeitos gerais e retroativos à edição da mesma, podendo a Corte Suprema realizar tal modalidade de controle com base em mandamento constitucional expresso⁶.

Num sistema misto e complexo, tais características típicas não podem ser tomadas em grau absoluto, haja vista os pormenores de cada caso. Desta forma, surgem elementos que de alguma forma aproximam as duas modalidades de controle, como, por exemplo, a modulação de efeitos, que desobriga os efeitos retroativos numa decisão que *a priori* teria poderes retroativos, *ex tunc*, ou da aplicação da decisão proveniente de um caso concreto do controle difuso com efeitos amplos, tendo em vista os fundamentos daquela decisão, geralmente, ligados a direitos fundamentais.

Isso se dá também pelo fato de que, especificamente no Supremo Tribunal Federal (doravante, STF), a corte é competente tanto para o julgamento de casos concretos, seja em grau recursal, seja em grau originário, quanto para julgar questões de natureza objetiva, sendo tal mistura uma das características marcantes do controle de constitucionalidade no Brasil.

Deve-se salientar que os julgamentos do STF da via recursal também podem resultar em efeitos amplos e gerais, extrapolando aquela controvérsia em específico. Tais julgamentos se dão, sobretudo a partir da reforma Judiciária de 2004 e do

⁵ MENDES, Gilmar. O controle da constitucionalidade no Brasil. **Academia.edu**, São Francisco, CA, p. 3, out. 2008. Disponível em: https://www.academia.edu/17812360/Controle_de_Constitucionalidade_EUA_Out_2008_v_Port_rev. Acesso em: 5 maio 2020.

⁶ *Ibidem*, p. 6.

advento do instituto da repercussão geral, de modo que há certa aproximação dos efeitos gerais da via concentrada e da via recursal.

Há também a possibilidade da edição e súmulas vinculantes, estas que ganham força de direito em concreto, servindo como fundamento para reclamações constitucionais ante o descumprimento da mesma, demonstrando então a possibilidade de criação do direito de forma ampla, mesmo através de casos particulares⁷.

Ainda assim, existem dificuldades no que se refere à segurança jurídica no sistema jurídico brasileiro, situação esta que se agrava quando se observam questões apontadas como ativismo judicial ou de judicialização da política, uma vez que há liberdade interpretativa e possibilidade de decisões igualmente livres em juízes distribuídos em todo o território nacional⁸.

Neste caldo, é necessário também incluir o elemento da *práxis* pós-positivista que em alguma medida aproxima o *common law* do *civil law*, já que nesta os princípios e garantias ultrapassam a função norteadora, e assumem o papel de norma aplicável⁹. Tal movimento possibilita formas de interpretação dos casos e da norma para além do texto escrito, criando o Direito ante a situação concreta filtrada pela interpretação do magistrado destes mesmos princípios, por vezes abrindo margem para a crítica diante falta de clareza destes mesmos princípios de fundamentação¹⁰.

Além dessas características, após 1988, o acesso dos atores políticos na Corte Constitucional foi ampliado, isto é, ampliou-se o rol dos legitimados para discutirem questões de alta relevância nacional e política no STF. Isso se deu, pois, o cenário político em que se deu a Carta Constitucional de 1988 era de incertezas futuras, tendo optado os constituintes por ampliar as questões que poderiam ser levadas para a análise do Poder Judiciário como meio de ampliar direitos e garantias. Tal situação

⁷ *Ibidem*, p. 13-15.

⁸ SACONATO, Thais Estevão. A teoria dos precedentes e o controle do ativismo judicial: segurança jurídica e estabilidade nas decisões judiciais. **Revista de artigos do 1º Simpósio sobre Constitucionalismo, Democracia e Estado de Direito**, [S.l.], v. 1, n. 1, p. 947-963, jan. 2017. Disponível em: <https://revista.univem.edu.br/1simposioconst/article/view/1227>. Acesso em: 5 maio 2020.

⁹ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista de direito administrativo**, v. 232, p. 141-176, abr./jun. 2003. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v232.2003.45690>. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45690/45068>. Acesso em: 5 maio 2020.

¹⁰ HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do direito constitucional: neoconstitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 859, p. 81-91, maio 2007.

também influenciou a forma como restou definido o próprio controle de constitucionalidade no Brasil¹¹.

Somada a tal ampliação de legitimados para as ações do controle abstrato, também, como já citado, optou-se por uma maior constitucionalização dos temas e consequentemente dos objetos do controle, havendo possibilidade real e efetiva de análise destes temas pelas Cortes Superiores, até o STF. As questões tratadas pelo presente trabalho são apenas uma feição, a da questão federativa e de competência, dentre este amplo rol de debates possíveis.

Para além das demais outras vantagens, como a questão da demarcação de posição e efetivação de táticas de oposição, a soma de um vasto rol de possibilidades possíveis de acionamento e da flexibilização do acesso (pelo grande número de legitimados e o controle em sua forma dúplice), entende-se que não é estranho o movimento de judicialização da política, muitas vezes sendo mais fácil acionar o Judiciário em nome de determinada pauta do que se articular politicamente em nome de tais demandas¹².

Em resultado: o STF, se tornou palco das interpretações constitucionais, estando entre elas as demandas políticas, de modo que tal corte (e outras com poderes decisórios com envergadura análoga) ganharam maior relevância no cenário político pós 1988, sendo tais cortes muitas vezes responsáveis por mudanças estruturais em nosso país.

Neste ponto, residiria a importância de um sistema de precedentes, voltado para que haja algum limite das decisões originárias e, por consequência, se efetive algum maior grau de segurança jurídica, vez que a jurisprudência se mostra o freio necessário para que os julgadores não acabem produzindo decisões ativistas, isto é, que extrapolem a competência judiciária e que existam em desacordo com entendimentos sedimentados nas cortes superiores.

Por fim, após conhecermos o papel do Supremo Tribunal Federal na federação e, em especial, no controle de constitucionalidade, se faz também importante compreender a diferença entre o ativismo e a judicialização da política, pois apesar das similaridades, são institutos que não se confundem. Ainda, o ativismo pode ser

¹¹ TAYLOR, Matthew M.; DA ROS, Luciano. Os partidos dentro e fora do poder: a judicialização como resultado contingente da estratégia política. **Dados**, v. 51, n. 4, p. 825-864, 2008. P. 830.

¹² *Ibidem*, p. 829.

consequência do próprio movimento de judicialização, não sendo elemento essencial, mas sim uma extrapolação que pode ser combatida pelo sistema de precedentes.

2. UMA DIFERENCIAÇÃO NECESSÁRIA ENTRE O ATIVISMO JUDICIAL E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Brevemente delimitado o sistema decisório pátrio, juntamente com sua sistemática de *civil law* mas imbuída de instrumentos de criação do Direito a partir das decisões e não apenas da lei prescrita, é necessário discorrer sobre o movimento do ativismo e as formas pelos quais ele se apresenta, sendo eles também, fruto, ao menos em certa medida, desta configuração decisória anteriormente descrita.

Portanto, define-se como ativismo judicial, em espécie, uma modalidade de atuação judicial mais proativa, por vezes interpretada como exorbitante à sua esfera de poder decisório, sobretudo, baseada na efetivação de valores e princípios constitucionais abertos, por vezes obrigando os demais entes políticos a agirem ou se absterem, com base na interpretação destes princípios¹³.

Quanto à judicialização, tem-se um movimento análogo, uma vez que são levadas ao Judiciário, questões ordinariamente tratadas nas arenas políticas, mas nesse sentido não se tem um agir que pode ser considerado exorbitante do Judiciário por sua própria atividade, mas sim seu agir compelido pela demanda judicial por atos tipicamente de competência das autoridades políticas. Nestes casos, o Judiciário é chamado a decidir a questão, não lhe restando alternativa haja vista o sistema de Jurisdição uma, adotado no Brasil¹⁴.

Ambos os movimentos decorrem da ampliação do agir Judiciário, que após a redemocratização e ampliação dos direitos e garantias, somados à possibilidade de chancela quase irrestrita por parte do Judiciário, vem sendo acionado para agir de modo mais político e menos jurídico¹⁵.

Em suma, interpreta-se a judicialização da política como um fenômeno social, isto é, as circunstâncias do ambiente social, político e normativo, acabam por desaguar em demandas políticas no judiciário, sobretudo por conta das características

¹³ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Madrid, n. 13, p. 17-32, 2009.

¹⁴ *Ibidem*, p. 22.

¹⁵ *Ibidem*, p. 19.

do sistema anteriormente apresentados¹⁶. Já o ativismo judicial, inaugurado com a possibilidade de revisão constitucional dos atos dos demais poderes, decorre da própria atividade judicial e de uma postura do Judiciário de agir de forma mais ampla¹⁷.

Em conclusão, se poderia dizer que a diferenciação entre o ativismo e a judicialização se dariam na origem, por mais que seus efeitos e a crítica a tais institutos se dê no mesmo sentido: o da extrapolação das funções típicas do Judiciário por uma atuação com maior viés político, viés este definido como argumentos morais, ideológicos ou de convicções pessoais travestidos em princípios jurídicos abertos¹⁸.

3. A IMPORTÂNCIA DE UM SISTEMA DE PRECEDENTES FORTES E DE UM CONTROLE *TOP-DOWN* DAS DECISÕES

Delineado o sistema decisório pátrio, este que é concebido e baseado na lei escrita, mas que *pari passu* admite que o mesmo direito seja “criado” a partir de decisões com caráter de precedente, seja por meio da jurisprudência, da edição de súmulas e de outros mecanismos que ampliam a eficácia de uma ou mais decisões para os casos análogos, traz-se a importância destes mecanismos em um ambiente favorável a ativismos e judicializações das mais diversas naturezas.

Primeiro, se faz importante levantar que decisões consideradas ativistas, isto é, onde há uma presença maior das cortes, sobretudo do STF, no sentido de extrapolar a competência de resolução de demanda para plasmar direito com base na constituição, se dá em alguma medida não apenas pela análise direta da constitucionalidade, do controle concentrado, mas sim através de casos concretos¹⁹.

Ainda assim, tais decisões coexistem num sistema de precedentes fracos. Tal situação não foi alterada pela aplicação do não mais tão novo Código de Processo Civil, que trazia consigo uma grande carga de valoração de precedentes, já que o referido código não conteve o instrumentário sistematizado necessário para o fazê-

¹⁶ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 19.

¹⁷ *Ibidem*, p. 21.

¹⁸ STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 389.

¹⁹ Esse é o caso das decisões em Recurso Extraordinário, uma vez que são controvérsias particulares em que se aplicaria o controle incidental, mas que podem vir a ganhar efeitos erga omnes em seu transcurso. Tal ferramenta permite então que seja criado uma espécie de precedente do STF, regulando determinada situação. DIDIER JR, Fredie. O recurso extraordinário e a transformação do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro. In: NOVELINO, Marcelo. **Leituras complementares de constitucional**: controle de constitucionalidade. Salvador, BA: JusPODIVM, 2007. p. 99-113.

lo²⁰. Deste modo, os avanços no sentido de uma maior aproximação do sistema do *civil law* se dão a passos lentos²¹.

Neste sentido, inexistem mecanismos de controle “forte”, sobretudo sobre o controle de constitucionalidade difuso, tampouco há a concentração em um órgão o poder de decidir acerca da aplicação ou não da lei ou que emita ordens de ação ou abstenção. O resultado é que diversos temas acabam por poder ser objeto de decisões judiciais, muitas vezes dissonantes, sendo tais características próprias de um sistema que colaciona tanto o controle abstrato quanto concreto²².

Tal apontamento vem desde antes do julgamento da Reclamação Constitucional nº 4.335²³, levantando-se que o pleito para maior sistematização nas decisões do controle difuso se daria em nome de maior estabilidade e segurança jurídica, restando inócuos os filtros – como o da repercussão geral e a recusa imediata do recurso caso haja nos recursos semelhantes – sem que ocorresse tal manejo²⁴.

A ausência destes mecanismos de uniformização e controle levaria o que alguns consideram como anarquismo judicial, uma vez que o ambiente desta ampla independência e variedade de fundamentos nas decisões afins levaria a um ambiente caótico de insegurança jurídica, não sendo tal insegurança intrínseca a ativismos, mas também fruto deste ambiente sem controle e padronização.

Portanto, a existência de algum controle no sentido de manejo das decisões oriundas do controle difuso teria grande valia no sentido de proporcionar segurança jurídica e de racionalizar a aplicação da lei e dos princípios, mesmo em casos que poderiam ser considerados ativistas. Ou seja, uma sistematização neste sentido não

²⁰ NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e “distinguishing” no CPC/2015: uma breve introdução. In: **Precedentes**. Salvador: JusPODIVM, 2015. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 3).

²¹ LOURENÇO, Haroldo. Precedente judicial como fonte do direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC. **Revista da AGU**, Brasília, DF, ano 11, n. 33, p. 17, jul./set. 2012. DOI: <https://doi.org/10.25109/2525-328X.v.11.n.33.2012.107>. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/107>. Acesso em: 5 maio 2020.

²² VERISSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e Ativismo Judicial “à brasileira”. **Revista Direito GV**, v. 4, n. 2, p. 407-440, dez. 2008.

²³ A Reclamação Constitucional nº 4.335, concluída em 2006, superou a obrigatoriedade de resolução do Senado para aplicação de efeitos vinculantes em sede de declaração de inconstitucionalidade, por mutação constitucional, uma vez que se entendeu a competência plena do STF para declarar a inconstitucionalidade em caráter irrevogável, e a comunicação, e requisição do Senado Federal cumpriria apenas a função da publicização do feito, ou seja, de caráter informativo. BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Reclamação nº 4335/AC**. Reclamação. 2. Progressão de regime. Crimes hediondos. 3. Decisão reclamada aplicou o art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90, declarado inconstitucional pelo Plenário do STF no HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1.9.2006. 4. Superveniência da Súmula Vinculante n. 26. 5. Efeito ultra partes da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso. Caráter expansivo da decisão. 6. Reclamação julgada procedente. Relator: Min. Gilmar Mendes, 20 de março de 2014. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur281416/false>. Acesso em: 5 maio 2020.

²⁴ *Ibidem*, p. 429.

nulificaria a existência de um possível ativismo – este no sentido da extrapolação interpretativa – mas poderia ter o condão de organizar tal movimento num sentido determinado²⁵.

Neste sentido, a propositura de um sistema de precedentes, sobretudo um que decida de forma *top-down*, ou seja, vindo das Cortes Superiores, poderia proporcionar maior segurança jurídica em sentido *lato*, mas também de assegurar todo o sistema legal e democrático, através da definição de quais e de como seriam aplicados os princípios.

O respeito ao precedente e de seus fundamentos que porventura seriam postos, num sistema que abarcasse a modalidade de controle sugerido, seus fundamentos deveriam se tornar o foco das decisões em geral, em detrimento do livre convencimento do magistrado, este que daria azo ao ativismo e às decisões de cunho aberrante ou fora do escopo jurídico. Ainda restaria ao magistrado submetido o papel de considerar o precedente e seus fundamentos adequados o caso ou não, para que julgasse conforme o precedente, e sendo o caso, deveria ele aplicar o entendimento, nos moldes anteriormente dispostos²⁶.

A esse respeito, explicam as autoras²⁷:

Os precedentes são estabelecidos pelo próprio judiciário e fundam-se sobre a interpretação que deve ser dada à norma diante de um caso concreto. O precedente não determina ao juiz como determinado fato deve ser julgado, e nesse sentido resguarda o livre convencimento do magistrado. Também não impõe ao juiz qual norma deve ser aplicada ao caso concreto, apenas firma uma interpretação correta a ser dada a uma norma diante de uma situação fática específica.

Contudo, o posicionamento de que seria necessário certo fortalecimento de uma lógica de precedentes seria o caminho para pacificação jurídica no sistema brasileiro e que conseqüentemente estancaria deformidades ativistas não é unânime: para Streck, o cerne da questão do ativismo seria fundado na inexistência de uma dogmática decisória concreta, ausência esta que levaria a decisões aberrantes,

²⁵ GICO JR, Ivo Teixeira. Anarquismo Judicial e Segurança Jurídica. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, DF, v. 5, n. 2, p. 479-499, 2015. DOI: <https://doi.org/10.5102/rbpp.v5i2.3270>. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3270>. Acesso em: 5 maio 2020.

²⁶ ROCHA, Lara Bonemer Azevedo da; BARBOSA, Claudia Maria. O papel dos precedentes para o controle do ativismo judicial no contexto pós-positivista. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, DF, v. 5, n. 2, p. 115-133, 2015. DOI: <https://doi.org/10.5102/rbpp.v5i2.3046>. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3046>. Acesso em: 5 maio 2020.

²⁷ *Ibidem*, p. 127.

consideradas decisionismos e tentativas de protagonismo infundado do próprio Judiciário em seus órgãos²⁸.

Não seria um sistema de precedentes forte, este que não haveria sido inaugurado como o Código de Processo Civil de 16 de março de 2015²⁹, tampouco em outras alterações legislativas anteriores, que sanaria a questão da insegurança e da parca fundamentação das decisões. O problema estaria fundado na gênese da decisão, independentemente da sua vinculação, possuindo origem hermenêutica, e não da falta sistematização decisória³⁰.

Apesar disso, ainda pairam os argumentos de que uma justa sistematização, e um possível “traçar dos limites” tal qual será discutido mais à frente, seria de grande valia no sentido da autocontenção do Judiciário, e também no sentido de não se criar o Direito com base nas decisões e à revelia da Lei, mas sim a partir de um posicionamento uniforme da aplicação da lei escrita, em respeito ao próprio sistema de lei escrita no qual o Brasil se insere³¹.

4. TRAÇANDO UM LIMITE ATRAVÉS DAS CORTES SUPERIORES ANTE AS ATUAIS CIRCUNSTÂNCIAS ADVINDAS DA PANDEMIA CAUSADA PELO CORONAVÍRUS (COVID – 19)

Feitas as explanações acerca de um dos vieses de manifestação destes precedentes, que seria o poder de autocontenção, ou o de estabelecer parâmetros objetivos da decisão no sentido de limitar a própria atuação judicial, parte-se para alguns apontamentos específicos quanto a tal possibilidade e a análise das situações exemplo.

Nesta hipótese, caberia às cortes superiores, mesmo numa atuação ativista, ou seja, naquela em que poderia se dizer que há excesso na atividade judicial para além de sua competência, o traçar de como tais direitos atingidos deveriam ser postos, ou em quais casos deveria o Judiciário se privar de agir.

²⁸ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 422.

²⁹ STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. O que é isto – o sistema (sic) de precedentes no CPC. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 18 ago. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>. Acesso em: 5 maio 2020.

³⁰ STRECK, 2014, p. 455.

³¹ AMARAL, Guilherme Rizzo. Precedentes e a Tetralogia de Streck. **Páginas de Direito**, Porto Alegre, p. 10-13, out. 2016. Disponível em: <https://www.paginasdedireito.com.br/index.php/artigos/342-artigos-out-2016/7776-precedentes-e-a-tetralogia-de-streck>. Acesso em: 5 maio 2020.

Ela se daria também no sentido da orientação, à medida que no controle de constitucionalidade difuso, ante a profusão e variedade de princípios que por vezes soam antagônicos, restaria estabelecido “o norte de decisão” por meio do julgado anterior, mitigando uma possível prevalência de interesses ou afinidades pessoais do julgador³².

Por fim, certa estabilidade por força jurisprudencial, como dito no sentido da ainda existente possibilidade de ativismo, fortaleceria a manutenção das próprias garantias fundamentais já existentes, uma vez que seria firmado um núcleo destas mesmas, em sede judiciária e não apenas no texto constitucional. Em suma, seria possível conferir um tom assecuratório para as mesmas garantias por meio dos precedentes³³.

Retornando ao enfoque, traz-se a questão da atual situação sanitária global, provocada pela pandemia do COVID-19 e que já produz efeitos jurídicos, sendo analisadas no presente estudo: a) a decisão reafirmou a competência dos entes estaduais e municipais para adotar medidas de isolamento social, e outras, ou não; b) a decisão da justiça estadual do Maranhão, que decretou o *lockdown* na região metropolitana de São Luís, capital do estado.

A primeira decisão se deu no bojo da ADI nº 6341³⁴, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, arguida sobre a Medida Provisória nº 926³⁵ de 2020, esta que alterava trechos da Lei nº 13.979 de 2020³⁶, que estabelecia as medidas de isolamento social, quarentena, dentre outras medidas em regime especial para combate ao novo coronavírus.

³² ROCHA, 2015, p. 129.

³³ QUEIROZ, Joaquim. **Os precedentes obrigatórios como mecanismo de efetivação dos direitos fundamentais**, 2016. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016. Disponível em: https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/26131/1/ulfd132690_tese.pdf. Acesso em: 16 maio 2020.

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6341**. Saúde – Crise – Coronavírus – Medida Provisória – Providências – Legitimação Concorrente. Surgem atendidos ao requisitos de urgência e necessidade, no que medida provisória dispõe sobre providências no campo da saúde pública nacional, sem prejuízo da legitimação concorrente dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Relator: Min. Marco Aurélio, 24 de março de 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>. Acesso em: 16 maio 2020.

³⁵ BRASIL. **Medida Provisória nº 626 de 20 de março de 2020**. Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para dispor sobre procedimentos para aquisição de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv926.htm. Acesso em: 16 maio 2020.

³⁶ BRASIL. **Lei 13.979 de 6 de fevereiro de 2020**. Lei sobre medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm. Acesso em: 16 maio 2020.

A alteração por Medida Provisória, além da inclusão de um regime diferenciado para aquisição de bens e serviços pelo poder público durante o estado de emergência de saúde pública, conferiu pela alteração do art. 3º, §9º, poderes para Presidência da República de, mediante decreto, determinar quais seriam os chamados “serviços públicos e atividades essenciais”.

Tais serviços tem seu funcionamento resguardar por força do § 8º da mesma lei, ou seja, são “imunes” às suspensões e cessações de atividades, sobretudo durante as medidas mais drásticas previstas no art. 2º, II e 3º, II, da lei alterada, que se referem às medidas de quarentena e uma forte restrição de atividades sociais gerais.

Entendeu o STF que deveria ser resguardada a competência das autoridades dos Estados e Municípios no tocante a definição de tais atividades essenciais, vez que o tema tratava de competência concorrente, logo, no regime de repartição destas competências (das gerais para as específicas), restaria para as autoridades locais a definição de quais atividades seriam essenciais ou não. A decisão se deu primeiramente em caráter liminar e que posteriormente foi acompanhado pelo restante da corte³⁷.

O parecer ministerial se deu em contrariedade ao pedido liminar, asseverando que a Medida Provisória não exauria a competência concorrente e que a supressão da mesma levaria a uma miríade de entendimentos normativos diversos, que poderia levar a certa cacofonia nos entendimentos sobre quais atividades seriam essenciais, a depender do local que adotasse as medidas em questão.

Contudo, e como já exposto, restou mantido o teor da decisão liminar, sendo firmada a competência dos governos estaduais e municipais no que tange as medidas de isolamento e quarentena, em detrimento do poder do Executivo Federal de estabelecer, por decreto, as atividades que não estariam sujeitas a tais regimes restritivos, conforme a decisão do julgamento conjunto:

Decisão: O Tribunal, por maioria, referendou a medida cautelar deferida pelo Ministro Marco Aurélio (Relator), acrescida de interpretação conforme à Constituição ao § 9º do art. 3º da Lei nº 13.979, a fim de explicitar que, preservada a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inciso I do art. 198 da Constituição, o Presidente da República

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6341**. Saúde – Crise – Coronavírus – Medida Provisória – Providências – Legitimação Concorrente. Surgem atendidos ao requisitos de urgência e necessidade, no que medida provisória dispõe sobre providências no campo da saúde pública nacional, sem prejuízo da legitimação concorrente dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Relator: Min. Marco Aurélio, 15 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/decisoes-255681211>. Acesso em: 16 maio 2020.

poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais, vencidos, neste ponto, o Ministro Relator e o Ministro Dias Toffoli (Presidente), e, em parte, quanto à interpretação conforme à letra b do inciso VI do art. 3º, os Ministros Alexandre de Moraes e Luiz Fux. Redigirá o acórdão o Ministro Edson Fachin. Falaram: pelo requerente, o Dr. Lucas de Castro Rivas; pelo *amicus curiae* Federação Brasileira de Telecomunicações – FEBRATEL, o Dr. Felipe Monnerat Solon de Pontes Rodrigues; pelo interessado, o Ministro André Luiz de Almeida Mendonça, Advogado-Geral da União; e, pela Procuradoria-Geral da República, o Dr. Antônio Augusto Brandão de Aras, Procurador-Geral da República. Afirmou suspeição o Ministro Roberto Barroso. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Plenário, 15.04.2020 (Sessão realizada inteiramente por videoconferência - Resolução 672/2020/STF). (**grifo nosso**)

Em suma, o STF determinou que cabe às autoridades municipais e estaduais, também decidir, caso a caso a imposição destas medidas, assim como se dará o regime de funcionamento das atividades, pois a competência da matéria possui natureza concorrente. Logo, apesar dos poderes de planejamento geral e edição de decreto que liste as categorias essenciais, o mesmo e também as medidas restritivas afins ficam a cargo dos demais entes federados. Recentemente, houve decreto presidencial neste sentido e a imediata declaração de desobediência do mesmo por parte dos governadores³⁸.

A segunda decisão a ser analisada, como anteriormente citado, é a proveniente da justiça estadual do Maranhão, no qual fora decretado uma medida de *lockdown* por via judicial a pedido do Ministério Público local. Tal decisão se deu no bojo da Ação Civil Pública nº 0813507-41.2020.8.10.0001³⁹ daquele Estado.

De iniciativa do Ministério Público do Maranhão, a presente ação civil pública era fundada nos boletins médicos mais recentes à época do pedido, que indicavam o estrangulamento do sistema de saúde em decorrência da pandemia, e que, portanto, a situação violaria os dispositivos constitucionais no que concerne o direito à saúde, sobretudo os artigos 1º, III – quanto a dignidade da pessoa humana, e 196 – quanto ao direito e sistema de saúde, ambos da Constituição Federal.

Indica ainda o *parquet* a inércia do poder público local em adotar medidas mais severas no controle da infecção, de modo que em extenso rol de pedidos, é requerida desde a ampliação da suspensão das aulas (A.1.2); como a revalidação de decretos

³⁸ SP não seguirá decreto sobre academias e salões de beleza, diz Doria. **Revista Exame**, São Paulo, 13 maio 2020. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/sp-nao-seguira-decreto-sobre-academias-e-saloes-de-beleza-diz-doria/>. Acesso em: 16 maio 2020.

³⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. **Ação Civil Pública (ACPCiv 0813507-41.2020.8.10.0001)**. Disponível em: <https://pje.tjma.jus.br/pje/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/listView.seam?ca=805477f513645fadf599ed517507156a1a04e892352eeffa>. Acesso em: 16 maio 2020.

de restrição de atividades (A.1.4); e o pedido da definição por decreto das atividades essenciais (A.1.5). Requer ainda, para os municípios circunvizinhos da capital, de forma exemplificada: a adoção do uso obrigatório de máscaras (B.1.1); o atendimento médico em modalidade *fast track* (B.2); a mudança no material informativo destas prefeituras, para que evidenciassem o caráter letal da moléstia (B.3); dentre outros.

Em sede decisória, decidiu a Vara de Interesses Difusos e Coletivos da Comarca da Ilha de São Luís pela quase que total integralidade dos pedidos liminares, fundada nos argumentos da proteção sanitária local, ante a inefetividade das medidas Executivas anteriores e o provável colapso do sistema de saúde, conforme apresentava o boletim técnico apresentado pelo *parquet*.

O magistrado levanta ainda a ineficiência das medidas adotadas via decreto, no caso, o Decreto nº 35.677, de 21 de março de 2020 daquele Estado, aduzindo⁴⁰:

Ocorre, no entanto, que para o presente momento as medidas de distanciamento social estão se mostrando ineficazes para contenção da propagação do vírus causador da COVID-19, demandando do Poder Público a adoção de medidas mais intensas para evitar um colapso do sistema público de saúde, que, na Capital, já se evidencia, com a lotação máxima dos leitos de UTI destinados a pacientes com COVID-19. (grifo nosso)

Ainda traz a questão do caráter não absoluto das garantias e liberdades fundamentais, isto quando levantada a questão das liberdades de ir e vir e demais afetadas com medidas restritivas para a contenção do vírus e preservação da saúde, e ainda de uma possível arguição de inconstitucionalidade de sua própria medida⁴¹.

Em resultado, a medida judicial foi acatada pelas autoridades políticas locais e que inclusive atenderam os pedidos de reunião estratégica, conforme consta relatório nos autos, e que visam atender as pedidas demandadas em sede judicial⁴².

Feita a síntese da demanda, é necessário levantar que os fundamentos de base estritamente legal desta decisão são abertos – princípios e garantias constitucionais do direito à vida digna e à saúde são a espinha dorsal argumentativa tanto dos pedidos quanto da decisão que concedeu a liminar. Acrescidos a tais ideários, existem elementos de natureza não jurídica – relatórios técnicos e informativos de autoridades sanitárias, que possuem mérito em causa, mas que não são *per si* fontes do Direito.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 7.

⁴¹ *Ibidem*, p. 9.

⁴² Governo do Maranhão acata lockdown decretado pelo Poder Judiciário para a Ilha de São Luís. **Governo do Maranhão**. Maranhão, 1 maio 2020. Disponível em: <https://www3.ma.gov.br/governo-do-maranhao-acata-lockdown-decretado-pelo-poder-judiciario-para-a-ilha-de-sao-luis/>. Acesso em: 16 maio 2020.

A questão que se coloca é se, sendo tal medida, uma medida ativista – ora, se requer até mesmo a reedição de decretos, além de várias outras medidas de cunho Executivo – seria ela válida frente à decisão anterior do Supremo Tribunal Federal? Ainda, se poderia dizer que o Judiciário, no caso, ocupou a competência Executiva, e neste caso, tal medida seria válida se considerados outros princípios e definições constitucionais para além daquelas apontadas no pedido e na decisão?

Por óbvio, a decisão do STF, não especifica quanto a competência ser exclusiva dos Executivos locais para determinar tais medidas, tampouco veda o Judiciário de decidir sobre tais questões – em respeito até mesmo a ideia de jurisdição una -, contudo, caso tal decisão fosse tratada como “precedente forte” – na linha do que fora anteriormente demonstrado – poderia ela ser impeditiva para medidas de judicialização tal qual o segundo caso analisado?

No caso, medidas de combate à pandemia foram expedidas pelas autoridades locais, ou seja, o determinado pela decisão do STF fora respeitado, contudo, o mérito de tais medidas (os resultados das mesmas) fora atacado com argumentos de fato e outros não estritamente jurídicos, sendo tais determinações do Executivo substituídas quase que integralmente pelos pedidos judiciais.

Se poderia dizer ainda que, neste caso, haveria uma certa mistura dos dois institutos analisados no presente estudo: há ativismo judicial no que se refere à determinação judicial de políticas públicas com base na aplicação direta de valores constitucionais abertos, enquanto a questão que fora levada ao Judiciário dizia respeito a matéria notoriamente pertencente à esfera política, havendo, inclusive, decisão da corte superior quanto a competência política daquele ente federativo para dirimir a respeito do tema⁴³.

Ocorre que, com base no resultado prático daquela decisão, isto é, elemento fático, arguiu o Ministério Público acerca da ineficiência das medidas adotadas, visando que o Judiciário se manifestasse a respeito desta mesma ineficiência e alterasse o quadro com base no seu poder de ordem judicial.

Não se trata de analisar apenas o mérito da questão – poderia haver uma decisão judicial tanto no sentido da instauração das medidas restritivas de direito em nome da proteção da saúde ou em sentido contrário, no sentido de relaxamento de

⁴³ BARROSO, Op. Cit., p. 22.

tais medidas em defesa de outras liberdades – mas sim de analisar o cabimento deste tipo de atuação.

Inclusive, existe ao menos uma decisão, não fundadas em controle ou análise de princípios constitucionais, mas que sopesaram normativas estaduais e federais no sentido oposto do caso estudado, isto é, no sentido de flexibilização das medidas de isolamento, de modo que foi entendido valeriam as medidas federais menos severas em contraposição às medidas estaduais mais restritivas⁴⁴.

Para além de todas as situações referentes à *accountabilty* e da (i) legitimidade democrática dos órgãos que decidem deste modo⁴⁵, paira a questão do necessário ordenamento sistemático dos espaços em que haveria ou não poder de ingerência judiciária, observada assim a segurança jurídica e o resguardo destas mesmas competências.

Neste sentido, uma lógica de precedentes, sobretudo no sentido de uma autocontenção do próprio Judiciário, em sentido *top-down* e voltada para o controle difuso, visando justamente preservar alguma coerência e segurança jurídica possui extrema importância. Num sistema como este, casos de ativismo, sobretudo no que tangerem garantias fundamentais, ainda seriam possíveis desde que não se insurgissem contra posições já consolidadas de zonas “não afetáveis” pela Jurisdição, ao passo que decisões dissonantes ou atentatórias a tais plasmados já definidos seriam rechaçadas.

Além disso, as cortes superiores, dotadas de especialização temática – seja o STF para assuntos das garantias fundamentais inscritas no texto constitucional, e demais cortes para suas matérias de atuação específica – poderiam criar, ao menos, o “norte hermenêutico” para a interpretação destas normas, sobretudo dos princípios abertos, o que evitaria decisões dissonantes e que colocariam como prioridade ora um, ora outro, princípio como baliza decisória em casos semelhantes.

⁴⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Mandado de Segurança Cível**, Processo nº 2084126-51.2020.8.26.0000. Agravo Interno. Julgamento em conjunto com o Mandado de Segurança. Impetração pelo Município de Tupã. Alegação de que o Decreto Estadual nº 64.881/2020, que instituiu a quarentena em razão da pandemia do COVID-19, alcança indistintamente os 645 municípios do estado com o mesmo padrão de isolamento, sem qualquer critério, estudo ou motivação técnica. Pedido de reconhecimento de ilegalidade do ato, por vício de motivação. Rejeição. Impetração contra lei em tese. Inadmissibilidade. Incidência do enunciado da Súmula 266 do STF. Segurança denegada, prejudicado o agravo interno. Rel. Des. Beretta da Silveira, 24 de junho de 2020. Disponível em: https://www.giromarilia.com.br/plugins/kcfinder/upload/files/doc_82487124.pdf Acesso em: 16 maio 2020.

⁴⁵ VERBICARO, Loiane Prado. A (i)legitimidade democrática da judicialização da política: uma análise à luz do contexto brasileiro. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, DF, v. 13, n. 101, p. 445-488, 2012.

Algum ativismo seria mantido, como anteriormente exposto, contudo, tal ativismo seria direcionado e norteado pelos precedentes anteriores, requerendo a fundamentação originada de autoridade superior (e em patamares suficientes) para a alteração de quaisquer precedentes. A possível segurança seria ainda mais presente se analisado casos de judicialização da política, vez que se poderia ter precedentes no sentido de dizer tanto quais medidas seriam possíveis de serem determinadas, e ainda, quais casos seriam objeto possível do controle Judiciário.

Deve-se ainda apontar que a presente formulação é hipotética, e prescinde de um sistema de precedentes ou de jurisprudência fortalecida minimamente maduro, isto é, que já possui decisões o bastante para que as próprias decisões futuras sejam filtradas e controladas. Contudo, parece razoável almejar por determinados núcleos de garantias fundamentais e determinados nortes interpretativos, oriundos das próprias decisões judiciais.

Decisões tais poderiam tanto coibir a “criação do Direito” caso a caso⁴⁶, sobretudo em instâncias decisórias isoladas, quanto impediriam que obrigações e formas de (não)aplicação da lei esdrúxulas surgissem, já que existiria o norte anteriormente determinado. Ainda, aponta-se para a facilitação de eventual reforma da decisão que se dê neste modo aberrante, retornando a ideia de fortalecimento da segurança jurídica e racionalidade decisória.

CONCLUSÃO

O comportamento social sofre limites pelo próprio Direito, seja ele fruto direto das regras, seja dos princípios. Para além da mera ilegalidade ou não, a forma de aplicação da lei, o que é permitido ou não é o que se disputa na sistemática judicial. É neste ponto que resta o Judiciário a função de decidir em tais casos: ora pela permissão, ora pela proibição, ora pelo reconhecimento de um descumprimento, ora pela manutenção do *status quo*, além de todos os contornos de como e se será aplicada a lei posta.

⁴⁶ No caso, não se critica a aplicação do Direito posto ou a consagração de garantias fundamentais preexistentes, mas sim a criação de direitos e de consequentes obrigações por parte do Estado ou particulares terceiros de forma não uniforme, ou ainda, de forma insustentável, todas estas formas baseadas na interpretação dos direitos e garantias abertos trazidos na constituição. Deve-se levantar ainda, que, a “criação do Direito” também abarca formas de aplicação, ou ainda, decisões contrárias a decisões já estabelecidas. A existência destes “precedentes fortes”, agiria justamente para coibir tais decisões e dissonantes.

Dentre essas funções ideais da Justiça, não está inclusa a afirmação e reafirmação constante das mesmas teses diuturnamente, sendo tal prática não condizente com a ideia de pacificação social, tampouco contribuindo para o desenvolvimento e aperfeiçoamento do sistema decisório.

Entra em cena então a importância e um esperado “poder” da Jurisprudência ou dos entendimentos passados das Cortes, no sentido de pacificação das demandas de natureza quase que idênticas, sem mencionar a questão das demandas de massa. Nestes casos, a abertura para julgamentos contrastantes deveria ser estreita, apenas como forma de oxigenação jurisprudencial e da inserção de novas teses, visando o aprofundamento e embasamento concreto das mesmas.

A temática ganha relevância ainda maior quando levantados os casos de judicialização, e até mesmo em casos de ativismo uma vez que através da jurisprudência poderiam ser demarcados os limites da própria atuação judicial. Havendo jurisprudência no sentido de que determinadas matérias competem ao Legislativo ou ao Executivo, não há omissão na prestação jurisdicional, mas pelo contrário, há o reconhecimento por parte do Judiciário de que este está incluso num sistema e que o próprio também possui seus próprios freios e contrapesos.

Nas atuais circunstâncias, estas de caráter emergencial e grave, difícil deve ser o impasse do magistrado em não interferir em questões que colocam vidas humanas em risco, sendo que muitas das vezes ele é o agente natural a ser provocado para tal. Ocorre que em inúmeras situações, a boa vontade não basta como fundamento decisório, fato que leva a discussão da possibilidade e/ou competência para proferir determinadas decisões.

A situação se agrava quando a decisão a ser tomada neste contexto acaba por gerar direitos fundados em interpretações abertas ou ainda, que partem de fundamentação marginalmente jurídica – se encontrando aqui as decisões consideradas ativistas, que extrapolam da competência judicial, pois tais decisões podem deixar de considerar uma série de fatores (inclusive aqueles da própria sustentabilidade e viabilidade da medida proferida), culminando em consequências práticas tão nefastas quanto, ou ainda piores, que o que a medida inicial visa combater.

Neste sentido, respondendo-se à pergunta de pesquisa proposta, propõe-se a possibilidade de um mecanismo efetivo de precedentes, este que, em tese, afastaria a necessidade do magistrado originário isolado de tomar tais decisões ativistas, sendo

tal afastamento dado por ordem hierarquicamente superior e que poderia estancar algumas celeumas judiciais as quais o Judiciário é acometido todos os dias.

A decisão política deve, acima de tudo, ser tomada por políticos, resguardando a noção de responsabilidade própria destes agentes eleitos, sob pena destes agentes se isentarem desta responsabilidade que naturalmente lhes cabe quando houver intervenção do Judiciário.

E sim, decisões amargas podem surgir através de uma sistemática que obrigue determinadas posições, mas deve ser afastado em alguma medida o poder total de decisão que culmina em decisões emotivas, políticas e/ou baseado em anseios populares, estas que colocam em risco a própria sistemática democrática cidadã. O Estado de Direito tudo abarca, mas tampouco, tudo deverá decidir.

Feitas tais explicações, aponta-se em conclusão que um sistema de jurisprudência fortalecido ou de precedentes vinculantes seria de grande valia na contenção de ativismos, isto é, de medidas judiciais que “criam Direito” de forma extrapolativa à competência Judiciária original, bem como daquelas que tratam da política na seara judicial, haja vista que existiria um núcleo duro firmado pela jurisprudência e que combateria tais interpretações dissonantes.

Tal sistema não significa o fim da ideia de ativismo ou o cessar completo do acionamento do Judiciário por agentes e temas políticos, mas possibilitaria a existência de um norte para tal movimento, coibindo as decisões que se dessem de modo estranho a tal norte de direitos, preservando o sistema de eventuais excessos e assegurando uma maior segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Guilherme Rizzo. Precedentes e a Tetralogia de Streck. **Páginas de Direito**, Porto Alegre, p. 10-13, out. 2016. Disponível em: <https://www.paginasdedireito.com.br/index.php/artigos/342-artigos-out-2016/7776-precedentes-e-a-tetralogia-de-streck>. Acesso em: 5 maio 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Madrid, n. 13, p. 17-32, 2009.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista de direito administrativo**, v. 232, p. 141-176, abr./jun. 2003. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v232.2003.45690>. Disponível em:

<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45690/45068>. Acesso em: 5 maio 2020.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista de direito administrativo**, v. 232, p. 141-176, abr./jun. 2003. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v232.2003.45690>. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45690/45068>. Acesso em: 5 maio 2020.

BRASIL. **Lei 13.979 de 6 de fevereiro de 2020**. Lei sobre medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm. Acesso em: 16 maio 2020.

BRASIL. **Medida Provisória nº 626 de 20 de março de 2020**. Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para dispor sobre procedimentos para aquisição de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv926.htm. Acesso em: 16 maio 2020.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Reclamação nº 4335/AC**. Reclamação. 2. Progressão de regime. Crimes hediondos. 3. Decisão reclamada aplicou o art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90, declarado inconstitucional pelo Plenário do STF no HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1.9.2006. 4. Superveniência da Súmula Vinculante n. 26. 5. Efeito ultra partes da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso. Caráter expansivo da decisão. 6. Reclamação julgada procedente. Relator: Min. Gilmar Mendes, 20 de março de 2014. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur281416/false>. Acesso em: 5 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6341**. Saúde – Crise – Coronavírus – Medida Provisória – Providências – Legitimação Concorrente. Surgem atendidos os requisitos de urgência e necessidade, no que medida provisória dispõe sobre providências no campo da saúde pública nacional, sem prejuízo da legitimação concorrente dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Relator: Min. Marco Aurélio, 24 de março de 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>. Acesso em: 16 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6341**. Saúde – Crise – Coronavírus – Medida Provisória – Providências – Legitimação Concorrente. Surgem atendidos os requisitos de urgência e necessidade, no que medida provisória dispõe sobre providências no campo da saúde pública nacional, sem prejuízo da legitimação concorrente dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Relator: Min. Marco Aurélio, 15 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/deciso-es-255681211>. Acesso em: 16 maio 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Mandado de Segurança Cível**, Processo nº 2084126-51.2020.8.26.0000. Agravo Interno. Julgamento em conjunto com o Mandado de Segurança. Impetração pelo Município de Tupã. Alegação de que o Decreto Estadual nº 64.881/2020, que instituiu a quarentena em razão da pandemia do COVID-19, alcança indistintamente os 645 município do estado com o mesmo padrão de isolamento, sem qualquer critério, estudo ou motivação técnica. Pedido de reconhecimento de ilegalidade do ato, por vício de motivação. Rejeição. Impetração contra lei em tese. Inadmissibilidade. Incidência do enunciado da Súmula 266 do STF. Segurança denegada, prejudicado o agravo interno. Rel. Des. Beretta da Silveira, 24 de junho de 2020. Disponível em: https://www.giromarilia.com.br/plugins/kcfinder/upload/files/doc_82487124.pdf Acesso em: 16 maio 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. **Ação Civil Pública (ACPCiv 0813507-41.2020.8.10.0001)**. Disponível em: <https://pje.tjma.jus.br/pje/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/listView.seam?ca=805477f513645fadf599ed517507156a1a04e892352eefea>. Acesso em: 16 maio 2020.

DIDIER JR, Fredie. O recurso extraordinário e a transformação do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro. *In*: NOVELINO, Marcelo. **Leituras complementares de constitucional: controle de constitucionalidade**. Salvador, BA: JusPODIVM, 2007. p. 99-113.

GICO JR, Ivo Teixeira. Anarquismo Judicial e Segurança Jurídica. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, DF, v. 5, n. 2, p. 479-499, 2015. DOI: <https://doi.org/10.5102/rbpp.v5i2.3270>. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3270>. Acesso em: 5 maio 2020.

GOVERNO do Maranhão acata lockdown decretado pelo Poder Judiciário para a Ilha de São Luís. **Governo do Maranhão**. Maranhão, 1 maio 2020. Disponível em: <https://www3.ma.gov.br/governo-do-maranhao-acata-lockdown-decretado-pelo-poder-judiciario-para-a-ilha-de-sao-luis/>. Acesso em: 16 maio 2020.

HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do direito constitucional: neoconstitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 859, p. 81-91, maio 2007.

LOURENÇO, Haroldo. Precedente judicial como fonte do direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC. **Revista da AGU**, Brasília, DF, ano 11, n. 33, p. 17, jul./set. 2012. DOI: <https://doi.org/10.25109/2525-328X.v.11.n.33.2012.107>. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/107>. Acesso em: 5 maio 2020.

MENDES, Gilmar. O controle da constitucionalidade no Brasil. **Academia.edu**, São Francisco, CA, p. 3, out. 2008. Disponível em: https://www.academia.edu/17812360/Controle_de_Constitucionalidade_EUA_Out_2008_v_Port_rev. Acesso em: 5 maio 2020.

NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e “*distinguishing*” no CPC/2015: uma breve introdução. In: **Precedentes**. Salvador: JusPODIVM, 2015. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 3).

QUEIROZ, Joaquim. **Os precedentes obrigatórios como mecanismo de efetivação dos direitos fundamentais**, 2016. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016. Disponível em: https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/26131/1/ulfd132690_tese.pdf. Acesso em: 16 maio 2020.

ROCHA, Lara Bonemer Azevedo da; BARBOSA, Claudia Maria. O papel dos precedentes para o controle do ativismo judicial no contexto pós-positivista. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, DF, v. 5, n. 2, p. 115-133, 2015. DOI: <https://doi.org/10.5102/rbpp.v5i2.3046>. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3046>. Acesso em: 5 maio 2020.

SACONATO, Thais Estevão. A teoria dos precedentes e o controle do ativismo judicial: segurança jurídica e estabilidade nas decisões judiciais. **Revista de artigos do 1º Simpósio sobre Constitucionalismo, Democracia e Estado de Direito**, [S.l.], v. 1, n. 1, p. 947-963, jan. 2017. Disponível em: <https://revista.univem.edu.br/1simposioconst/article/view/1227>. Acesso em: 5 maio 2020.

SP não seguirá decreto sobre academias e salões de beleza, diz Doria. **Revista Exame**, São Paulo, 13 maio 2020. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/sp-nao-seguira-decreto-sobre-academias-e-saloes-de-beleza-diz-doria/>. Acesso em: 16 maio 2020.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 389.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 422.

STRECK, Lênio Luiz; ABBoud, Georges. O que é isto – o sistema (sic) de precedentes no CPC. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 18 ago. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>. Acesso em: 5 maio 2020.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 19.

TAYLOR, Matthew M.; DA ROS, Luciano. Os partidos dentro e fora do poder: a judicialização como resultado contingente da estratégia política. **Dados**, v. 51, n. 4, p. 825-864, 2008.

VERBICARO, Loiane Prado. A (i)legitimidade democrática da judicialização da política: uma análise à luz do contexto brasileiro. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, DF, v. 13, n. 101, p. 445-488, 2012.

VERISSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e Ativismo Judicial “à brasileira”. **Revista Direito GV**, v. 4, n. 2, p. 407-440, dez. 2008.

POPULISMO JUDICIAL: PERSPECTIVA CRÍTICA A PARTIR DA ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL¹

Alekssandro Souza Libério²

SUMÁRIO: Introdução; 1 O problema da fundamentação das decisões jurídicas; 2 Breves considerações sobre o ativismo judicial; 3 Uma concepção do populismo brasileiro; 4 O populismo judicial e a crise democrática; Considerações finais; Referências.

RESUMO: Este trabalho apresenta uma análise crítica do populismo judicial a partir de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal. O objetivo da pesquisa é apresentar uma crítica às decisões judiciais, particularmente do Supremo Tribunal Federal, cujas fundamentações apresentem um caráter marcadamente populista e equidistante das normas jurídicas vigentes. Portanto, a questão que se levanta é se decisões judiciais pautadas em motivações de apelo popular são legítimas e democráticas. Este trabalho assume uma abordagem indutiva para enfrentar algumas decisões do STF, e a partir de uma leitura documental avaliar criticamente se são casos de populismo judicial. Dessa forma, pretendeu-se por meio de um procedimento bibliográfico tão somente de alguns contextos político-sociais, textos específicos sobre ativismo judicial, como também do populismo, sistematizar na jurisdição constitucional as decisões que assumem um caráter populista. A abordagem também aponta para as repercussões do discurso judicial populista na democracia brasileira. E, portanto, tem-se como principais resultados o reconhecimento do populismo judicial no STF e a crise democrática a ele associada.

PALAVRAS-CHAVE: Populismo judicial; Ativismo Judicial; Jurisdição Constitucional; Democracia.

JUDICIAL POPULISM: A CRITICAL PERSPECTIVE ON THE FEDERAL SUPREME COURT ACTIONS

ABSTRACT: This work presents a critical analysis on judicial populism from some decisions taken by the Brazilian Federal Supreme Court (STF). The aim of the research is to present a critique of the judicial decisions, from the STF in particular, whose grounds are markedly populist and equidistant from the legal rules in force. Therefore, the question raised here is whether judicial decisions guided by motives of popular appeal are in fact legitimate and democratic. This work opts for an inductive approach to confront some of the STF's decision, and from a documental reading critically assess if they are cases of judicial populism. In that manner, it is intended to systematise the decisions that assume a populist profile in the constitutional jurisdiction through a bibliographical procedure of a few socio-political contexts, specific texts on judicial activism, as well as on populism. This approach also points to the repercussions of the populist judicial discourse in the Brazilian democracy. Hence, the main results here found are the recognition of judicial populism in the STF and the democratic crisis associated to it.

KEYWORDS: Judicial Populism; Judicial Activism; Constitutional Jurisdiction; Democracy

¹ Artigo Científico apresentado à disciplina Desafios Contemporâneos da Ordem Constitucional, do Mestrado em Direito Constitucional do IDP/iCEV.

² Autor: Advogado, Especialista em Direito Penal e Processo Penal, mestrando em Direito, lattes <http://lattes.cnpq.br/7286081179828517> e-mail: alekssandroliberio@gmail.com

INTRODUÇÃO

Este trabalho apresenta uma análise acerca do populismo judicial. Por se tratar de categoria recente no debate jurídico, o populismo será apresentado a partir de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal que apresentam as características que marcam essa categoria conceitual. O objetivo da pesquisa é apresentar uma crítica às decisões judiciais, particularmente do Supremo Tribunal Federal, cujas fundamentações apresentem um caráter marcadamente populista e equidistante das normas jurídicas vigentes.

Portanto, a questão que se levanta é se decisões judiciais pautadas em motivações de apelo popular são legítimas e democráticas. Isso porque o debate se insere no campo da teoria do Estado Democrático de Direito que possui no pluralismo político sua legitimidade. O Supremo Tribunal Federal tem pontualmente adotado um discurso jurídico fundado em argumentos moralistas, sob a alegação de que estariam legitimados pela opinião pública. Mas, como é discurso já bastante aceito, é papel do Supremo ser contramajoritário em suas decisões e, portanto, o único elemento material que deve pesar na formação do convencimento dos ministros é a norma jurídica vigente. Nesse sentido, analisaremos esse movimento judicial no sentido de buscar legitimidade de suas decisões na opinião pública.

Assim, este trabalho assume uma abordagem indutiva para enfrentar algumas decisões do STF, e a partir de uma leitura documental avaliar criticamente se são casos de populismo judicial. Dessa forma, pretendeu-se por meio de um procedimento bibliográfico tão somente de alguns contextos político-sociais, textos específicos sobre ativismo judicial, como também do populismo, sistematizar na jurisdição constitucional as decisões que assumem um caráter populista.

A abordagem do tema se dá primeiramente com uma explicação teórica sobre os fundamentos das decisões jurídicas. Em seguida, são traçadas algumas considerações acerca do ativismo judicial e populismo judicial. Logo, a partir desses aportes, é possível dialogar com o populismo judicial no STF e seus reflexos quanto ao aspecto democrático.

A abordagem também aponta para as repercussões do discurso judicial populista na democracia brasileira. E, portanto, tem-se como principais resultados o reconhecimento do populismo judicial no STF e a crise democrática a ele associada.

1. O PROBLEMA DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JURÍDICAS

Este trabalho parte do pressuposto que decisões judiciais proferidas pelas autoridades constitucionalmente estabelecidas devem ser fundamentadas a partir de critérios normativos. Os magistrados imbuídos da função jurisdicional, qual seja, dizer o direito no caso concreto, expõem a justificação dos argumentos que formulam em seus discursos jurídicos. Dado o positivismo jurídico brasileiro, o discurso judicial, portanto, deve guardar relação estrita com a norma vigente.

Alexy eleva a discussão ao nível mais estrito ainda quando questiona a justificação dos julgamentos jurídicos. Para ele uma afirmação jurídica singular, ou seja, a decisão judicial no caso concreto, quando se baseia logicamente na formulação de normas de direito, cuja validade decorre de axiomas jurídicos preestabelecidos, é justificável (ALEXY, 2001, p. 17). Por outro lado, decisões que se fundamentam em teses políticas, sociais ou quaisquer outras que não correspondam às normas vigentes, sofrem de ilegitimidade.

É praticamente aceitável essa proposição na teoria normativa contemporânea. Convém, todavia, observar que as normas são o elemento material das decisões judiciais. E, ressalvadas as defesas que divergem dessa premissa, aquelas decisões que se distanciam desse elemento não se justificam juridicamente.

Por escolha metodológica, não se propõe aqui dialogar com a teoria Dworkiana de uma hermenêutica moral do direito, segundo a qual haveria uma dimensão moral objetiva, ou seja, valores alinhados com a ideia Kantiana de dignidade humana que teriam o propósito de manter a unidade da comunidade política. Significa, pois, dizer que o judiciário atuaria politicamente por meio das decisões jurídicas para proteger o núcleo moral do direito, os direitos fundamentais, fazendo uso de argumentos de princípios (MACHADO, 2014).

A ideia de Dworkin apresenta alguns problemas, a exemplo da fluidez conceitual dos valores fundamentais, e a existência de decisões judiciais que contrariam preceitos legais expressos. Ou seja, ainda valem as mesmas questões apontadas por Alexy, para quem a questão da lógica argumentativa apresenta problemas de imprecisão da linguagem, a possibilidade de conflitos de normas, e decisões fundadas em regulação não prevista em nenhuma norma válida existente (ALEXY, 2001, p.17). Ao contrário, uma hermenêutica moral do direito amplia o

potencial de discricionariedade jurisdicional. Por essa razão, aqui não se sustenta essa tese Dworkiana.

Mas, o que se deseja fazer é analisar como as decisões judiciais, fundamentadas em normas jurídicas, comportam uma motivação de cunho marcadamente político. Trazendo o debate para o campo da jurisdição constitucional, George Abboud e Gilmar Mendes pontuam que os magistrados que agirem premidos de suas vontades e entendimentos particulares, estariam exprimindo como as leis deviam segundo suas próprias convicções, fazendo uso de argumentos jurídicos incompatíveis com a Constituição. Votos baseados em suas visões políticas e sociais particulares descumprem o juramento que fizeram ao assumir o cargo na Corte (ABBOUD E MENDES, 2019, p. 3). Assim, as razões jurídicas precisam estar alinhar-se à previsão normativa, especialmente constitucional, e de uma democracia plural.

O Direito possui uma linguagem codificada cuja hermenêutica não pode partir do sentido comum teórico dos juristas que se caracteriza, conforme Streck (2012, p. 2), pelo “conjunto de crenças, valores e justificativas por meio de disciplinas específicas, legitimadas mediante discursos produzidos pelos órgãos institucionais”. Os discursos produzidos judicialmente devem partir do conjunto normativo vigente, ou seja, das leis, jurisprudências, e princípios gerais do direito.

Apesar de a dogmática jurídica representar o consenso da comunidade científica e em alguma medida conferir segurança jurídica pela previsibilidade das decisões judiciais é desejável que a crítica contribua para que não haja uma limitação à novas teorias ou novos diálogos doutrinários sobre o tema (STRECK, 2012, p. 4)

Entretanto, os discursos jurídicos precisam conter algum critério sistemático garantidor da dimensão democrática constitucional advinda a partir da Constituição de 1988. Foram muitas mudanças de paradigmas, muitos dos quais ainda não foi bem recepcionado pelo clássico discurso jurídico dos doutrinadores. Isso se faz mais presente na justiça criminal onde o caráter autoritário do processo penal é o mesmo desde 1941.

Assim, é importante pautar que jurisdição, como poder dos magistrados e tribunais de dizer o direito no caso concreto, é distinta da judicialização e do ativismo judicial. Essa diferenciação conceitual se mostra importante para se reforçar as conclusões do tema proposto nesse trabalho.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO ATIVISMO JUDICIAL

Premidos da previsão normativa do artigo 4º da Lei de introdução às normas do direito brasileiro, conhecida como LINDB, segundo a qual quando a lei for omissa, “o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Nesse dispositivo resta evidente o conteúdo formal da jurisdição brasileira. Logo, a jurisdição se trata de um poder investido aos juízes e tribunais brasileiros para decidir o caso concreto conforme as normas vigentes.

Quanto ao conteúdo e alcance do termo Ativismo Judicial, são muitos os que propõem uma definição minimamente geral, mas que comumente entra em contradição a alguma outra conceituação existente. Barroso (2012, p. 25) entende que “o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo (...)”. Tal entendimento se baseia na ideia da inafastabilidade jurisdicional.

Todavia, cumpre advertir que indicam ter sido nos Estados Unidos da América a origem do ativismo judicial, e teria sua razão de ser a propósito do sistema do *common law* em que a jurisdição é exercida à par da cultura dos precedentes, e menos nas normas positivadas (BARROSO, 2012; CAMPOS, 2014; ABBOUD, LUNELLI, 2015).

Abboud e Lunelli (2015, p. 4) sugerem reflexões acerca desse termo “pode o sentido do texto constitucional (ou mesmo das leis) resumir-se a um mero juízo de conveniência do julgador? Será que o sentido dos textos está à disposição do interprete, para que este “pince” – ou mesmo crie – aquele que, a depender de suas convicções ideológicas, mais lhe agrade?”. Tais questões precisam efetivamente de melhores debates pois atingem o núcleo do problema acerca do ativismo judicial.

Ainda, segundo Barroso (2012, p. 25-26) “a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes”. No entanto, Teixeira (2012, p. 49) alerta para a possibilidade de se estar substituindo a vontade da lei instituída pelo Soberano (no caso do Brasil, em regra, o povo por meio dos seus representantes eleitos) pela discricionariedade do intérprete.

Em todo caso, o ativismo judicial é dado presente no Brasil, ainda que recente, e traz consigo toda uma série de questões ligadas à sua conceituação e legitimidade. Contudo, toda essa abordagem foi para nos inserir num fenômeno tangente ao ativismo, o populismo judicial.

Mas, ainda de adentrar na análise do populismo, é preciso esclarecer, conforme Barroso (2012, p. 24) que judicialização “significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo (...)”. A judicialização de direitos como a vida, saúde, educação, etc., traz para dentro dos tribunais debates que deveriam se desenvolver nos espaços marcadamente mais democráticos: as casas legislativas, e o poder executivo através das políticas públicas.

Nesse mesmo contexto é perceptível um judicialização da política. Por meio de ações judiciais, questões políticas são discutidas e decididas pelos magistrados em uma flagrante e perigosa interseção dos Poderes da República. Essas decisões sofrem de um déficit democrático porque, embora constitucionalmente prevista a jurisdição dos magistrados, o judiciário interfere na política fundado em argumentos muito mais políticos que tecnicamente jurídicos (MACHADO, 2014).

Ocorre que nem toda judicialização desemboca em ativismo judicial. Há decisões que ocorreram no âmbito da judicialização de certos temas que ocorreram dentro dos limites da legalidade e da hermenêutica judicial tradicional (BARROSO, 2012). Portanto, A judicialização não tangencia ao debate que propomos, e por essa razão seguimos acerca do populismo judicial.

3. UMA CONCEPÇÃO DO POPULISMO BRASILEIRO

A ideia de populismo tem sido associada com mais frequência à ciência política. O populismo político é apresentado como sendo um comportamento de políticos que prometem, a partir de uma articulação de retórica fácil, soluções para os complexos problemas sociais de forma a agradar à massa popular. As promessas surtem o efeito de acalmar os anseios sociais mais proeminentes naquele momento, embora possam ser evidentemente inoperantes. A presença de discursos populistas no campo da política marca a própria história brasileira, ou pelo menos desde os anos da década de 50 (GOMES, 1996).

Desde 1988 quando da Constituição da República foi promulgada como carta cidadã, é possível perceber um movimento de política criminal pautado no populismo (CAMPOS, 2014). Assim, a elaboração de normas penais que tem por objetivo conter o sentimento social de insegurança decorrente do aumento das taxas de criminalidade nesse período pode ser denominado de populismo penal (AZEVEDO, 2009).

Essa onda punitiva de apelo popular possui dois agentes fundamentais que manipulam a opinião pública acerca da criminalidade: a mídia e os políticos. O ciclo punitivo acontece quando a mídia passa a noticiar cotidianamente casos episódicos de violência que lhe proporciona um aumento na audiência e do sentimento de insegurança na população. Em seguida, surgem os políticos que se movimentam para apresentar uma resposta rápida e que tranquiliza a população que assiste apavorada a criminalidade na televisão e demais meios de comunicação. A movimentação política tem dois objetivos, primeiro manipular a opinião pública sobre a atuação eficiente dos representantes, segundo a captação da simpatia do público que durante as eleições se converte em voto (VON SOHSTEIN, 2013).

À população duplamente manipulada são dirigidos os discursos punitivos. A mídia, a pretexto de cumprir com seu papel de informar, fomenta a sensação de insegurança e o desejo social de combate à criminalidade, ao tempo em que transforma os processos criminais em verdadeiros espetáculos públicos. Os políticos buscar legitimar seus discursos punitivos na opinião pública já manipulada pela mídia, e com isso legislam um direito penal de emergência totalmente descompromissado com os direitos e garantias fundamentais (VON SOHSTEIN, 2013). O populismo penal midiático, portanto, é a política criminal mais evidente no Brasil desde 1988, por ela se clama principalmente por mais punição, posição cômoda aos legisladores e que não exige ações mais concretas no enfrentamento à criminalidade.

Em decorrência desses ciclos punitivos, o populismo ganha um novo ator, os magistrados. A utilização pelos membros do Poder Judiciário das categorias do populismo penal desemboca em um igual movimento de populismo, mas agora judicial (SALGADO, 2018).

Portanto, pelo populismo há uma demanda social por respostas aos problemas sociais de natureza jurídica, em seguida uma inflação legislativa em matéria penal, e por fim, a atuação populista do Poder judiciário. O resultado disso é uma flexibilização cada vez maior dos direitos e garantias fundamentais em prol de uma política de

combate ao crime por parte dos magistrados. A figura do juiz Hércules de Dworkin na sua forma mais evidente.

O populismo judicial acontece quando os magistrados atuam segundo uma moralidade subjetiva dos seus agentes, em franca negação com a supremacia constitucional. A presença do populismo na retórica judicial pode ser evidenciada em diversos casos de repercussão nacional. A perda de referência constitucional e do respeito aos direitos fundamentais, além do campo legislativo, agora alcança o campo judicial (SALGADO, 2018).

Nesse ponto, há uma interseção do populismo judicial com o ativismo judicial. No âmbito de atuação do poder judicial, os magistrados premidos de suas vontades e entendimentos particulares, estariam exprimindo como as leis deviam ser segundo suas próprias convicções, fazendo uso de argumentos jurídicos incompatíveis com a Constituição. As decisões baseadas em suas visões políticas e sociais particulares descumprem o juramento que fizeram ao assumir o cargo na Corte (ABBOUD E MENDES, 2019, p. 3).

Não raramente, os casos e decisões criminais, tomam a capa dos principais noticiários. A esperança social de que “algo será feito” recai excessivamente sobre a toga dos magistrados. São vários os programas de rádio e TV que abordam a questão criminal de maneira juridicamente problemática³. Percebe-se graves violações a direitos fundamentais nesses noticiários. Mas, a questão que se levanta são os efeitos sociais no cotidiano permeado por notícias sobre criminalidade. O aumento dos índices de criminalidade associado ao aumento da sensação de insegurança, tudo amplamente explorado por essas mídias, leva a opinião pública a reclamar uma postura mais firme e urgente das autoridades estatais (BECHARA, 2008). Uma

³ Cf. (I) Araújo, Marcos José de. Programas policiais: fenômenos de audiência no rádio' 01/07/2003 147 f. Mestrado em Comunicação Instituição de Ensino: Universidade Federal De Pernambuco, Recife Biblioteca Depositária: Biblioteca Central da UFPE. (II) Souza, Pedro Cysne Frota de. O crime como espetáculo de entretenimento - direito de imagem e liberdade de imprensa relativos aos programas policiais: aproximações entre Brasil, França e Estados Unidos ' 11/08/2017 136 f. Mestrado em Direito Constitucional Instituição de Ensino: Universidade De Fortaleza, Fortaleza Biblioteca Depositária: Biblioteca Da Universidade de Fortaleza. (III) Tordoro, Marcos Antonio. A Ação Policial e os Direitos Humanos: Pesquisa sobre valores e atitudes de policiais militares paranaenses.' 14/03/2014 132 f. Mestrado Profissional em Políticas Públicas Instituição de Ensino: Universidade Estadual De Maringá, Maringá Biblioteca Depositária: Biblioteca Central Da Universidade Estadual De Maringá. (IV) Assis, Adriano Baptista. Visão socioepistêmica das políticas públicas de segurança e Ciências Policiais de Segurança e Ordem Pública: uma leitura contemporânea' 07/08/2014 142 f. Mestrado em DIREITO Instituição de Ensino: Pontifícia Universidade Católica De São Paulo, São Paulo Biblioteca Depositária: PUC-SP. (V) Alves, Poliana Sales. Bandido Bom é Bandido Morto Experiência estética e produção de sentidos nos programas policiais da televisão: o caso do Bandeira 2' 26/08/2013 128 f. Mestrado em Cultura e Sociedade Instituição de Ensino: Universidade Federal Do Maranhão, São Luís Biblioteca Depositária: Biblioteca Central da UFMA.

sociedade amedrontada pela criminalidade violenta presente no seu dia-a-dia, ainda que exclusivamente pelo noticiário, demanda respostas agora judiciais aos casos explorados pela mídia.

Sobretudo após a Criminologia trazer para o campo de debate a vítima, a sociedade se vê como tal quando ocorrem crimes contra os bens jurídicos sociais. Esses bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal podem ser classificados como de perigo abstrato posto que o dano é presumível a todos os membros da sociedade. Quando seus bens estão em perigo a tendência natural é reclamar do Estado uma postura firme de enfrentamento ao conflito social que se apresenta.

Segundo Bechara (2008) “essa é a aspiração de uma coletividade que se autocompreende antes de tudo como vítima, e, por isso, provoca importante transformação no âmbito do Direito Penal objetivo: perde-se a visão deste como instrumento de defesa dos cidadãos frente à intervenção coativa do Estado”. Mas, quando se analisa a atuação do juiz populista pela ótica da função contramajoritária que exerce o Supremo Tribunal Federal, conclui-se que o populismo judicial é disfuncional.

O anseio social por mais segurança se torna o subterfúgio discursivo que motiva a jurisdição a decidir no âmbito criminal se valendo do argumento das “vozes da rua”⁴. Esse argumento, de uma maior intervenção penal fundado no “clamor social”, legitima o discurso de emergência que torna o Direito Penal não um instrumento de limitação do arbítrio punitivo estatal, mas um instrumento de intervenção punitivo mais contundente.

4. O POPULISMO JUDICIAL E A CRISE DEMOCRÁTICA

O populismo judicial pode ser entendido como uma permissão interpretativa dada aos magistrados para que atuem à margem das normas vigentes com vistas à aceitação social de suas decisões. São decisões equidistantes de fundamentos jurídicos, mas com forte apelo a uma legitimidade popular. Nesse sentido, as normas jurídicas se tornam quase irrelevantes.

⁴ Termo utilizado pelo Min. do STF Luis Roberto Barroso em seu voto nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) 43, 44 e 54 que tratam da execução de sentença condenatória após manutenção da condenação em segundo grau de jurisdição. Termo que foi reafirmado pelo Ministro em evento. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-abr-02/barroso-stf-responder-aos-sentimentos-sociedade> Acessado em 20 mai. 2020.

O que se visualiza é um populismo dos conflitos sociais. Muitos dos incômodos e angústias sociais são casuístas e fenomênicas. A opinião pública tem origem em causas que podem ser constantes, mas podem ser também casuístas. Sempre que os interesses sociais precisarem estar refletidos nas decisões judiciais não precisaríamos da jurisdição, bastava uma grande consulta pública.

O discurso populista tomou assento no Poder Judiciário de maneira messiânica em quase todos os graus de jurisdição, “o messianismo e o populismo deixaram de ser exclusivos nos espaços de luta eleitoral. O uso do discurso moralista já vai além da tentativa de conquista de votos ou da intenção de macular a imagens de adversários em propagandas e debates” (SALGADO, 2018, p. 203).

O principal efeito do populismo judicial é que para atender aos anseios sociais, ao clamor social, ou mesmo estar antenado às vozes das ruas, o juiz populista adota uma fundamentação política e demagógica nas decisões. Outro, e talvez mais preocupante efeito é a flexibilização de direitos e garantias fundamentais para dar cabo às decisões judiciais que descuidam da fundamentação jurídico-normativo.

Assim como nas disputas eleitorais em que uns ganham outros perdem, o populismo judicial cria um cenário de eles e nós. Essa linha divisória estabelece aqueles que podem ter direitos e aqueles que não podem ter direitos. Quando autorizamos a violação, primeiramente da igualdade formal e material, a violação de uma série de outros direitos fundamentais, a exemplo da presunção de inocência, nos autorizamos que o Estado haja conforme interesses de grupos, e não os interesses pré-estabelecidos nas normas. Isso não implica dizer que a legislação não possa ser alterada para comportar nos interesses sociais.

Ao analisar a aplicação da Teoria do Domínio do Fato pelo Supremo Tribunal Federal no processo do Mensalão, Marcelo Novelino (2013, p. 267) indica o malabarismo hermenêutico utilizado pelos ministros “pareciam sugerir que a teoria fora utilizada, não para se chegar ao resultado (raciocínio decisório), mas sim como uma justificação para legitimar uma escolha prévia (raciocínio justificativo) influenciada, em grande medida, pela pressão da mídia e da opinião pública.”

De qualquer modo, embora a inexistência de dados estatísticos inviabilize qualquer conclusão mais específica sobre o grau de alinhamento político do Tribunal com os pontos de vista da sociedade, é possível afirmar que, em determinados contextos, existe uma grande probabilidade de que a opinião pública efetivamente interfira, de alguma forma, no resultado decisório final. As investigações empíricas realizadas em outros países demonstram ser de grande ingenuidade pensar que o comportamento judicial é determinado exclusivamente pelo Direito e que os juízes conseguem ficar totalmente

imunes à interferência dos pontos de vista predominantes na sociedade.
(NOVELINO, 2013, p. 321)

Se os juízes como parte da sociedade não permanecem distantes aos fatos que angustiam a todos, decidir com base na vontade popular ou é ingenuidade ou inexperiência, duas hipóteses que são incompatíveis com os Ministros do STF tendo em vista que possuem “notável saber jurídico” necessário para assumir o cargo. Jogar para a plateia e decidir de maneira consequencialista é populismo judicial.

Evidência de decisão populista foi a decisão judicial do Juiz Sérgio Moro durante a operação lava-jato quanto autorizou a mídia divulgar uma conversa da então presidenta da República Dilma Rousseff e o ex-presidente Lula da Silva⁵. Na ocasião, a interceptação de conversação telefônicas que foi divulgada era ilegal por duas razões. A primeira razão é a flagrante violação ao sigilo, notadamente de autoridade do alto escalão da República. E a segunda, era a ilegalidade da interceptação que fora realizada mesmo após o término do período determinado judicialmente. O Supremo Tribunal Federal anulou parte da interceptação motivado justamente na ilegalidade o ato praticado pelo juiz.

Nesse mesmo caso, o Supremo Tribunal Federal cassou a nomeação de Lula da Silva como ministro, ato praticado pela presidenta Dilma Rousseff⁶. A fundamentação da decisão ocorreu sob o argumento de um ato administrativo imoral, e prática de ato ilícito atípico. Alegando não haver lugar no Estado Democrático de Direito para um fato ilícito atípico, Salgado (2018, p. 207) afirma que “o sistema sancionador tem um regime jurídico próprio, que implica na exigência de que as condutas que se consideram ilícitas sejam especificamente previstas, no âmbito de uma legalidade estrita. Tudo isso foi ignorado em nome da leitura privada moral do julgador”. Em momento posterior, mas não tão distante do relatado, o mesmo Tribunal autorizou a nomeação do investigado Moreira Franco pelo Michel Temer. Dois casos iguais, com posturas judiciais bastante antagônicas.

Para ficar no mesmo caso, estabeleceu-se um debate generalizado acerca da possibilidade de cumprimento de pena de prisão logo após manutenção de decisão

⁵ É possível acompanhar a decisão que levantou o sigilo da interceptação telefônica em: <https://www.conjur.com.br/dl/decisao-levantamento-sigilo.pdf> Acessado em 27 dez. 2020. Também é possível acompanhar a decisão do Supremo Tribunal Federal que considerou ilegal o grampo disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/lava-jato-grampos-ilegais-lula-dilma.pdf> Acessado em 27 dez. 2020.

⁶ Decisão que suspende a nomeação de Lula da Silva disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/gilmar-suspende-lula-casa-civil.pdf> Acessado em: 27 dez 2020.

condenatória em segunda instância. O texto constitucional veda a possibilidade posto ser garantia da presunção de inocência. Ocorre que, esse tema, debatido em diversas outras oportunidades no STF, ficou estabelecido naquela oportunidade que a prisão em segunda instância era constitucional.

Esta decisão foi tida por alguns setores jurídicos, mas, sobretudo, político como decisão que tinha por objetivo impedir a candidatura de Lula da Silva ao cargo de presidente. O fundamento que Barroso utilizou na decisão foi motivada pelo anseio social que assim clamava⁷.

O que se percebe ao analisar os casos citados é que o judiciário se movimenta conforme a opinião pública (aqui nos referimos apenas àquelas que são postas em evidência pela mídia) se movimenta. As decisões, nesses casos, são tomadas muito mais com o objetivo de agradar a opinião que vem a público, do que necessariamente aplicar as normas vigentes ao caso concreto.

Nesse sentido, o populismo judicial imprime uma necessidade premente de manifestação do Poder Judiciário nos principais debates públicos, ainda que não especificamente em concreto, ou que guarde relação com a lei. Muitos advogam no sentido de que esse é o caminho aberto ao ativismo judicial.

Uma das formas de ativismo judicial é o consequencialista, aquele em que a atividade decisória está munida de consequências práticas. Nesse tipo de ativismo Abboud (2019, p. 4) sustenta que “o ativismo judicial consequencialista aparece, na jurisprudência brasileira, como verdadeiro subterfúgio retórico para substituir o direito vigente pela subjetividade do intérprete.” A jurisprudência brasileira quando em prol da “segurança pública”, “da moralidade social”, “combate a corrupção” e etc. adota o ativismo judicial consequencialista põe em risco a própria democracia.

A engenharia constitucional construiu uma série de mecanismos institucionais com competências previamente estabelecidas. Separação de poderes, freios e contrapesos, controles interno e externo são alguns desses mecanismos que fazem a democracia brasileira funcionar. Cada um dos órgãos estatais age conforme suas atribuições.

Quando um Juiz ou Tribunal, através de sua decisão, pretende “combater a corrupção” “diminuir a criminalidade” ou mesmo “dar uma lição” a democracia é quem sofre as consequências. Isso porque juiz não é justiceiro, Tribunal não faz Política

⁷ É possível acompanhar a decisão disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/leia-voto-ministro-barroso-execucao.pdf> Acessado em 27 dez. 2020.

Criminal, a jurisdição permite aos órgãos judiciários apenas aplicar as normas previamente estabelecidas ao caso concreto. Há nessa hipótese uma usurpação de papel democrático.

É isso que Salgado (2018, p. 195) denuncia como novo inimigo da democracia, a “utilização da gramática populista pelos membros do Poder Judiciário e a demonstração como isso ameaça os direitos fundamentais e a democracia”. Ditado popular já dizia que estômago vazio é mau conselheiro. O discurso de emergência que ladeia as decisões no âmbito criminal surge a partir desse anseio social de resposta rápida e eficaz contra a criminalidade. Dessa pressão social a que está exposto o Judiciário brasileiro desde o midiático processo do mensalão. As consequências são inúmeras e atuais, destacadamente a insegurança jurídica é a mais proeminente.

No entender de Abboud (2019, p.5) as decisões judiciais devem buscar fundamento na lei, “pouco importando se as regras legais apresentem ou não solução clara ao caso, será ativista toda decisão que não se embasa no direito e sim em fatores metajurídicos como a moral, economia, política dentre outros”.

No campo criminal o STF exerce poderosa influência, sobretudo pelos *Habeas Corpus* que chegam ao Tribunal questionando a violação da liberdade de locomoção sob o argumento de abuso de autoridade. A quantidade de ordem de Habeas Corpus concedidas pelo ministro Gilmar Mendes já foi inclusive questionada e alvo de frequentes matérias no noticiário nacional. Em levantamento realizado pela O Estado de São Paulo⁸ o ministro Mendes assinou mais de 620 Habeas Corpus monocraticamente. Ocorre que, se as decisões desses *habeas corpus* se baseiam nas normas vigentes, não há que se falar em populismo, todavia, na medida em que esse remédio constitucional em favor dos direitos e garantias fundamentais é utilizado pelo poder judiciário para garantir atenção às vozes das ruas, a legitimidade do próprio Poder se encontra em debate.

Por outro lado, o Brasil vive momento delicado no que se refere a crimes de colarinho branco, sobretudo, corrupção nas instituições públicas, fato que causa indignação e reclama intervenção imediata e firme do Estado. A prisão aparece como

⁸ Cf. Correio Braziliense. Gilmar Mendes o ministro do STF que deu mais habeas corpus desde 2009.

Disponível em:

https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2020/01/06/interna_politica,818578/gilmar-mendes-o-ministro-do-stf-que-deu-mais-habeas-corpus-desde-2009.shtml Acessado em 18 mai. 2020.

saída de emergência à falência das outras formas de controle social. De um lado a liberdade, do outro a ordem pública; é nesse cenário que estão inseridos os juízes.

Inúmeros casos poderiam ser elencados para demonstrar a intervenção da jurisdição constitucional para manutenção da estabilidade da democracia brasileira, haja vista, tão comum que se tornou, já fazendo parte do senso comum nacional. Esse papel de garantidor da ordem democrática constitucional é justamente a fronteira entre o Estado Democrático de Direito e o Estado Autoritário. Não por acaso, um dos principais gritos da ideologia política de extrema direita⁹ que tomou o poder no Brasil está o fechamento do STF.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Algumas decisões do Supremo Tribunal Federal apresentam forte apelo populista porque são decisões fundadas no interesse episódico, dinâmico, e seletivo de uma parcela do povo brasileiro. Todavia, é importante salientar que o Supremo desempenha um papel contramajoritário. Nesse sentido, a valoração legítima que precisa ser dada pelos ministros é no sentido estrito das normas vigentes.

Evidenciada a presença do populismo judicial é possível avaliar que ele compromete a estrutura democrática posto que não se alinha aos limites de atuação dos agentes estatais em suas respectivas esferas de competência. O Juiz ou Tribunal que se vale do populismo carece que legitimidade.

O ativismo judicial, sobretudo o consequencialista, é reflexo da falta de legitimidade das decisões. A legitimidade das decisões é extraída dos fundamentos normativos formal, como as leis e jurisprudência. O ativismo judicial consequencialista é casuístico e suas motivações são extra legais.

Quando, no Brasil, uma série de fatos políticos e sociais põem pautam o debate jurídico a Constituição Federal e demais normas jurídicas devem servir de dique de contenção ao discurso jurídico populista. O desenho pós 1988 é que estando sob ameaça a estrutura democrática é preciso ter um refúgio que traga a normalidade das coisas, e esse seria um papel importantíssimo do Supremo Tribunal Federal brasileiro que, aliás, já vem sendo acionado e exposto devido a quantidade de pautas político-sociais que forçam os limites da democracia.

⁹ Cf. Jornal Cruzeiro. Disponível em: <https://www.jornalcruzeiro.com.br/brasil/manifestacoes-por-todo-o-pais-viram-teste-e-apoio-popular-ao-governo> Acessado em 18 mai. 2020

Finalmente é preciso lembrar que a atuação do STF deve ser residual, pois sua existência já demonstra existência de instabilidade. Significa dizer que todas as demais instituições devem zelar pela Democracia, mas se as mencionadas instituições apresentarem falhas, temos o Supremo Tribunal Federal como última fronteira na defesa da democracia. E, é justamente nesse sentido que se avaliar haver uma ameaça à democracia a cada decisão judicial populista, especialmente por não ser um órgão de representação popular, mas sim a última fronteira jurídica do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Consequencialismo jurídico**: o lugar da análise de consequências em direito e os perigos do ativismo judicial. v. 1009/2019 São Paulo: Revista dos Tribunais Online, 2019. pp. 1-9.

ABBOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. Ativismo judicial e instrumentalidade do processo: diálogos entre discricionariedade e democracia. **Revista do Processo**, São Paulo, v. 242, n. 1, p. 21-47, abr. 2015.

ABBOUD, Georges; MENDES, Gilmar Ferreira. **Ativismo judicial**: notas introdutórias a uma polêmica contemporânea notas introdutórias a uma polêmica contemporânea. v. 1008/2019 São Paulo: Revista dos Tribunais Online, 2019. pp. 1-9.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Justiça Penal e Segurança Pública no Brasil: causas e consequências da demanda punitiva. **Revista Brasileira de Segurança Pública**, São Paulo, v. 4, n. 3, p. 94-113, abr. 2009.

BARROSO, Luis Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Vol. 5, número especial, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **(Syn)Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, jan. 2012.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Discursos de emergência e política criminal: o futuro do direito penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 103, p. 411-436, dez. 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal**, de 05 de fevereiro de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 2015. Secretaria de editoração e publicações - SEGRAF.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. Lei de introdução às normas do direito brasileiro. **Lex**. Brasília, DF, 04 set. 1942.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Poder Judiciário. **Informativo**. ADPF 347. 2015. ADPF 347 MC/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 9.9.2015. (ADPF-347). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm>> Acesso em: 20 maio 2020.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial no STF**. São Paulo: Forense, 2014.

CORRÊA, Hudson. O brasileiro fala cada vez mais sobre política. E confia cada vez menos nos políticos. 2016. **Revista Época**. Disponível em: <<https://epoca.globo.com/politica/noticia/2016/11/o-brasileiro-fala-cada-vez-mais-sobre-politica-e-confia-cada-vez-menos-nos-politicos.html>> Acesso em: 15 maio 2020.

DAHL, Robert A. **Tomada de decisões em uma democracia**. Revista de direito administrativo. p. 31. Tradução realizada a partir do original: DAHL, Robert.

GABARDO, Emerson. **Os perigos do moralismo político e a necessidade de defesa do direito posto na Constituição da República de 1988**. Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 17, n. 70, pp. 65-91, out./dez. 2017.

GOMES, Angela de Castro. O populismo e as ciências sociais no Brasil: notas sobre a trajetória de um conceito. **Tempo**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 31-58, jan. 1996.

JÚDICE, Mônica Pimenta. **A jurisdição brasileira no estado democrático de direito e o pluralismo participativo**. JusBrasil. Artigo. Disponível em: <<https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/373370001/a-jurisdicao-brasileira-no-estado-democratico-de-direito-e-o-pluralismo-participativo>> Acessado em 22 mai. 2020.

MACHADO, Igor Suzano. **A decisão judicial entre a hermenêutica moral e a articulação política**. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n. 109, pp. 365-409, jul./dez. 2014.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã"**. Tradução do alemão: Martonio Lima e Paulo Albuquerque. Novos Estudos n.º 58. nov. 2000. pp. 183-202.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 33. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MORLINO, Leonardo. Qualidades da democracia: como analisá-las. **Revista Sociedade e Cultura**. Goiânia, v. 18, n. 2, p.177-194, dez. 2015. Semestral.

NOVELINO, Marcelo. **A influência da opinião pública no comportamento judicial dos membros do STF. Constitucionalismo e Democracia.** FELLET, André; NOVELINO, Marcelo (Org.). Salvador: Juspodivm, 2013, p. 265-328.

NOVELINO, Marcelo. O Supremo Tribunal Federal brasileiro e a opinião pública. **Revista do Ministério Público.** n. 146 Rio de Janeiro: abr. jun. 2016. pp. 77-107.

SALGADO, Eneida Desiree. Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos. **Revista Brasileira de Estudos Políticos.** n. 117 Belo Horizonte: jul./dez. 2018. pp. 193-217.

STRECK, Lênio Luis. **O que é isto – a verdade real? Uma crítica ao sincretismo.** v. 921 São Paulo: Revista dos Tribunais Online, 2012. p. 1–19.

VON ILHERING, Rudolf. **A luta pelo direito.** São Paulo: Martin Claret, 2007.

VON SOHSTEN, Natália França. Populismo penal no Brasil: o verdadeiro inimigo social que atua diretamente sobre direito penal. o verdadeiro inimigo social que atua diretamente sobre direito penal. **Âmbito jurídico.** 2013. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/populismo-penal-no-brasil-o-verdadeiro-inimigo-social-que-atua-diretamente-sobre-o-direito-penal/>. Acesso em: 19 dez. 2020.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo Judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão judicial. **Revista Direito GV,** São Paulo, v. 1, n. 8, p. 37-58, jan. 2017.

OS PEQUENOS PARTIDOS POLÍTICOS COMO VETORES DA POLITIZAÇÃO DA DOGMÁTICA JURÍDICA¹

Cláudio Marcelo de Araújo ²

SUMÁRIO: Introdução; 1. A sobrevivência dos pequenos partidos políticos; 2. A jurisdição constitucional e o ativismo dos pequenos partidos políticos; 3. A análise preliminar da “Repercussão de Judicialismo”: um novo papel para o Plenário Virtual do STF. Conclusão. Referências.

RESUMO: o objetivo deste artigo é chamar a atenção para a questão da politização da dogmática jurídica pelos pequenos partidos políticos. Para tanto, buscou-se analisar um grupo de pequenos partidos políticos e o quantitativo de ações abstratas ajuizadas por essas agremiações perante o Supremo Tribunal Federal. Depreende-se que, com essas ações, esses pequenos partidos poderiam alimentar o ativismo judicial e, ao mesmo tempo, garantir a própria sobrevivência em um ambiente político dominado pelos grandes partidos e pelo presidencialismo de coalizão. Nessa esteira, sugere-se a análise prévia pelo Plenário Virtual do STF de ações abstratas ajuizadas por partidos políticos no âmbito do controle abstrato como alternativa para reduzir o ativismo dos partidos e o ativismo judicial.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo judicial. Ativismo de partidos. Repercussão jurídica. Jurisdição constitucional. Pequenos partidos políticos.

SMALL POLITICAL PARTIES AS VECTORS OF POLITIZATION OF LEGAL DOGMATICS

ABSTRACT: the purpose of this article is to draw attention to the issue of politicization of legal dogmatics by small political parties. To this end, we sought to analyze a group of small political parties and the number of abstract actions filed by these associations before the Brazilian Federal Supreme Court (STF). It appears that, with these actions, these small parties might fuel judicial activism and, at the same time, guarantee their own survival in a political environment dominated by large parties and coalition presidentialism. In this context, it is suggested that the STF's Virtual Plenary analyze previously abstract actions brought by political parties under the scope of abstract control as an alternative to reduce party activism and judicial activism.

PALAVRAS-CHAVE: Judicial Activism. Parties Activism. Juridical Repercussion. Constitutional Jurisdiction. Small Political Parties.

¹ Artigo Científico apresentado à disciplina Desafios Contemporâneos da Ordem Constitucional, do curso de Doutorado em Direito Constitucional do EDB/IDP.

² Graduado em Engenharia Mecânica (UnB) e em Direito (EDB/IDP), mestre em Economia (UnB) e doutorando em Direito Constitucional (EDB/IDP). Claudio.araujo@dpu.def.br. <http://lattes.cnpq.br/5125069381321282>.

INTRODUÇÃO

“Quando a política penetra no recinto dos tribunais, a justiça se retira por alguma porta.” (François Guizot, 1787-1874).

Na aula do dia 9/4/2020 (Zoom: 252.894-276) da disciplina Desafios Contemporâneos da Ordem Constitucional, o professor Gilmar Mendes, com base no artigo 103 da Constituição Federal, teceu um provocador comentário sobre a amplitude dos legitimados a acionar a jurisdição constitucional no Brasil. Dessa forma, proferiu: **“Interessante que, no Brasil, um partido político possa impugnar uma lei aprovada pelo Congresso Nacional”** (grifo próprio).³

O comentário talvez passasse despercebido se não fosse pronunciado pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, acostumado a observar a postura ativa que essas entidades têm no controle de constitucionalidade nacional.

Diante dessa afirmação, vislumbra-se que a jurisdição constitucional no Brasil seja utilizada como instrumento garantidor da sobrevivência de pequenos partidos políticos. Com esse fito, muitos desses partidos, em claro ativismo, têm buscado o Supremo Tribunal Federal como “arena recursal política”, a fim de garantir uma pretensa proteção de direitos fundamentais após terem frustradas suas pautas em votações do Congresso Nacional.

Assim, para satisfazerem as pretensões de seus eleitores e, conseqüentemente, garantirem um quantitativo mínimo de membros eleitos para o parlamento a cada eleição, esses pequenos partidos buscam organizar pautas geralmente sensíveis, que são levadas aos plenários das respectivas Casas do Congresso Nacional para deliberação. Contudo, se apreciadas, essas demandas geralmente não prevalecem em embates com a maioria devido ao que Rawls chama de “visões abrangentes de natureza religiosa, moral e filosófica” (MOUFFE, 1996: 183).

Sendo assim, insatisfeitos com a não prevalência de suas pretensões políticas no parlamento, minorias frustradas, constantemente, recorrem a partidos políticos que as representem junto ao Poder Judiciário. Com isso, o Supremo Tribunal Federal

³ Em referência ao artigo 103, VIII, da Constituição da República Federativa do Brasil, que atribui ao partido político com representação no Congresso Nacional a legitimidade à propositura da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade.

ganha cada vez mais protagonismo em um cenário de não reconhecimento de direitos a grupos sociais organizados.

Waldron (2003) afirma que o direito deve ser encarado como um produto exclusivo da política. Contudo, isso não se verifica no modelo de separação de poderes vigente no Brasil devido ao protagonismo do Poder Judiciário que, em certa medida, tem a função jurisdicional infiltrada por alguma atividade legislativa.

A situação se agrava em um contexto de Presidencialismo de Coalizão que favorece um sistema de alianças políticas entre os Poderes Executivo e Legislativo visando ao pleno êxito da agenda política. Rennó (2006) denominou a troca de recursos (cargos, emendas orçamentárias) um aspecto negativo da governabilidade no Presidencialismo de Coalizão, e não apenas na discussão programática entre partidos; adicionalmente, argumenta que essa troca é intermediada por lideranças partidárias.

Quanto aos partidos políticos, Sabino Fleury, ao analisar o uso político da jurisdição constitucional, evidenciou que 46% das Ações Diretas de Inconstitucionalidade ajuizadas no período de 1989 a 2005 tiveram como autores pequenos partidos políticos, como o PCdoB, o Partido Humanista da Solidariedade e o Partido Social Liberal (FLEURY, 2010: 28).

De acordo com as estatísticas do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2020a), os legitimados denominados partidos políticos, até 11/5/2020, foram responsáveis por 1030 ações. Além disso, os pequenos partidos de oposição (PC do B, PDT, PSOL, PSB, PPS e PV) foram autores de, aproximadamente, 330 dessas ações, ou seja, 32% do total das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIns) ajuizadas por todos os partidos políticos.

Um levantamento do jornal O Globo sobre o ano de 2019 concluiu que, das 333 ações que chegaram ao Supremo Tribunal Federal, cerca de 91 (27%) foram ajuizadas por partidos políticos. Como destaque, há: o PDT, com 14; o PSol, com 10; o PSB, com 10; o Solidariedade, com 4; e o PCdoB, com 4 (BRÍGIDO; ALMEIDA, 2020).

A título de exemplo, durante o ano de 2019, dados do STF mostram que os partidos políticos foram requerentes em diversas Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Como exemplo, podem ser citadas as seguintes: ADPF-602 (REDE), ADPF-605 (PDT), ADPF-612 (PSB), ADPF-614 (REDE), ADPF-621 (SOLIDARIEDADE), ADPF-629 (PSOL).

Já em relação às Ações Diretas de Inconstitucionalidade, em pesquisa sobre o mesmo ano e no mesmo sítio, evidencia-se também uma postura ativa dos partidos políticos. Como exemplo (BRASIL, 2020a), pode-se citar: ADI-6218 (PL), ADI-6229 (REDE), ADI-6237 (PDT), ADI-6257 (PSD), ADI-6260 (PSC), ADI-6262 (REDE) e ADI-6286 (PSOL).

Sabe-se que a Constituição Federal de 1988 está permeada de normas de conteúdo aberto, as quais dificultam a formação de consenso, visto que existem variações de interpretação do texto da norma. Esse fator, combinado com extenso rol de legitimados à propositura de ações abstratas, transforma a jurisdição constitucional em convite ao ativismo judicial. Dessa forma, fica atribuída ao STF a definição dos conteúdos morais dessas normas, o que dá à Corte a função esdrúxula de ativo legislador positivo.

Diante dessa perspectiva, cria-se uma situação de simbiose entre os pequenos partidos políticos e o Supremo Tribunal Federal. Assim, o ativismo dos pequenos partidos contribui para o ativismo judicial. Nessa relação, os partidos garantem sua sobrevivência, e a Corte é beneficiada pelo aumento de seu protagonismo ao dar a palavra final em muitos assuntos de interesse da sociedade.

Um aspecto dessa realidade mostra que o problema do ativismo judicial tem como uma de suas causas o ativismo dos pequenos partidos políticos, no que pode ser denominado de ativismo de partidos. Assim, o produto final dessa disfunção são decisões ativista por parte do Poder Judiciário com a consequente revisão de decisões consolidadas na esfera política.

Lenio Streck afirma que o protagonismo do Poder Judiciário abre espaço para o surgimento de decisões marcadas de subjetivismo, sem qualquer critério de racionalidade e baseadas na mais pura discricionariedade judicial, pois a judicialização da política pode resultar tanto em decisões ativistas quanto em decisões concretizadoras de direitos fundamentais adequadas à Constituição (STRECK, 2016: 723-724).

Gilmar Mendes (1999: 14), ao referir-se à competência da Corte Constitucional alemã, destaca a função da jurisdição constitucional como protetora de direitos fundamentais e do pacto federativo (artigo 93 da Lei Fundamental Alemã). Nesse contexto, faz-se necessário investigar se, dentro de um contexto de ativismo judicial, a jurisdição constitucional estaria servindo como meio de sobrevivência de pequenos partidos no cenário político nacional.

Com base nessa hipótese, o objetivo deste trabalho é compreender em que medida os pequenos partidos políticos têm buscado na jurisdição constitucional um instrumento de sobrevivência no ambiente do Congresso Nacional, em um modelo típico de separação de poderes. Para tanto, algumas ações ajuizadas foram selecionadas com o objetivo de destacar a postura ativa dessas agremiações no uso da jurisdição constitucional.

Por último, para que o ativismo judicial seja amenizado ou eliminado, sugere-se uma análise preliminar das ações abstratas ajuizadas por partidos políticos pelo Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal.

1. A SOBREVIVÊNCIA DOS PEQUENOS PARTIDOS POLÍTICOS

A questão da sobrevivência dos pequenos partidos políticos passa pela compreensão do modelo de separação de poderes vigente no Brasil.

Bruce Ackerman argumenta que, no modelo de Westminster, há uma tendência de prevalência de apenas dois partidos políticos no parlamento em longo prazo.

Sob o sistema eleitoral britânico, que concede a vitória ao vencedor das eleições plurais de distritos de membro único, há uma tendência esmagadora de reduzir terceiros partidos à insignificância política, mesmo quando, como é o caso dos Democratas Liberais Ingleses, eles conseguem 22,6; 17,8 e 16,7 por cento nas três últimas eleições (ACKERMAN, 2009: 27).

Nesse modelo, sem jurisdição constitucional, é impossível haver qualquer outro meio que não seja o político de um pequeno partido buscar evidência em um cenário de disputa pelo poder.

No caso específico do Brasil, compreende-se que a capilaridade proporcionada no acesso ao poder pela existência dos pequenos partidos reforça a ideia de representação das minorias no processo decisório no âmbito do Congresso Nacional. Contudo, esses pequenos partidos encontram dificuldades em efetivar as demandas de seus eleitores por meio da aprovação de suas proposições. Ademais, muitas vezes, assistem passivamente à aprovação de pautas contrárias aos anseios de seus eleitores por grandes partidos, que possuem maior poder para articulações políticas.

Rennó definiu como visões críticas ao funcionamento do Presidencialismo de Coalizão o seguinte: governabilidade engessada pela forma de negociação entre o Executivo e o Legislativo; flexibilização da governabilidade na base da troca de recursos (cargos e emendas orçamentárias); volatilidade nos mecanismos de

formação de coalização ao longo das diversas chefias do Executivo que governaram o país (RENNO, 2006: 260).

Diante desse cenário, o governo, para maximizar seus ganhos políticos, tende a formar maiorias no Congresso Nacional com os grandes partidos políticos e excluir os pequenos partidos de oposição da discussão de temas relevantes para a produção de políticas públicas. Desse modo, o pluralismo político delineado no Brasil precisa ser pensado tendo como escopo a redefinição do papel que os pequenos partidos desempenham na defesa dos interesses dos seus eleitores.

Flávio Cheim Jorge, Ludgero Liberato e Marcelo Abelha Rodrigues alertam para disfuncionalidades que podem advir das ações dos pequenos partidos políticos no pluripartidarismo brasileiro:

Não foi por acaso que a CF/88 elencou como um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil a existência de um pluralismo político, na medida em que reconhece ser o partido político a principal via de o cidadão manifestar-se na vida política e, assim, participar das escolhas dos representantes que irão criar e executar as leis. Todavia, ao contrário do que se possa imaginar num primeiro momento, a maior quantidade de partidos políticos - alguns minúsculos - não significa, necessariamente, que essa liberdade leve a um fortalecimento da democracia, pois é comum que tais pequenos partidos não tenham uma ideologia definida, curvem-se em torno de pessoas e não de ideias e normalmente sejam utilizadas como legendas de aluguel (JORGE, 2017: 171-172).

Como destacado pelos autores, os partidos políticos são a principal via para um cidadão se manifestar na vida política e no processo de formação das leis, e não, à primeira vista, uma interferência tão intensa e decisiva nas ações de controle abstrato. Todavia, também há o risco de captura desses partidos por grupos que representam interesses privados e não contribuem efetivamente para o desenvolvimento da democracia. Além disso, da descrição dos autores infere-se que pequenos partidos políticos estariam fadados a desaparecer se atuassem apenas na defesa de interesses privados e na obtenção de benesses pessoais.

Todavia, pequenos partidos existem há anos e se mantêm com um número razoável de representantes no Congresso Nacional sem atuarem exclusivamente em nome de interesses privados. Assim, em que medida esses pequenos partidos atuam de fato na defesa de direitos fundamentais passa a ser questão relevante para o papel dessas instituições no regime democrático.

A título de exemplo, podem ser citados o PSOL (que possui atualmente 10 representantes no Congresso Nacional e foi criado em 2005), o PCdoB (que possui atualmente 8 representantes no Congresso Nacional e foi criado em 1962), o PSC

(que possui atualmente 10 representantes no Congresso Nacional e foi criado em 1985), o Rede (que possui atualmente 4 representantes no Congresso Nacional e foi criado em 2015) e o Solidariedade, que possui atualmente 14 representantes no Congresso Nacional e foi criado em 2013 (FIGUEIREDO; GARCIA, 2019).

A partir desse ponto, deduz-se a existência de outros fatores que permitem a esses partidos relativo sucesso ao longo do tempo nas eleições nacionais, elegendo deputados e senadores suficientes para, no Supremo Tribunal Federal, contestarem decisões tomadas na esfera política por meio do método da decisão majoritária.

Sem adentrar na racionalidade do modelo de tomada decisão política, uma hipótese plausível que explicaria a longevidade desses partidos poderia desaguar na jurisdição constitucional ativista e no modelo de separação de poderes, que permitem a esses partidos sobreviverem no concorrido cenário político nacional por meio de uma série de ações abstratas que visam a proteger direitos de seus eleitores no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Para uma compreensão abrangente do problema, é preciso abstrair que o modelo de separação dos poderes vigente no Brasil é estruturado com base no modelo norte-americano. Desse modo, há um Poder Executivo, um parlamento (Câmara e Senado) e um Tribunal Constitucional cujos membros são indicados pelo Presidente da República e, posteriormente, sabatinados pelo Poder Legislativo. Com isso, nesse modelo, o presidente possui autoridade plena com Câmara e Senado – ambos com relevante protagonismo. Além disso, há um controle de constitucionalidade “forte” realizado pelo Supremo Tribunal Federal.

Ackerman (2009: 64) sustenta que o formato ideal para a separação de poderes – que leve em conta os direitos liberais, a legitimidade democrática e a especialização funcional – é o formado por uma corte constitucional, uma câmara fraca e uma câmara forte (parlamento limitado com “solução de uma casa e meia”). O autor argumenta que, nesse modelo, nenhuma instituição deterá o monopólio sobre o Poder Legislativo, tornando-o mais estável que as demais formas de separação de poderes existentes.

Contudo, diante desse parâmetro, constata-se que esse modelo de “solução de uma casa e meia” para o parlamento não existe no Brasil, o que permite aos pequenos partidos das duas Casas – que são fortes - arquitetarem politicamente, de forma individual ou coordenada, ações abstratas da competência do Supremo Tribunal Federal.

Por outro lado, um olhar mais acurado permite visualizar que o modelo brasileiro de interação entre Executivo e Legislativo aproxima-se do que Ackerman (2009: 15) define como “esperança *madisoniana*”. Sob essa perspectiva, existe impasse entre os Poderes; porém, o Executivo e os grandes partidos políticos realizam barganhas para que existam decisões que agradem aos seus eleitores e, ao mesmo tempo, alijam do processo legislativo as reivindicações dos pequenos partidos.

Assim, para se garantir sucesso nas próximas eleições, pautas sensíveis não são levadas pelos grandes partidos aos plenários das Casas do Congresso Nacional. Com isso, parte da sociedade civil é expropriada de seu direito a ter proposições relevantes levadas ao debate político, que poderiam culminar em decisões políticas pacificadoras da sociedade.

Observando-se esse modelo denominado deliberativo, depreende-se a sua não efetividade na realização de direitos fundamentais dos cidadãos. Pesa, para tanto, o formato de um modelo ancorado em negociações que excluem da pauta ou do próprio debate proposições que ameaçariam valores ditos conservadores.

Dahl destaca como uma condição importante que favorece as instituições democráticas o fraco pluralismo subcultural de seus membros:

Conflitos culturais podem irromper na arena política, como normalmente acontece: nas questões de religião, língua e códigos de vestimenta nas escolas; nas práticas discriminatórias de um grupo em relação ao outro; ou se o governo apoia a religião ou instituições religiosas; ou as práticas de um grupo que outro acha profundamente ofensiva e deseja proibir, como o aborto (DAHAL, 2001: 166).

Assim sendo, o partido político é a figura responsável por levar ao plenário proposições que, ao serem deliberadas, garantem a satisfação das demandas de seus eleitores. Contudo, diante do cenário político adverso, resta aos partidos políticos a contínua e persistente representação “jurídica em ações abstratas” dos cidadãos que elegeram os seus membros no parlamento e que ainda mantém certa confluência ideológica com esses partidos.

Em alguns casos, o predomínio do pensamento religioso sobre o secular, na tomada de decisões políticas, transforma os partidos políticos em instrumentos viabilizadores de exclusões políticas. A falta da construção por parte dos partidos políticos de propostas que possam ser debatidas, conforme destacado por Mouffe, denuncia a disfunção do sistema democrático brasileiro.

Diante dessa perspectiva, os pequenos partidos políticos não vislumbram alternativa além do recurso à jurisdição constitucional como forma de fazerem valer as suas demandas inviabilizadas no Poder Legislativo. No entanto, nem sempre a solução oferecida pela jurisdição é a melhor opção em termos de justiça, violando a vontade popular inerente ao processo de construção social. Além disso, a questão judicial passa a ser decisiva para o ativismo dos pequenos partidos políticos, responsável até certo ponto pela sobrevivência dessas intuições democráticas.

Nessa linha argumentativa, Lenio Streck e colaboradores ressaltam que a Política pode se transformar no “predador externo da autonomia do Direito”, deixando de ser a sua mola propulsora para a constituição do conteúdo jurídico-constitucional (STRECK; TASSINARI; LEPER, 2015).

Por fim, o laço existente entre a atuação dos pequenos partidos e a jurisdição constitucional no Brasil reverbera o modelo de separação de poderes existente no Brasil, com o ativismo dos pequenos partidos contribuindo de forma decisiva para o ativismo judicial.

2. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O ATIVISMO DOS PEQUENOS PARTIDOS POLÍTICOS

Considerando como pressuposto o presidencialismo de coalizão vigente no Brasil, cabe averiguar como o ativismo político dos pequenos partidos políticos afeta a jurisdição constitucional e possibilita o ativismo judicial.

A Constituição Federal, no seu artigo 103, VIII, estabelece a competência dos partidos políticos com representação no Congresso Nacional⁴ para a proposição das ações constitucionais do controle abstrato. Essa norma permite aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional buscarem no Supremo Tribunal Federal a defesa de direitos fundamentais e a preservação da Federação.

De fato, é louvável o relevante papel outorgado aos partidos políticos pelo legislador originário para a defesa da ordem constitucional. Sendo assim, caberia ao

⁴ Para fazer jus à legitimidade, é suficiente ao partido político possuir um representante em qualquer uma das Casas do Congresso Nacional. "Ação direta de inconstitucionalidade. Partido político. Legitimidade ativa. Aferição no momento da sua propositura. Perda superveniente de representação parlamentar. Não desqualificação para permanecer no polo ativo da relação processual. Objetividade e indisponibilidade da ação." (ADI 2.159-AgR, rel. min. Carlos Velloso, julgamento em 12/8/2004, Plenário, DJ de 1º/2/2008). No mesmo sentido, há o seguinte: ADI 2.827-AgR, rel. min. Gilmar Mendes, decisão monocrática, julgamento em 30/8/2004, DJ de 8/9/2004.

Supremo Tribunal Federal filtrar as demandas que efetivamente concretizam direitos fundamentais. Mendes e Branco (2017: 151) ressaltam que os Tribunais Constitucionais devem conferir a máxima eficácia possível aos direitos fundamentais dentro das balizas traçadas pela Carta Magna.

Contudo, quando se observa uma amostra das ações ajuizadas por pequenos partidos políticos no Supremo Tribunal Federal, verifica-se que muitas delas são decididas tendo como justificativa o não conhecimento da ação ou a improcedência do pedido. Como exemplo, podem ser citadas: ADPF-602 (REDE), ADPF-612 (PSB), ADPF-629 (PSOL), ADPF-558 (PROS), ADPF-545 (REDE), ADPF- 541 (PSB), ADPF-540 (PSD) (BRASIL, 2020b); e ADI-6116 (PSL), ADI-5629 (PSOL), ADI-5697 (PRB), ADI-5881 (PSB), ADI-5899 (PDR), ADI-5922 (PODEMOS), ADI-5937 (PSB) e ADI-2863 (PR) (BRASIL, 2020a).

Se uma parte das ações ajuizadas é indeferida por não apresentar os requisitos materiais ou formais necessários a uma decisão favorável, outras podem ganhar a simpatia de algum relator “ativista” que, a depender da realidade social ou política, proferirá decisões favoráveis aos autores. A quantidade de ações ajuizadas por partidos políticos pode apontar, à primeira vista, o uso político da jurisdição constitucional. Diversas ações improcedentes ou com pedidos negados pode indicar o uso abusivo da jurisdição, com sobrecarga das atividades do Supremo Tribunal Federal.

Por outro lado, sob o ponto de vista da atividade do Poder Legislativo, o constante apelo dos pequenos partidos políticos ao Poder Judiciário no sentido reverter reveses políticos tende a fragilizar o processo decisório na arena política, contribuindo para a proeminência do Poder Judiciário frente aos demais poderes da República.

Esse um ponto é relevante nessa discussão, pois o ativismo dos pequenos partidos políticos tende a alimentar o ativismo judicial. Basta à Corte Constitucional enxergar os partidos como vetores de questões legislativas não solucionadas na esfera política.

Lenio Streck chama a atenção para o embate que poderia surgir entre o “*rule of law*” e o “*rule of people*”.

No contexto das reflexões norte-americanas, a intervenção das Cortes na revisão dos frutos do processo legislativo é resultado da compreensão da existência de um “governo das leis” (“*rule of law*”), à distinção de “governo dos homens”, este compreendido como *império* da soberania popular/da *vontade* popular (“*rule of people*”). Isto é, não bastaria a legalidade para que

se substituísse o “governo dos homens” pelo das leis, mas seria necessária uma correspondência entre a legislação e a afirmação dos direitos civis e políticos. (STRECK; TASSINARI; LEPER, 2015: 57).

Diante desse aspecto, torna-se possível compreender que o processo legislativo pode resultar no uso abusivo da jurisdição constitucional. Para tanto, bastaria uma demanda ilegítima de um pequeno partido político combinada com uma decisão ativista. Ainda assim, é necessário ressaltar que tanto uma demanda legítima quanto uma ilegítima – apresentadas por um pequeno partido político no Supremo Tribunal Federal – poderiam desaguar em decisões ativistas.

Desse modo, tanto o ativismo dos partidos quanto o ativismo judicial poderiam, combinados, ameaçar não somente a organicidade do processo legislativo como também a estabilidade da jurisdição constitucional.

Sob o ângulo legislativo, o constitucionalismo abusivo é a utilização do direito constitucional e do Estado constitucional para violar e minar a democracia liberal por meio de reformas constitucionais (LANDAU, 2013: 191). Contudo, diante do cenário existente no Brasil, caberia indagar se também não seria abusivo o uso da jurisdição constitucional para tentar reverter derrotas na arena política, tendo em vista que as normas políticas criadas pelo Supremo Tribunal Federal também alterariam o significado das normas constitucionais.

Logo, mostra-se mais abusivo recorrer ao Poder Judiciário com ações que sabidamente não teriam qualquer fundamento jurídico de viabilidade, apenas uma sinalização ao eleitor que o partido político estaria comprometido com suas demandas, mesmo que tecnicamente fossem inviáveis para receber decisões favoráveis.

Além disso, na arena política, aprovada uma proposta legislativa, caberia ao partido ou bloco parlamentar coligado respeitar o resultado político alcançado em nome do que representa a legislação como fonte do direito, desde que não se vislumbre a violação de algum direito fundamental. O respeito à legislação e, conseqüentemente, ao poder decisório do parlamento, real representante dos eleitores, destaca a importância de se preservar o direito da maioria e a garantia da segurança jurídica.

Todavia, ajuizada a ação, surgem os argumentos ativistas. Assim, “diz-se que a lei é apenas a ponta do iceberg, ‘essa lei é injusta’, ‘os fatos sociais foram adiante da lei’, ‘o contexto social fala mais alto’ ou, ainda, simplesmente, lança-se mão de

pseudoprincípios para justificar a primazia da escolha do juiz sobre uma regra jurídica votada pelo Parlamento.” (STRECK, 2016: 723-724).

Georges Abboud alerta para o “consequencialismo jurídico”. Para o autor, as consequências de uma interpretação ativista podem ser a negação da vigência de certo dispositivo interpretado e contra o direito (ABBOUD, 2019: 3).

Nessa toada, tanto Streck quanto Abboud permitem inferir que as razões presentes na decisão ativista diferem das razões de decisão que geraram o ato normativo questionado. No extremo do absurdo, a complexidade do processo decisório político pode ser substituída por uma decisão liminar monocrática frontalmente contrária ao direito posto.

Waldron ressalta, ao explicar o conteúdo das decisões legislativas, que as razões relacionadas ao processo decisório garantem a igualdade política e o direito democrático ao voto, isto é, o direito de ser ouvido mesmo quando os outros membros que participam da votação discordarem das suas opiniões. Já as razões relacionadas ao resultado, por sua vez, buscarão uma decisão como a mais justa possível dentre as alternativas apresentadas e rejeitadas (WALDRON, 2010: 120).

Por último, deve ser cristalizada a ideia de que o direito é construído, em sua maioria, por meio do processo legislativo, sendo a jurisdição constitucional um meio subsidiário de criação da norma jurídica que deve obedecer aos preceitos contidos na Constituição Federal, ou seja, que precisa ser realizada com critério e de forma objetiva.

3. A ANÁLISE PRELIMINAR DE “REPERCUSSÃO JURÍDICA”: UM NOVO PAPEL PARA O PLENÁRIO VIRTUAL DO STF

Amenizar o problema tanto do ativismo dos partidos políticos em geral quanto do ativismo judicial revela-se um problema complexo que deve ser pensado por todos os Poderes da República. Demandas ativistas dos partidos políticos podem levar a decisões ativistas por parte do Poder Judiciário.

O processo ativista de tomada de decisão tem deixado o Poder Judiciário em vantagem em relação aos demais no processo de “empurrar a história” (STRECK, 2016: 727). Diante desse cenário, as decisões de fato se concretizam, pois “A norma criada pelo aplicador do direito substituiria a norma objeto da interpretação, e o juiz que a editasse mataria o legislador.” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2002: 93).

A quantidade de ações abstratas ajuizadas por essas agremiações perante o Supremo Tribunal Federal deveria ser o termômetro que indique a necessidade de revisão do papel dos partidos políticos como legitimados universais, passando a considerá-los legitimados especiais que precisariam demonstrar pertinência temática em seus reclames ao Poder Judiciário. No entanto, essa hipótese, diante do atual arcabouço constitucional, mostra-se juridicamente inviável.

Também se exigiria do Poder Judiciário a parcimônia para se evitar o ativismo judicial, pois “a criatividade judicial, ao invés de ser um defeito, do qual há de se livrar o aplicador do direito, constituiria uma qualidade essencial, que o intérprete deve desenvolver racionalmente” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2002: 97).

Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal deveria, a exemplo do que acontece com o recurso extraordinário, proceder a uma análise preliminar das ações abstratas impetradas por partidos políticos no controle de constitucionalidade de atos do Poder Legislativo. A análise não contemplaria a avaliação dos demais requisitos formais, como a legitimidade do autor para a propositura da ação. O exame ficaria restrito a verificar, de forma prévia, se a ação visa a proteger os direitos fundamentais ou o pacto federativo. Além disso, poderia tratar-se simplesmente de uma ação que teria como objeto reverter uma derrota legítima na arena política.

A verificação prévia de “repercussão jurídica”⁵ poderia ser concretizada nos moldes das já realizadas sessões virtuais pelo Tribunal quando da deliberação sobre o pré-requisito da repercussão geral no recurso extraordinário. Nesse caso, haveria necessidade de se estabelecer certo quórum para a aprovação junto a um prazo, para que os ministros proferissem seus votos.

A análise preliminar da “repercussão jurídica” poderia reduzir o ativismo judicial e político ao impedir que agendas políticas não vitoriosas no Congresso Nacional se transformassem em combustível para o ativismo jurídico. Sob esse ponto de vista, poderia ser evitada a troca do direito institucionalizado nas leis e na jurisprudência pela ideologia, pelo moralismo e pelo senso de justiça (ABBOUD; MENDES, 2019: 3).

Em uma visão prática, Lenio Streck (2016: 725), para diferenciar o ativismo do judicialismo, condensa o teste em três perguntas fundamentais. Em primeiro lugar, questiona-se se há direito fundamental discutido na controvérsia jurídica. Em seguida,

⁵ A “repercussão jurídica” funcionaria de forma análoga à repercussão geral no recurso extraordinário. Contudo, teria apenas a função de barrar ações ajuizadas, com o objetivo de questionar decisões legítimas tomadas no processo legislativo.

argumenta se a medida judicial pode ser generalizada para beneficiar a todos nas mesmas condições apresentadas na controvérsia. Por último, o autor indaga se quem não recebeu o benefício estaria pagando pela “felicidade” desse terceiro beneficiado.

Esse seria o teste de “repercussão jurídica” que o Plenário Virtual deveria realizar para evitar que as demandas ilegítimas dos pequenos partidos políticos façam dessas entidades vetores da politização da dogmática jurídica. Evitaria, portanto, o ativismo dos partidos e, conseqüentemente, o ativismo judicial.

Quanto à primeira pergunta, é evidente que, se a demanda não representar reclamação a direito fundamental violado ou ao pacto federativo transgredido, a pretensão do autor estaria inviabilizada. De outra forma, se a demanda não fosse filtrada previamente pelo Plenário Virtual, poderia se transformar justificativa para o ativismo judicial.

Por outro lado, a segunda pergunta permite averiguar se a medida também poderia ser estendida a todos que estejam nas mesmas condições fáticas do beneficiado. Se não for possível universalizar o direito, fica evidente que este se trata de mais um pedido capaz de desaguar em uma decisão ativista.

Por último, se um não beneficiado pela decisão estiver pagando pela “felicidade” de um terceiro, então a demanda certamente levará a uma decisão ativista.

Assim, se qualquer uma das perguntas não for respondida positivamente, ver-se-ia “a questão jurídica se transformar em mera disputa política ou ideológica. É o velho risco da política colonizando todo o discurso jurídico. Nessa colonização, o fundamento último do direito deixa de ser a Constituição e passa a ser a decisão política.” (ABBOUD; MENDES, 2019: 5).

O teste de Lenio Streck não garantiria o fim de decisões ativistas. Contudo, deliberações no âmbito do Plenário Virtual, longe das câmeras e das pressões normalmente feitas pela mídia, permitiriam decisões objetivas e, conseqüentemente, em linha com a Constituição, evitando, de certa forma, soluções ativistas a partir de demandas ativistas dos pequenos partidos políticos.

Ao citar MacCormick, Abboud (2019: 4) chama a atenção para o fato de haver um critério único e último que serviria de régua para o cálculo da relação custo-benefício entre conseqüências oriundas de uma decisão ativista.

No presente caso, o cálculo mental da relação custo-benefício revela que o juiz ativista vislumbra como custo é o desgaste da sua credibilidade ao manter vivos

pequenos partidos sem expressão política. Por outro lado, enxerga de forma indefectível o benefício de ser o motor das transformações sociais no país, atraindo a simpatia de boa parte da sociedade.

A aplicação do teste de Lenio Streck às ações apresentadas ao longo do trabalho para a verificação tanto do ativismo jurídico quanto do ativismo de partidos políticos, ou mesmo a combinação dos dois constitui um trabalho a ser desenvolvido em outro momento devido ao grande esforço dispensado para se analisar as complexas decisões do STF. Este artigo apenas aponta uma direção para a amenização do problema da vertente do ativismo judicial decorrente do ativismo dos pequenos partidos políticos.

CONCLUSÃO

Se de um lado, muitas das ações abstratas ajuizadas pelos pequenos partidos políticos podem alimentar, em certa medida, o ativismo judicial no Brasil se forem viabilizadas em um contexto de ativismo de partidos. De outro, a legitimidade universal consagrada no artigo 103, parágrafo VIII, da Constituição Federal também tem servido para garantir a sobrevivência desses pequenos partidos.

Sob esse ponto de vista, o objetivo deste trabalho foi chamar atenção para o fato de que esse subterfúgio tem contribuído para permanência dessas agremiações no *oligopolizado* cenário político nacional. Para tanto, buscam demonstrar perante seus eleitores uma aparente atuação efetiva no atendimento de demandas voltadas à proteção de direitos fundamentais. Contudo, algumas ações podem se revelar inaptas a proteger direitos e servirem somente como matéria-prima o ativismo judicial.

Diante dessa perspectiva, a relação de simbiose existente entre os pequenos partidos e o ativismo judicial aponta como ponto de partida a tentativa de uso da jurisdição constitucional como recurso para a reversão de reveses políticos ocorridos no ambiente do Congresso Nacional. O laço existente entre o ativismo dos partidos políticos e o ativismo judicial merece atenção em um sistema de governo caracterizado pelo presidencialismo de coalizão.

Além disso, como ressaltado por Ackerman, terceiros partidos tendem a desaparecer do cenário político no modelo de Westminster. Todavia, isso não ocorre quando existe um modelo forte de controle de constitucionalidade aliado à ausência

de uma “solução de uma casa e meia” no parlamento, típica do modelo de separação de poderes vigente no Brasil.

De uma forma geral, é preciso repensar o papel da jurisdição constitucional e dos partidos políticos nas suas funções precípuas de proteção de direitos fundamentais.

Como alternativa, sugere-se um controle prévio do ativismo judicial e de partidos por meio da análise “Repercussão Jurídica”, instituto análogo à repercussão geral no recurso extraordinário. Para tanto, torna-se necessário instrumentalizar o Teste de Lênio Streck como um filtro para que o Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal restrinja ações que tenham somente como consequência a sobrevivência de pequenos partidos políticos e o fortalecimento do ativismo judicial.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, G. Consequencialismo jurídico: o lugar da análise de consequências em Direito e os perigos do ativismo judicial consequencialista. **Revista dos Tribunais**, v. 1009, 2019.

ABBOUD, G., MENDES, G. Ativismo judicial: notas introdutórias a uma polêmica contemporânea. **Revista dos Tribunais**, v. 1008, p. 3, 2019.

ACKERMAN, Bruce. **A nova separação dos Poderes**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

BRASIL. SECRETARIA DE GESTÃO ESTRATÉGICA. **Estatísticas do STF**. ADI. [S.I.] 2020a. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adi>. Acesso em: 9 out. 2020.

BRASIL. SECRETARIA DE GESTÃO ESTRATÉGICA. **Estatísticas do STF**. ADPF. [S.I.] 2020b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adpf>. Acesso em: 9 out. 2020.

BRÍGIDO, C.; ALMEIDA, A. Partidos acentuam busca ao STF: eles foram mais ativos do que a própria PGR em 2019. O Globo. [S.I.] 2020. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/partidos-acentuam-busca-ao-stf-eles-foram-mais-ativos-do-que-propria-pgr-em-2019-24171390>. Acesso em: 9 out. 2020.

DAHL, R. **Sobre a democracia**. 1. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

FIGUEIREDO, D.; GARCIA, L. **O que é o congresso nacional?** Politize. [S.I.] 2019. Disponível em:

<https://www.politize.com.br/congresso-nacional-o-que-e/>. Acesso em: 9 out. 2020.

FLEURY, S. Judicialização da política e politização da justiça: os partidos políticos e o controle da constitucionalidade das leis no Brasil. **Cad. Esc. Legis.**, Belo Horizonte, v. 12, n. 18, p. 5-46, jan./jun. 2010.

JORGE, F.; LIBERATO, L.; RODRIGUES, M. **Curso de direito eleitoral**. 2. ed. Salvador: JUSPODIVM, 2017.

LANDAU, D. Abusive constitutionalism. **University of California Davis Law Review**, v. 47, n. 1, pp. 189-260, 2013.

MENDES, G.; BRANCO, P. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

MENDES, G. **Jurisdição constitucional**. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

MOUFFE, C. **O regresso do político**. 1. ed. Lisboa: Gradiva, 1996.

MOUFFE, C. Por um modelo agonístico de democracia. **Rev. Sociol. Polít.**, Curitiba, v. 25, p. 165-175, 2006.

STRECK, L. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. **Espaço Jurídico Journal of Law**, Joaçaba, v. 17, n. 3, p. 721-732, set./dez. 2016.

STRECK, L.; TASSINARI, C.; LEPER, A. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS 3326. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, n. 2, 2015.

WALDRON, J. **A essência da oposição ao judicial review**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

WALDRON, J. **A dignidade da legislação**. 1. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003.

ENTRE O ATIVISMO JUDICIAL E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA:¹ UM ESTUDO DE CASO SOBRE A IMPORTAÇÃO DE CANABIDIOL PARA FINS MEDICINAIS NO RECURSO ESPECIAL N. 1.657.075/PE

*Andressa Medeiros Saraiva²
Marjorie Brenda Gouveia Rocha Torres³
Yasmin Brehmer Handar⁴*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A fórmula do ativismo judicial e as três perguntas fundamentais; 2 A análise do caso: ativismo judicial ou judicialização da política?; 2.1 O recurso especial 1.657.075/PE; 2.2 A primeira pergunta: trata-se de um direito fundamental? 2.3 A segunda pergunta: o atendimento ao pedido pode ser, em situações similares, universalizado? 2.4 A terceira pergunta: para o atendimento do pedido é possível transferir os recursos sem ferir os princípios da igualdade da isonomia? Considerações finais; Referências.

RESUMO: Com as constantes críticas às decisões do Poder Judiciário que, hipoteticamente, estariam usurpando para si decisões para fora de sua competência, surgiu o interesse em conhecer os conceitos da judicialização das políticas públicas e do ativismo judicial. Com o objetivo de diferenciar esses dois conceitos, realizou-se um estudo de caso no Recurso Especial 1.657.075/PE e adotou-se, como critério de diferenciação, a base teórica firmada por Lenio Streck advinda das três perguntas fundamentais: a) trata-se de um direito fundamental?; b) o atendimento ao pedido pode ser, em situações similares, universalizado? e; c) para o atendimento do pedido, é possível transferir recursos sem ferir os princípios da igualdade e da isonomia?. Adotou-se como metodologia de pesquisa o método de abordagem indutivo e método de procedimento de estudo de caso e análise de conteúdo. Concluiu-se, na análise do caso concreto, que a teoria de Streck não poderia ser genuinamente aplicada, *in casu*, visto padecer de algumas incompletudes que obstariam a sua pretensão de tornar-se um “*check list*” aplicável a qualquer julgamento. Apesar das limitações, utilizando da teoria supracitada concluiu-se que a decisão do STJ, no RE 1.657.075/PE, a qual autoriza a importação de fármacos à base de canabidiol por pessoa físicas, seria um caso de judicialização de política pública e não de ativismo judicial.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo judicial; judicialização; canabidiol; importação⁵.

BETWEEN JUDICIAL ACTIVISM AND THE JUDICIALIZATION OF POLICY: A CASE STUDY ON THE IMPORTATION OF CANABIDIOL FOR MEDICAL PURPOSES IN SPECIAL APPEAL N. 1.657.075/PE

ABSTRACT: With the constant criticism of the decisions of the Judiciary that, hypothetically, would be usurping decisions outside its competence, the interest arose in knowing the concepts of the judicialization of public policies and judicial activism. In order to differentiate these two concepts, a case study was carried out in Special Appeal 1.657.075 / PE and the differentiation adopted by the theoretical basis established by Lenio Streck as a result of the three fundamental questions: is fundamental right?; b) can the order fulfillment be, in similar

¹ Artigo Científico apresentado à disciplina Desafios Contemporâneos da Ordem Constitucional, do Mestrado Profissional em Direito em 13.05.2020.

² Autora: auditora federal de controle externo do Tribunal de Contas da União, mestranda no IDP, <http://lattes.cnpq.br/0691720288875836>, andressasaraiva@yahoo.com.br.

³ Autora: servidora do Tribunal Regional do Trabalho, mestranda no IDP, <http://lattes.cnpq.br/7521028455106563>, marjoriebrenda@hotmail.com.

⁴ Autora: advogada, mestranda no IDP, <http://lattes.cnpq.br/1169540897563428>, handaryasmin@gmail.com.

⁵ Apesar de não estarem presentes na lista de termos para análise temática e busca de documentos e publicações do Thesaurus da UNESCO, as palavras-chave “ativismo judicial” “judicialização” e “canabidiol” são essenciais para a identificação e recorte do tema do presente estudo.

situations, universal? and; c) to fulfill the request, is it possible to transfer resources without violating the principles of equality and isonomy?. The research methodology adopted was the inductive approach method and the method of case study and content analysis. It was concluded, in the analysis of the specific case, that Streck's theory could not be genuinely applied, in case, as it suffers from some incompleteness that would hinder its claim to become a "check list" applicable to any judgment. Despite the limitations, using the aforementioned theory it was concluded that the STJ's decision, in Special Appeal 1.657.075/PE, which authorizes the importation of cannabidiol-based drugs by individuals, would be a case of judicialization of public policy and not of judicial activism.

KEYWORDS: Judicial activism; judicialization; cannabidiol; import.

INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, a democracia constitucional brasileira foi protagonizada pelo papel nuclear ocupado pelo Poder Judiciário na resolução de conflitos sócio-políticos que, não raro, ultrapassaram a esfera estritamente jurídica de atuação⁶. Tal idiossincrasia, *a priori*, tende a desencadear uma controvérsia em relação à identificação conceitual do Constitucionalismo “*com a separação dos poderes, com o sistema de freios e contrapesos e com a balança dos diversos órgãos*” (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2010, p. 248).

No entanto, como esclarece Nicola Matteucci (2010), se abordado de maneira rasa, o princípio jurídico da separação dos poderes corre o risco de se tornar ambíguo em razão da impossibilidade de explicar de maneira concreta a dinâmica do poder nos sistemas democrático-parlamentares. Por este motivo, a dogmática constitucional passou a distinguir a tendência de atuação hodierna do Poder Judiciário em duas vertentes: a judicialização das políticas públicas e o ativismo judicial (STRECK; TASSINARI; LEPPE, 2015, p.51-61).

Nesse sentido, Lenio Streck (2020, *online*) aponta que

já na metade dos anos 90 os sintomas desse neoprotagonismo começaram a aparecer. Não no sentido de uma efetiva judicialização da política, mas, sim, na implementação de ativismos judiciais. Como é sabido, um dos problemas da doutrina constitucional e da própria jurisprudência é não fazerem, até hoje, a devida distinção entre ativismo e judicialização, o primeiro sempre deletério e prejudicial à democracia, porque *behaviorista*, e o segundo sempre contingencial, dependendo de competências e incompetências dos demais poderes.

E é precisamente para compreender com maior rigor técnico a diferença entre estes dois conceitos que se faz necessário estabelecer critérios sólidos capazes de – caso a caso – categorizar a atuação do Judiciário como ativista ou como mero concretizador de determinada política pública por meio da judicialização.

Com efeito, adotando a base teórica firmada por Lenio Streck e fazendo uso do método indutivo, pretende-se, no presente estudo, analisar se a atuação do Poder Judiciário no âmbito da importação de canabidiol para fins medicinais encaixa-se na atuação Judiciária.

⁶ Apesar de reiteradas críticas há algum tempo, atualmente, a atuação do Poder Judiciário na concretização da democracia na América Latina, dentre a qual o Brasil, vem sendo analisada por autores dos Estados Unidos e do Canadá. Nesse sentido, cita-se: HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

Visando atingir o objetivo pretendido, será analisada a fórmula do ativismo judicial e suas três perguntas fundamentais existentes na teoria de Lenio Streck, quais sejam: a) trata-se de um direito fundamental?; b) o atendimento ao pedido pode ser, em situações similares, universalizado? e; c) para o atendimento do pedido, é possível transferir recursos sem ferir os princípios da igualdade e da isonomia?.

A análise dos referidos questionamentos será realizada considerando um caso concreto. Para isso optou-se pela escolha do RECURSO ESPECIAL 1.657.075/PE, posto ter sido o primeiro caso de importação direta de maconha medicinal julgado no Superior Tribunal de Justiça, não se limitando a decisões de juízes de instâncias iniciais.

Sendo assim, o presente problema de pesquisa objetiva responder se a atuação do Poder Judiciário, especialmente no *case* do Recurso Especial n. 1.657.075/PE, foi uma situação de judicialização da política pública ou de ativismo judicial.

1. A FÓRMULA DO ATIVISMO JUDICIAL E AS TRÊS PERGUNTAS FUNDAMENTAIS

Conforme supracitado, um dos grandes problemas inerentes à doutrina constitucional e, em última instância, à própria jurisprudência é o de não fazerem uma diferenciação clara entre o ativismo judicial e a judicialização das políticas públicas (STRECK, 2020, *online*).

A profundidade da questão e as suas implicações no constitucionalismo já haviam outrora sido identificadas por Friedrich Müller, que *“não apenas reforça a vinculação entre Direito (constitucional) e Política, como também revela que essa relação não está vinculada [necessariamente] a um decisionismo”* (STRECK; TASSINARI; LEPPE, 2015, p.55) (ou ativismo judicial).

Foi a partir desta problemática, que Lenio Streck elaborou uma espécie de “fórmula do ativismo judicial” para tornar mais nítida a distinção entre os dois patamares de intervenção do Poder Judiciário. A fórmula consiste em três perguntas fundamentais que um magistrado ou um tribunal devem fazer para constatar se a atuação analisada está no âmbito do ativismo ou da legítima judicialização.

A primeira pergunta a ser respondida é se o pleito requerido consiste em um direito fundamental com exigibilidade. Isso porque, numa democracia estável, é papel

do Poder Judiciário “*contribuir para a concretização dos direitos fundamentais*” (STRECK, 2016, p. 723). Nesse sentido:

Por vezes, para a preservação dos direitos fundamentais, faz-se necessário que o Judiciário (ou os Tribunais Constitucionais) seja chamado a se pronunciar toda a vez que existir uma violação por parte de um dos Poderes à Constituição (STRECK, 2016, p. 724).

A segunda pergunta a ser respondida é se o atendimento ao pedido pleiteado pode ser, em situações similares, universalizado e concedido às demais pessoas. Ou seja, se a decisão, “*nos moldes em que foi proferida, pode ser repetida em situações similares*” (STRECK, 2016, p. 725).

Neste ponto, a questão deve ser analisada à luz da existência de um direito fundamental universalizável – em consonância com a resposta obtida no âmbito da primeira pergunta da aludida fórmula, “*afinal, há sempre direitos fundamentais em jogo*” (STRECK, 2016, p. 729).

Sobre esta pergunta, faz-se de maior importância mencionar um acórdão proveniente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no qual – analisando um pleito de concessão de moradia a uma criança vítima de abuso sexual⁷ – o Tribunal orientou sua decisão por meio da premissa da universalidade dos direitos fundamentais, demonstrando uma perspectiva de influência que a fórmula em questão pode exercer sobre a jurisprudência.

Por fim, a última pergunta a ser respondida é se para atender ao pleito requerido, estar-se-á fazendo uma transferência inconstitucional (ou mesmo ilegal) de recursos, apta a ferir a igualdade e a isonomia entre cidadãos ou órgãos da administração (STRECK, 2020, *online*).

Isso consiste em analisar quais os impactos financeiros, orçamentários e de planejamento que a concessão de determinado pleito desencadeará na esfera federativa em que está inserido. Trata-se de questão de especial relevância no âmbito da concretização de políticas públicas municipais.

Destarte, de acordo com o criador da fórmula, Lenio Streck:

Com essas três perguntas será possível verificar se o ato judicial é ativista ou está apenas realizando, contingencialmente, a judicialização da política. Sendo uma das três perguntas respondida negativamente, estar-se-á, com razoável grau de certeza, em face de uma atitude ativista (STRECK, 2020, *online*).

⁷ RIO DE JANEIRO (Estado). *Agravo de Instrumento n. 0033615 – 54.2015.8.19.0000*. Agravante: Município de Campos dos Goytacazes. Agravado: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Desembargador Alexandre Freitas Câmara. Julgamento em 09 de dezembro de 2015.

Ou seja, se o pleito requerido não consiste em um direito fundamental; se não pode ser universalizado e concedido às demais pessoas; ou se para atendê-lo é necessário o dispêndio inconstitucional de recursos, então é altamente provável que o pêndulo da atuação judicial esteja apontando para a esfera do ativismo judicial em detrimento da mera – e por vezes legítima – judicialização da política.

Antes de adentrar especificamente no estudo do caso selecionado para a aplicação da fórmula, ressalta-se que é intrínseco à dogmática constitucional, à jurisprudência e ao próprio constitucionalismo analisar de forma concreta os limites entre ativismo judicial e judicialização, porquanto *“respostas equivocadas fragilizam não apenas a segurança jurídica, mas também a democracia e os direitos fundamentais assegurados pela Constituição. Antes de tudo, há um direito fundamental a uma resposta adequada à Constituição”* (STRECK, 2016, p.730).

Ainda de acordo com Streck (2016), sempre existirá alguma medida de judicialização da política em Estados democráticos, notadamente na vigência de uma Constituição normativa. A rigor, a judicialização da política consiste no pronunciamento – por meio do Poder Judiciário – acerca de violações à Constituição perpetradas por algum outro Poder. Nesse sentido:

A questão da judicialização (da política), portanto, está ligada ao funcionamento (in)adequado das instituições, dentro do esquadro institucional traçado pela Constituição. Quanto maior a possibilidade de se discutir, no âmbito judicial, a adequação ou não da ação governamental lato sensu em relação aos ditames constitucionais, maior será o grau de judicialização a ser observado. (STRECK, 2016, p. 724)

O ativismo judicial, por sua vez, deve ser entendido como a resposta que o Poder Judiciário fornece ao objeto que está sendo judicializado. Em síntese, *“no caso específico da judicialização da política, o ativismo representa um tipo de decisão na qual a vontade do julgador substitui o debate político”*. (STRECK, 2016, p. 724)

Portanto, deve ficar claro que enquanto a judicialização da política pode ser boa ou ruim a depender do grau em que se observa, o ativismo judicial é sempre nocivo ao Estado Democrático na medida em que subverte a própria concepção dos Poderes, porquanto o Judiciário passa verdadeiramente a tutelar questões cuja competência cabe a instituições diversas.

2. A ANÁLISE DO CASE: ATIVISMO JUDICIAL OU JUDICALIZAÇÃO DA POLÍTICA?

2.1 O RECURSO ESPECIAL 1.657.075/PE

Em busca de concretizar a abstração de uma teoria e, assim, comprovar a sua exequibilidade empírica, o estudo de casos desponta como imprescindível, demonstrando que a teoria se encontra a serviço da realidade, sendo vocacionada à resolução de problemas reais e não os meramente ficcionais.

Ab initio, é importante justificar metodologicamente a escolha do *case* a ser submetido à teoria de Lenio Streck para a constatação de que se trata de ativismo judicial ou da, por vezes democrática, judicialização da política.

Com efeito, o caso selecionado reverbera de forma sísmica nas estruturas tradicionais de saúde do país, porquanto atesta a possibilidade de importação direta do substrato da maconha⁸ para o tratamento de pessoas com epilepsia.

Além disso, trata-se do primeiro caso, com tal pedido, decidido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), em sede de recurso especial, demonstrando, por conseguinte, o seu potencial paradigmático e multiplicativo no contexto de outros tribunais e juízes singulares.

Tal entendimento encontra ressonância no artigo 926 do Código de Processo Civil/15, o qual preconiza a necessidade de uniformização da jurisprudência, de forma que seja garantida a sua estabilidade, integralidade e coerência.

Em suma, a substância canabidiol obteve uma flexibilização no seu regime de proscrição, já que, em regra, o seu porte ou venda constituem uma infração penal. Como é cediço, os crimes de porte e tráfico de drogas são normas penais em branco heterogêneas (GOMES, 2007), tendo a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) a atribuição de determinar, com base técnico-científica, o rol de substâncias proibidas ou controladas.

Não é despidendo informar que o primeiro pleito de importação direta da substância refere-se ao caso Anny, sentenciado em abril de 2014, na 3ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, pelo juiz federal Bruno César Bandeira Apolinário.

⁸ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Notícias – Importação direta do canabidiol é vitória para pacientes com epilepsia intratável. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2019/2019-02-24_06-52_Importacao-direta-do-canabidiol-e-vitoria-para-pacientes-com-epilepsia-intratavel.aspx> . Acesso em 28 de abril de 2020.

Tratava-se de uma criança com encefalopatia epiléptica infantil, que sofria em torno de 80 ataques epilépticos por semana. É importante mencionar que tal ação buscou apenas a legitimidade de uma conduta que ocorria faticamente, porquanto os pais da criança já operacionalizavam a importação clandestina da substância, sendo que os obstáculos burocráticos para a obtenção desta, como retenções pela Anvisa, motivaram a judicialização da demanda.

Entretanto, mesmo tratando-se do primeiro caso em que fora deferida a importação direta do canabidiol, o fato de estar circunscrita ao primeiro grau, não tendo, pois, a exposição jurídica de uma decisão por um tribunal superior, eclipsou tal marco, não obstante a evolução normativa à que o tema fora submetido no âmbito da Anvisa.

Como é cediço, três anos após a primeira decisão, o Superior Tribunal de Justiça deparou-se com o mesmo pedido e causa de pedir⁹ do caso Anny (o pleito pela importação direta do canabidiol para fins medicinais), o que demonstra a recalcitrância da autarquia federal em resguardar o direito fundamental à saúde.

Assim, sob os influxos de uma demanda crescente, em 2014, o Conselho Federal de Medicina por intermédio da Resolução CFM nº 2.113/14¹⁰, aprovou o uso compassivo do canabidiol em crianças e adolescentes epilépticas que fossem refratárias aos tratamentos convencionais.

Em consequência, em janeiro de 2015, a Anvisa transpôs o canabidiol da lista de substâncias proibidas para a de substâncias controladas, exigindo apenas que houvesse prescrição de médico legalmente habilitado, além de expandir a importação para pacientes com outras patologias, tais como dores crônicas e Parkinson¹¹.

Ocorre que, não obstante tais transformações normativas, identificou-se a continuação da judicialização de tal demanda ante os entraves burocráticos da

⁹ TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO, Revista Argumento Direito e Cidadania. Ano IV. Ed. nº11. Disponível em:

<<https://www.trf5.jus.br/downloads/Comunicacao/RevistaArgumento/revistaargumenton11.pdf>> Acesso em: 30 de abril de 2020, pág. 36-44.

¹⁰ Vide: <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=183&data=16/12/2014>

¹¹ ANVISA. EM CUMPRIMENTO A AÇÃO JUDICIAL, ANVISA PERMITE PRESCRIÇÃO E IMPORTAÇÃO DE PRODUTOS COM CANABIDIOL E THC. Disponível em:

<http://portal.anvisa.gov.br/resultado-de-busca?p_p_id=101&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-1&p_p_col_count=1&_101_struts_action=%2fasset_publisher%2fview_content&_101_assetentryid=2645734&_101_type=content&_101_groupid=219201&_101_urltitle=em-cumprimento-a-acao-judicial-anvisa-permite-prescricao-e-importacao-de-produtos-com-canabidiol-e-thc&inheritredirect=true>. Acesso em: 30 de abril de 2020.

Agência reguladora, causando procrastinações insustentáveis para famílias em busca do medicamento, as quais acabam buscando a importação ilegal em detrimento de seguir os trâmites da autarquia federal¹².

Merece ser mencionado que, em 9 de dezembro de 2019, a Anvisa emitiu a Resolução da Diretoria Colegiada nº 327¹³, a qual menciona não apenas o canabidiol, mas também o tetrahydrocanabidiol, aumentando para cinco anos a validade da autorização de importação, além de trazer um procedimento simplificado.

Retornando ao caso, que será analisado sob o escrutínio da teoria de Lenio Streck, averigua-se que, em 2018, o Superior Tribunal de Justiça posicionou-se quanto à importação do canabidiol, datando de 2017 o ajuizamento do processo originário, o qual redundou no recurso especial nº1.657.075 (PE). Em virtude de o processo correr em segredo de justiça, não serão analisados os pormenores, mantendo o foco na questão central.

Trata-se de uma ação com pedido de não fazer, já que os pais, representando os interesses da filha inimputável, requerem que a União e a Anvisa abstenham-se de destruir ou de qualquer forma impedir que o canabidiol chegue ao seu destino, uma vez que a requerente é vítima de paralisia cerebral grave, sendo a substância indicada para evitar ataques epiléticos, assim como no caso Anny.

Como em um contexto laboratorial, dissecar-se-á o caso em três perguntas, caso o resultado seja positivo para todas, estará constatada a judicialização da política, entretanto, se a resposta for negativa, incorrer-se-á no malfadado ativismo judicial.

¹² STJ. IMPORTAÇÃO DIRETA DO CANABIDIOL É VITÓRIA PARA PACIENTES COM EPILEPSIA INTRATÁVEL. DISPONÍVEL EM:

[HTTP://WWW.STJ.JUS.BR/SITES/PORTALP/PAGINAS/COMUNICACAO/NOTICIAS-ANTIGAS/2019/2019-02-24_06-52_IMPORTACAO-DIRETA-DO-CANABIDIOL-E-VITORIA-PARA-PACIENTES-COM-EPILEPSIA-INTRATAVEL.ASPX](http://www.stj.jus.br/sites/portallp/paginas/comunicacao/noticias-antigas/2019/2019-02-24_06-52_IMPORTACAO-DIRETA-DO-CANABIDIOL-E-VITORIA-PARA-PACIENTES-COM-EPILEPSIA-INTRATAVEL.ASPX). ACESSO EM: 28 DE ABRIL DE 2020.

¹³ MINISTÉRIO DA SAÚDE; AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA- ANVISA. RESOLUÇÃO DA DIRETORIA COLEGIADA – RDC 335, DE 24 DE JANEIRO DE 2020 – PUBLICADA NO DOU Nº 18, DE 27 DE JANEIRO DE 2020, A QUAL DEFINE OS CRITÉRIOS E OS PROCEDIMENTOS PARA A IMPORTAÇÃO DE PRODUTO DERIVADO DE CANNABIS, POR PESSOA FÍSICA, PARA USO PRÓPRIO, MEDIANTE PRESCRIÇÃO DE PROFISSIONAL LEGALMENTE HABILITADO, PARA TRATAMENTO DE SAÚDE. DISPONÍVEL EM: <[HTTP://WWW.IN.GOV.BR/EN/WEB/DOU/-/RESOLUCAO-DA-DIRETORIA-COLEGIADA-RDC-N-327-DE-9-DE-DEZEMBRO-DE-2019-232669072](http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-da-diretoria-colegiada-rdc-n-327-de-9-de-dezembro-de-2019-232669072)>. ACESSO EM 28 DE ABRIL DE 2020.

2.2 A PRIMEIRA PERGUNTA: TRATA-SE DE UM DIREITO FUNDAMENTAL?

Os direitos fundamentais representam a constitucionalização dos direitos humanos, ou seja, uma representação, no ordenamento jurídico interno, do que se considera direitos humanos em âmbito internacional, não se tratando de uma importação integral e desmedida, mas, sim, condicionada às especificidades nacionais (FERNANDES, 2017).

Segundo Ingo Sarlet (2018), os direitos fundamentais têm o seu nascedouro na necessidade de refrear o Poder, apresentando, de início, um viés abstencionista, ou seja, tratava-se de um núcleo de direitos em que o Estado não poderia se imiscuir. Com a sofisticação dos direitos fundamentais, percebeu-se que a sua função transcendia apenas impedir uma incursão do Estado na dignidade humana, dirigindo-se, também, para os particulares, aplicação conhecida como aplicabilidade horizontal dos direitos fundamentais, além de fomentar deveres prestacionais por parte do Estado, caso não sejam implementadas políticas públicas capazes de atender esse núcleo mínimo de direitos imprescindíveis para que o indivíduo execute o seu plano de vida.

Em suma, tais direitos não se circunscrevem a meros discursos morais, possuindo uma carga normativa ascendente, porquanto dotados de historicidade e mutabilidade, redundando, inclusive, no fenômeno de constitucionalização do direito privado. Tal fato demonstra que todo o direito deve ser permeado pelo fundamento ético-normativo do sistema constitucional, qual seja: a dignidade da pessoa humana.

Desse modo, conclui-se que para identificar um direito fundamental não basta uma análise literal dos incisos contidos no artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, já que o artigo 5º, §2º, da CRFB, traz uma cláusula aberta, aduzindo que os direitos e garantias expressos não excluem os princípios implícitos, nem os direitos provenientes de tratados internacionais.

Ante a importância do direito à saúde na proteção dos direitos humanos, a Constituição da República Federativa do Brasil consignou diversos princípios informadores e regras de competência com o foco na salvaguarda da saúde como direito de todos e dever do Estado, pautada pelo princípio do universalismo, em consonância com os artigos 196 e 197 da CRFB.

O próprio preâmbulo é testemunha da imperiosidade do Estado Democrático garantir o bem-estar social. Consequentemente, para garantir tal bem-estar, faz-se

necessário o implemento de políticas públicas de saúde, consolidando a dignidade humana como fundamento da República.

Em uma perfunctória análise, é evidente a indissociabilidade do direito à vida do direito à saúde, porquanto um é o consectário lógico do outro, havendo, inclusive, no artigo 2º da Lei nº 8.080/90¹⁴, a constatação de que o direito à saúde trata-se de um direito fundamental, sendo, inclusive, erigido um sistema protetivo gratuito para garantir a universalização de tal direito.

É, pois, irrefutável o caráter de direito fundamental atribuível não apenas ao direito à saúde, mas ao direito à obtenção de medicamentos que sejam capazes de mitigar os impactos deletérios de uma enfermidade. No caso em tela, nenhum outro fármaco disponível demonstrou ter eficácia contra as crises convulsivas.

A título de reforço argumentativo, a Anvisa ao flexibilizar a importação do canabidiol, cambiando a substância da lista de proibidos para controlados, demonstrou a fundamentalidade de tal direito, porquanto, mesmo se tratando de um ingrediente com potencial psicotrópico, tornou-se imprescindível ao tratamento de diversas patologias, sendo, pois, o seu completo banimento mais nocivo do que a sua importação controlada.

À evidência, a primeira pergunta de Lenio Streck resta atendida, o pedido de importação direta do canabidiol para fins terapêuticos, trata-se de evidente direito fundamental, porquanto vocacionado à promoção da saúde e de uma vida digna, possuindo uma ação anticonvulsivante na epilepsia, conforme relatado em estudos clínicos (MATOS, 2017), demonstra-se, assim, a sua fundamentação científica, sendo, inclusive, recomendado pelo Conselho Federal de Medicina.

2.3 A SEGUNDA PERGUNTA: É UNIVERSALIZÁVEL?

Superado o primeiro questionamento e diante da resposta afirmativa de que o caso concreto se trata de um direito fundamental com exigibilidade, entende-se necessária a continuidade da análise para a segunda pergunta da teoria de Lenio Streck. Desse modo, questiona-se se a autorização de importação do medicamento canabidiol pode ser, em situações similares, universalizada.

Embora não nominado expressamente na Constituição da República Federativa do Brasil, o princípio do universalismo advém implicitamente do artigo 196

¹⁴ Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

da CRFB, o qual garante a saúde como um direito de todos. Em complemento, no ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da universalidade também pode ser extraído na do Art. 2º, § 1º da Lei 8.080 de 19/09/1990¹⁵.

Com o intuito de materializar o direito de saúde universal positivado constitucionalmente, criou-se o Sistema Único de Saúde (SUS) no Brasil. Previamente à CRFB, o sistema público de saúde prestava assistência apenas aos trabalhadores vinculados à Previdência Social, cabendo às entidades filantrópicas os cuidados médicos para os demais cidadãos brasileiros que não eram beneficiados pela assistência médica provida pelo Estado.

Ainda que exista, no campo internacional, diferentes concepções do conceito da universalidade em saúde, visto a polarização nas propostas de sistema universal e na proposta de cobertura universal (GIOVANELLA et al, 2018, *online*)¹⁶; no Brasil, pode-se afirmar que o SUS estabeleceu a concepção da cidadania plena na qual o acesso à saúde é proporcionado a todos brasileiros de forma abrangente prevendo a cobertura integral da saúde¹⁷.

Nesse sentido, os princípios que regem o SUS brasileiro são os princípios da universalização, da equidade e da integralidade. Para o momento, impende concentrar nos princípios da universalização e da integralidade.

Extrai-se do princípio da universalização que a saúde é um direito de cidadania de todas as pessoas, devendo o Estado garantir esse direito independentemente de raça, sexo, ocupação ou outras características sociais ou pessoais¹⁸.

Porquanto, pelo princípio da integralidade, o sistema único de saúde brasileiro deve atender a pessoa em todas as suas necessidades, cabendo ao Estado prover a saúde, bem como prevenir doenças e dispor de tratamentos e reabilitações ao cidadão

¹⁵ BRASIL, Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências: Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. § 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm>. Acesso em 04 de maio de 2020.

¹⁶ Existem concepções de universalidade nos modelos UHC (*universal health coverage*) e UHS (*universal health systems*). Objetivamente, o modelo UHS dispõe que todas as pessoas tenham suas necessidades de saúde atendidas sem restrição, ao passo que no modelo UHC os efeitos são restritos já que o sistema de saúde se processa por um contrato de seguro, pressupondo coberturas segmentadas por seguros diferenciados por grupos sociais conforme suas rendas.

¹⁷ *Op.cit.*; p.1772.

¹⁸ Conceito disponível em: < <https://www.saude.gov.br/sistema-unico-de-saude>>. Acesso em 04 de maio de 2020.

quando necessário¹⁹. Sendo assim, no Brasil, a universalidade é percebida em uma concepção abrangente, competindo ao Estado prover condições e tratamentos de saúde a todos os cidadãos sem distinções.

Partindo dessa premissa - concepção de universalidade sem restrição²⁰ -, o mesmo tratamento concedido a uma pessoa deve ser concedida a outra, independentemente de classe social, sexo, raça ou quaisquer distinções. Ademais, ao analisar o caso concreto do presente estudo, a autorização à importação do medicamento canabidiol, não impediria que, em situações similares, fosse concedida a outra solicitante.

Sendo assim, pela análise realizada, a segunda pergunta de Lenio Streck também resta atendida. Em outras demandas judiciais acerca de autorização à importação do medicamento canabidiol para tratamento de menor incapaz com doenças de paralisia cerebral e crises de epilepsia, pode-se responder positivamente acerca da generalização da tutela garantindo a importação do medicamento com a abstenção do Estado e da Anvisa em condutas de destruição ou de impedimento do fármaco até o seu destino.

Destaca-se que, quando da decisão judicial do caso concreto do presente estudo, não existia posicionamento da Anvisa autorizando a importação dos produtos derivados de Cannabis. Diante dos embates judiciais, bem como de avanços em estudos acerca do tema, atualmente a Anvisa possui em sua página eletrônica orientações sobre importação de produtos do canabidiol.

Destarte, hodiernamente, a Anvisa pode autorizar a importação desses produtos para tratamento de saúde, desde que respeitados os critérios da RDC nº 335/2020²¹. Esse fato não só demonstra a contemporaneidade do assunto, como reafirma o entendimento de que a concessão da tutela para um cidadão, não impede

¹⁹ *Op.cit.*

²⁰ Extrai-se do sítio eletrônico do SUS trecho que evidencia a adoção, no Brasil, da concepção de saúde no sistema público de forma inclusiva: Com a sua criação, o SUS proporcionou o acesso universal ao sistema público de saúde, sem discriminação. A atenção integral à saúde, e não somente aos cuidados assistenciais, passou a ser um direito de todos os brasileiros, desde a gestação e por toda a vida, com foco na saúde com qualidade de vida, visando a prevenção e a promoção da saúde. Disponível em: <<https://www.saude.gov.br/sistema-unico-de-saude>> Acesso em 05 de maio de 2020.

²¹ MINISTÉRIO DA SAÚDE; Agência Nacional de Vigilância Sanitária- ANVISA. Resolução da Diretoria Colegiada – RDC 335, de 24 de janeiro de 2020 – publicada no DOU nº 18, de 27 de janeiro de 2020, a qual define os critérios e os procedimentos para a importação de Produto derivado de Cannabis, por pessoa física, para uso próprio, mediante prescrição de profissional legalmente habilitado, para tratamento de saúde. Disponível em: < http://portal.anvisa.gov.br/documents/10181/2867344/RDC_335_2020_.pdf/e4ca7e95-f5af-4212-9360-d662c50018e2>. Acesso em 05 de maio de 2020.

a concessão a outro cidadão, em situações similares, quando cumpridos os critérios determinados na supracitada Resolução.

2.4 A TERCEIRA PERGUNTA: OS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA ISONOMIA SÃO MENOSCABADOS?

Diante das duas respostas positivas às perguntas anteriores da teoria de Lenio Streck, faz-se necessário aprofundar o estudo de caso ora realizado e, portanto, resta a análise do terceiro – e último – questionamento: para a concessão da tutela, é necessário transferir recursos sem ferir os princípios da igualdade e da isonomia?²²

No presente caso, o terceiro questionamento torna-se inócuo, posto que a tutela deferida não se constitui em uma obrigação para o Estado de dar ou de fazer; ao contrário, no estudo em questão, o dispêndio de recursos financeiros recai ao solicitante – pessoa física interessada na importação de fármaco à base de canabidiol -, compelindo que a Anvisa ou o Ente Federativo tão somente se abstenha de destruir ou de impedir que o medicamento chegue às mãos do importador. Em consequência, é possível atender a tutela sem a necessidade de transferir recursos financeiros que pudessem ferir os princípios da igualdade e da isonomia.

Sendo assim, da análise do Recurso Especial nº 1.657.075 – PE, verificou-se que a demanda tratava de um direito fundamental juridicamente exigível; a concessão da tutela para um cidadão não impedia a concessão para outro cidadão, sendo possível generalizar a tutela em condições similares, em respeito ao princípio da universalidade e; a concessão da tutela não albergava o dever estatal de dispender recursos financeiros que pudessem ferir os princípios da igualdade e da isonomia.

Apesar de respondida a questão proposta pelo presente estudo, indo além, por simples provocação reflexiva sobre o tema, questiona-se: a resposta à terceira pergunta da teoria de Streck seria positiva no caso em que a Anvisa ou o Ente Federativo fossem obrigados a importar o fármaco à base de canabidiol? Nessa hipótese, não se trataria de um dever de não fazer (abster-se de destruir ou impedir que o fármaco chegasse até o seu destino), mas sim uma obrigação de fazer (importar o medicamento).

²² Ressalta-se que a referida indagação, além de constituir um passo de análise na teoria de Lenio Streck, ganha ainda mais relevância no Brasil, visto ser de conhecimento de todos que o país sofre com a escassez de recursos em contrapartida das necessidades ilimitadas da população. Sendo assim, a concessão de uma tutela que enseje o dispêndio de recursos financeiros pelo Estado, pode, indiretamente, causar a negativa da tutela de outrem, o que, em tese, afrontaria os princípios da igualdade e da isonomia.

Para atender à decisão judicial de obrigação à importação do medicamento, seria necessário transferir recursos públicos para o cumprimento da decisão. Além disso, entende-se que essa decisão, além impor a transferência dos recursos, poderia afetar os princípios da igualdade e da isonomia, se analisados sob dois vieses: 1) inexistência, à época, de fármacos à base de canabidiol no rol de medicamentos fornecidos pelo SUS e; 2) restrição de acesso à Justiça ante a desigualdade social existente no Brasil.

Sob o primeiro viés, periodicamente, o Ministério da Saúde (MS) publica o Rename (Relação Nacional de Medicamentos Essenciais). O MS entende que esse documento é um elemento técnico-científico que orienta a oferta, a prescrição e a dispensação de medicamento nos serviços do SUS²³. Sendo assim, considerando que o acesso ao SUS é amplo e irrestrito a toda população brasileira, qualquer cidadão atendido pelo Sistema poderá ser tratado com os medicamentos listados na base do Rename. Considerando que os medicamentos à base de canabidiol não constavam nessa Relação, entende-se que qualquer decisão judicial que impusesse essa obrigação atentaria contra a igualdade e isonomia, visto que a outro cidadão não seria ofertado o mesmo medicamento diante da ausência deste fármaco no rol do Rename.

Sob o segundo viés, ainda que o Estado disponha de justiça a todos por meio das Defensorias Públicas, é sabido que, na prática, a demanda por direitos provém de setores privilegiados da sociedade (SADEK, 2014, p. 60). Sendo assim, apesar de a decisão judicial em importar o medicamento para o cidadão, em tese, tornar efetivo o direito à saúde; na prática, essa decisão acentua as desigualdades sociais visto que a grande maioria dos necessitados não tem acesso ao Poder Judiciário (CORREA, 2014).

Desse modo, na hipótese de decisão judicial de obrigação à importação do medicamento, entende-se que os princípios da igualdade e da isonomia seriam afetados considerando que a garantia do acesso ao medicamento – na prática – só ocorre àqueles privilegiados socialmente (SADEK, 2014)²⁴, bem como, considerando

²³ MINISTÉRIO DA SAÚDE, Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – Rename. Disponível em: <<https://saude.gov.br/saude-de-a-z/rename>>. Acesso em 10 de maio de 2020.

²⁴ Como exemplificação extrai-se que um “levantamento da Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo mostrou que dois terços das ações judiciais contra o SUS para aquisição de remédios foram propostas por pessoas com convênios médicos particulares ou que frequentam clínicas privadas”. Disponível em: <SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos. Revista USP. São Paulo. março/abril/maio 2014, p. 60. Disponível em: <<https://doi.org/10.11606/issn.2316-9036.v0i101p55-66>> . Acesso em 11.05.2020>. Acesso em 11.05.2020.

que a determinação de fornecimento de fármacos fora da lista do Rename, impediria que outro cidadão fosse medicado com a mesma droga.

Apesar de não buscar esgotar o tema, posto não ser o objeto central do presente estudo, mas uma reflexão inserida a título de provocação, a análise realizada demonstra que a teoria de Streck é um caminho objetivo e possível de ser seguido quando se busca concluir se a atuação do Judiciário seguiu o caminho sórdido do ativismo judicial ou se operou a efetiva judicialização da política.

CONCLUSÃO

A teoria de Lenio Streck representa uma louvável tentativa de identificar e, assim, restringir os tentáculos do ativismo judicial. Entretanto, padece de algumas deficiências para que se torne um *check list* imprescindível a qualquer julgamento, posto que o recrudescimento da complexidade nas relações jurídicas, somando-se à eclosão de novos tipos de demandas judiciais, relegam à obsolescência qualquer teoria que tenha pretensão universalizante.

À evidência, os direitos fundamentais possuem um conteúdo histórico, sendo o resultado de processos de modificação dos valores de uma sociedade. Isto é, a cada dia novos direitos fundamentais são erigidos, enquanto outros são transformados, em um eterno processo de erosão e sedimentação. Ratifique-se que o próprio artigo 5º, §2º, da CRFB/88, traz a cláusula de abertura sistêmica para direitos e garantias previstos em tratados internacionais.

Desse modo, pode-se concluir que a resposta à primeira pergunta, se o direito pleiteado é fundamental, não é tão óbvia, demonstrando, assim, a falibilidade de toda a teoria engendrada, uma vez que se, naquele determinado momento histórico, alguém entender que não se trata de um direito fundamental, atestará, de pronto, que a decisão é fruto do ativismo judicial. Demonstra-se, pois, que, apesar de buscar uma objetivação na identificação do ativismo, a primeira pergunta é impregnada de alto subjetivismo, principalmente em situações limítrofes.

Por outro lado, não se pode olvidar que a teoria em análise representa um marco de aquiescência jurídica quanto à necessidade de delimitar os desígnios de intervenção política do Poder Judiciário, reforçando, assim, a clássica separação dos três Poderes.

Repise-se que a universalização de tal direito não seria tão óbvia caso se tratasse de um pleito prestacional, em que o autor pedisse o fornecimento gratuito do medicamento a base de Canabidiol, porquanto o deferimento de tal pleito produziria, não apenas efeitos sociais, mas de viés econômico, produzindo, desse modo, um desvio do fluxo orçamentário das políticas públicas para o implemento de uma decisão que beneficiaria um indivíduo ou uma coletividade específica. E, assim, segundo a teoria sob análise, incorreria em ativismo judicial.

Em arremate, urge-se para que não apenas existam teorias que identifiquem tal dicotomia entre ativismo e judicialização, mas, também, que haja mecanismos que impeçam a produção dos efeitos das decisões ativistas, mingando o seu poder de desestabilizar as políticas públicas determinadas pelos poderes majoritários, evitando o drenar de recursos em prol de desígnios avessos aos dos detentores da legitimidade democrática.

Dito isso, seguindo a proposta originária do presente trabalho, é possível constatar que a decisão tomada pelo Poder Judiciário no que tange à autorização da importação medicinal de canabidiol por pessoas físicas, merece enquadramento como um objeto de judicialização da política – sem que, para tanto, tenha sido cruzada a linha do deletério ativismo judicial.

Isso porque, conforme analisado, trata-se de uma resposta adequada à Constituição Federal e, em última instância, concretizadora de direitos fundamentais – notadamente do direito à saúde.

Portanto, a despeito das pontuais limitações teóricas supra apontadas, conclui-se, com base nas três perguntas elementares propostas por Streck, que a decisão do STJ no RE 1.657.075/PE não deve ser enquadrada no conceito de ativismo judicial.

REFERÊNCIAS

ANVISA. **Em cumprimento a ação judicial, Anvisa permite prescrição e importação de produtos com Canabidiol e THC.** Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/resultado-de-busca?p_p=id=101&p_p=lifecycle=0&p_p,state=maximized&p_p,mode=view&p_p,col=id=column1&p_p,col,count=1&101.struts.action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&101.assetEntryId=2645734&101.type=content&101.groupId=219201&101.urlTitle=em-cumprimento-a-acao-judicial-anvisa-permite-prescricao-e-

[importacao-de-produtos-com-canabidiol-e-thc&inheritRedirect=true>](#). Acesso em: 30 de abril de 2020.

_____. **RESOLUÇÃO DA DIRETORIA COLEGIADA - RDC Nº 327, DE 9 DE DEZEMBRO DE 2019**. Disponível em: < <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-da-diretoria-colegiada-rdc-n-327-de-9-de-dezembro-de-2019-232669072>>. Acesso em: 03 de maio de 2020.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 de maio de 2020.

_____. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 03 de maio de 2020.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 de abril de 2020.

Conselho Federal de Medicina. **Resolução CFM nº 2.113/14**. Aprova o uso compassivo do canabidiol para o tratamento da criança e do adolescente refratários aos tratamentos convencionais. Disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=183&data=16/12/2014>>. Acesso em: 30 de abril de 2020.

CORREA, Alexandra Barbosa de Godoy. A Judicialização no acesso a medicamentos. **Revista do Curso de Direito da FACHA**. Direito & Diversidade – Ano 2 n.º 3, maio de 2014. Disponível em: < http://www.facha.edu.br/pdf/revista-direito-3/revista_direito_n3_Artigo3.pdf>. Acesso em 11 de maio de 2020.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2017.

GIOVANELLA, Ligia et al. Sistema universal de saúde e cobertura universal: desvendando pressupostos e estratégias. **Ciênc. saúde coletiva [online]**. 2018, vol.23, n.6, pp.1763-1776. ISSN 1413-8123. Disponível em: < <https://doi.org/10.1590/1413-81232018236.05562018>>. Acesso em 04 de maio de 2020.

GOMES, Marcos Vinicius Manso Lopes. **Direito penal: parte geral**. Saraiva Educação SA, 2007.

HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2007

MATOS, Rafaella LA et al. O uso do canabidiol no tratamento da epilepsia. **Revista Virtual de Química**, v. 9, n. 2, p. 786-814, 2017.

MINISTÉRIO DA SAÚDE; Agência Nacional de Vigilância Sanitária- ANVISA. **Resolução da Diretoria Colegiada – RDC 335, de 24 de janeiro de 2020** – publicada no DOU nº 18, de 27 de janeiro de 2020, a qual define os critérios e os procedimentos para a importação de Produto derivado de Cannabis, por pessoa física, para uso próprio, mediante prescrição de profissional legalmente habilitado, para tratamento de saúde. Disponível em: < http://portal.anvisa.gov.br/documents/10181/2867344/RDC_335_2020.pdf/e4ca7e95-f5af-4212-9360-d662c50018e2>. Acesso em 05 de maio de 2020.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Sistema Único de Saúde (SUS): estrutura, princípios e como funciona. Disponível em: < <https://www.saude.gov.br/sistema-unico-de-saude>>. Acesso em 04 de maio de 2020.

RIO DE JANEIRO (Estado). *Agravo de Instrumento n. 0033615 – 54.2015.8.19.0000*. Agravante: Município de Campos dos Goytacazes. Agravado: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Desembargador Alexandre Freitas Câmara. Julgamento em 09 dez. 2015. Acesso em: 13 de maio de 2020.

SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos. **Revista USP**. São Paulo. março/abril/maio 2014, p. 60. Disponível em: < <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9036.v0i101p55-66>>. Acesso em 11 de maio de 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2015.

STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPE, Adriano Obach. **O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, número especial, 2015, p. 51-61.

STRECK, Lenio Luiz. **Uma ode à jurisdição constitucional**. Publicado em 15.04.2020. Disponível em: <https://estadodaarte.estadao.com.br/streck-ode-jurisdicao-constitucional>. Acesso em 12 de maio de 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada**. Joaçaba, v. 17, n. 3, p. 721-732, set./dez. 2016.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Notícias – Importação direta do canabidiol é vitória para pacientes com epilepsia intratável. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2019/2019-02-24_06-52_Importacao-direta-do-canabidiol-e-vitoria-para-pacientes-com-epilepsia-intratavel.aspx>. Acesso em 28 de abril de 2020.

TRF5. **Revista Argumento Direito e Cidadania**. Ano IV. Ed. nº11. Disponível em: <<https://www.trf5.jus.br/downloads/Comunicacao/RevistaArgumento/revistaargumenton11.pdf>>. Acesso em: 30 de abril de 2020, pág. 36-44.

O ATIVISMO JUDICIÁRIO FRENTE À GESTÃO HÍBRIDA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO¹

Gleidy Braga Ribeiro²

SUMÁRIO: Introdução 1. A Política Pública do Sistema Penitenciário no Brasil: Problemas, Empasses e Desafios. 2. Judicialização das Políticas Públicas, Ativismo Judicial e a Gestão do Sistema Penitenciário. 3. A natureza híbrida da Gestão do Sistema Penitenciário. 4. Considerações finais. Referências.

RESUMO: A Lei de Execução Penal (LEP), 7.210 / 1984, estabelece uma gestão híbrida para o sistema penitenciário. Em seu artigo 61º a lei apresenta oito (8) órgãos gestores. Ocorre que esses órgãos, seja em uma relação de subordinação ou vinculação, fazem parte da estrutura dos Poderes Executivo e Judiciário, tendo atribuições diferentes, mas complementares. Em recente julgados RE 592.581/RS e ADPF347, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a situação de violação generalizada de direitos fundamentais no sistema penitenciário brasileiro, fixando tese orientadora no controle desta política pública, no que tange à tutela coletiva da pessoa presa ou em restrição de liberdade. Todavia, seria esse o melhor caminho, obrigar por força de uma sentença judicial o Poder Executivo cumprir com seu papel? Para responder essa pergunta, será necessário problematizar sobre a judicialização das políticas públicas, o ativismo judiciário e o arranjo institucional de gestão do Sistema Penitenciário brasileiro previsto na LEP. Para alcance da finalidade do artigo utilizou-se como metodologia a pesquisa bibliográfica doutrinária e jurisprudencial e o método hipotético-dedutivo.

JUDICIAL ACTIVISM IN FACE OF THE HYBRID MANAGEMENT OF THE PENITENTIARY SYSTEM

ABSTRACT: The Law of Penal Execution (LEP), 7.210 / 1984, establishes a hybrid management for the prison system. In its 61st article it presents eight (8) management bodies. It happens that these bodies, whether in a subordinate or binding relationship, are part of the structure of the Executive and Judiciary Powers, with different but complementary attributions. In recent judgments RE 592.581 / RS and ADPF347, the Supreme Federal Court recognized the situation of generalized violation of fundamental rights in the Brazilian prison system, establishing a guiding thesis in the control of this public policy, with regard to the collective tutelage of the person arrested or in restriction of freedom. However, would this be the best way, to force the Executive Branch to fulfill its role by virtue of a judicial sentence? To answer this question, it will be necessary to discuss the judicialization of public policies, judicial activism and the institutional management arrangement of the Brazilian Penitentiary System provided for in the LEP. To achieve the purpose of the article, doctrinal and jurisprudential bibliographic research and the hypothetical-deductive method were used as methodology.

KEYWORDS: Judicial Activism; Management; Penitentiary System.

¹ Artigo Científico apresentado à disciplina “Desafios Contemporâneos da Ordem Constitucional” do Doutorado em Direito Constitucional do IDP.

² Advogada, Jornalista, Mestre em Desenvolvimento Regional, Doutoranda em Direito Constitucional. Ex-Secretária de Cidadania e Justiça do Estado do Tocantins (2015-2017). <http://lattes.cnpq.br/5935775135422141> e gleidy.braga@gmail.com

INTRODUÇÃO

A Lei de Execução Penal (LEP), 7.210 /1984, estabelece uma gestão híbrida para o sistema penitenciário. Em seu artigo 61º, a norma apresenta oito (8) órgãos gestores que são responsáveis pelo acompanhamento da execução da pena, são eles: Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciário, Juízo da Execução Penal, Ministério Público, Conselho Penitenciário, Departamentos Penitenciários, Patronato, Conselho da Comunidade e Defensoria Pública. É da vontade do legislador conferir a eles a responsabilidade da efetividade das disposições de sentença ou decisão criminal, bem como a integração social do condenado ou internado novamente ao meio social (Art. 1º, LEP, 1984).

Ocorre que esses órgãos, seja em uma relação de subordinação ou vinculação, fazem parte da estrutura dos Poderes Executivo e Judiciário, desempenhando atribuições diferentes, mas complementares. Tal condição nos leva a reconhecer o caráter híbrido da gestão da execução penal, por possuem atividades jurisdicionais e administrativas. Para a jurista Grinover, não se pode negar que “a execução penal é atividade complexa, que se desenvolve entrosadamente nos planos jurisdicional e administrativo. Nem se desconhece que dessa atividade participam dois Poderes estatais: o Judiciário e o Executivo” (1987, p.7). No entanto, ela, apesar de reconhecer as atividades administrativas, afirma que a Execução Penal é predominantemente jurisdicional e secundariamente administrativa. Assim, sem desmerecer a importância dos demais órgãos, indubitavelmente, esta formatação do arranjo institucional da política de execução penal, coloca o Judiciário, por meio do Juízo de Execução, na linha de frente, exigindo deste a capacidade de manter o diálogo constante com os outros órgãos para que haja efetividade da política pública sistema penitenciário.

Todavia, os dados produzidos por relatórios oficiais, estudos e sentenças judiciais sobre o sistema penitenciário brasileiro apontam para um total descompasso desses órgãos na execução da pena e uma incapacidade generalizada em sua gestão. Segundo dados de informações estatísticas do sistema penitenciário brasileiro (INFOPEN, 2016), são mais de 726 mil pessoas encarceradas, em um sistema que tem o déficit de mais de 358 mil vagas. Em 1990 a população prisional brasileira era de apenas 90 mil pessoas privadas de liberdade. A população cresceu tanto que hoje ocupa a terceira posição em número de pessoas presas no mundo, ficando atrás somente da China e dos Estados Unidos.

Somando a superlotação, convivemos diariamente com inúmeras ocorrências de violação de direitos dos presos em função das más condições dos estabelecimentos penitenciários. Tais situações comprometem o acesso à assistência que o preso tem direito, e, conseqüentemente, a capacidade de reintegrá-lo novamente em sociedade.

Diante deste quadro, em recente julgados RE 592.581/RS e ADPF347, o Supremo Tribunal Federal (STF), fixou tese orientadora no controle desta política pública, no que tange à tutela coletiva da pessoa presa ou em restrição de liberdade. No RE 592.591/RS, estabeleceu-se que a intervenção do Poder Judiciário, para determinar obrigação de fazer reparos emergenciais nos presídios, na defesa da integridade do preso e de sua dignidade humana é uma atitude lícita e que não fere o princípio da separação de poderes. Já a ADPF347 reconheceu o “estado de coisas inconstitucional”, no Sistema penitenciário brasileiro, determinando, em caráter liminar, a realização de audiências de custódia, no prazo máximo de 90 (noventa) dias, bem como o descontingenciamento do Fundo Penitenciário Nacional.

A partir dessas decisões, muitos questionamentos surgiram sobre a capacidade de se efetivar as medidas que foram dispostas nas sentenças frente à argumentação de que são escassos os recursos públicos, sendo invocado pelo Poder Executivo em sua defesa o princípio da reserva do possível, além de destacar a interferência do Judiciário na agenda governamental. Este papel mais ativo do Judiciário é estudado e apontado hoje como judicialização das políticas públicas ou ativismo judicial (BARROSO, 2008; MENDES, BRANCO, 2018).

No entanto, é eficiente buscar assegurar, por meio do ativismo judicial, a implementação de políticas públicas no âmbito do sistema penitenciário, já que se trata de uma política pública híbrida que exige necessariamente a participação de uma pluralidade de órgãos? Em outras palavras, as recentes decisões judiciais do STF teriam o condão de efetivar os direitos da pessoa presa ao obrigar que as autoridades públicas tomem medidas eficazes, estabelecendo inclusive o prazo para seu cumprimento?

É fato, que há na atualidade, um controle judicial maior das políticas públicas diante da ineficiência das autoridades públicas, que se evidencia em uma postura mais ativa do Judiciário, em especial atenção do STF. De modo que, ora a Corte Constitucional se apresenta ora como implementadora ora como impulsionadora do Poder Executivo e do Poder Legislativo na implementação de políticas públicas com

a finalidade de dar concretude ao exercício pleno dos direitos fundamentais dispostos principalmente na Constituição vigente. De maneira que, este artigo problematizará sobre a judicialização das políticas públicas, o ativismo judicial e o arranjo institucional de gestão do Sistema Penitenciário brasileiro previsto na LEP.

Para alcance da finalidade do artigo utilizou-se como metodologia a pesquisa bibliográfica doutrinária e jurisprudencial e o método hipotético-dedutivo, pois este parte de hipóteses formuladas na condição de respostas provisórias aos problemas apresentados, submetendo-as a um rigoroso processo de verificação (falseamento), de modo a aceitá-las ou refutá-las (FINCATO, GILLET, 2018, p.44).

1. A POLÍTICA PÚBLICA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO NO BRASIL: PROBLEMAS, EMPASSES E DESAFIOS

Antes de adentrarmos nas questões relativas ao sistema penitenciário, é fundamental entendermos o que é política pública. Souza (2006) ao fazer uma revisão literária sobre políticas públicas apresenta uma síntese do pensamento teórico sobre o tema. Inicialmente, a autora afirma que não existe uma única definição do que seja política pública. Todavia, ela traz uma síntese do pensamento de Mead (1995), que a define como um campo dentro do estudo da política que analisa o governo à luz de grandes questões públicas. A de Lynn (1980), como um conjunto de ações do governo que irão produzir efeitos específicos. Peters (1986) como a soma das atividades dos governos, que agem diretamente ou através de delegação, e que influenciam a vida dos cidadãos. Dye (1984) sintetiza a definição de política pública como aquilo que o governo escolhe fazer ou não fazer.

Secchi (2010) também argumenta que qualquer definição de política pública é arbitrária, isto porque na literatura especializada não há um consenso quanto à definição do que seja uma política pública. Entretanto, o autor com base nas várias versões já desenvolvidas, traz de forma bem didática, setes fases principais, sequenciais, interdependentes e recorrentes no universo da pesquisa, que são úteis para visualização do ciclo de políticas públicas. São elas: Identificação do Problema, Formação da Agenda, Formulação de Alternativas, Tomada de Decisão, Implementação, Avaliação e Extinção. O autor também apresenta a definição de destinatários e problema público, respectivamente, como sendo aqueles indivíduos, grupos e organizações para os quais a política pública foi elaborada e a diferença

entre o que é, e aquilo que se gostaria que fosse a realidade pública. Ele ainda esclarece que quem mais se preocupa em apresentar problemas públicos para agenda pública são os partidos políticos, os agentes políticos e as organizações não governamentais. “Do ponto de vista racional, esses atores encaram o problema público como matéria-prima de trabalho” (SECCHI, 2010, p.35).

O autor afirma que essa interação acontece quando o ator político tem interesse na resolução de tal problema. Este poderá a vim a lutar para que tal problema entre na lista de prioridade de atuação. Essa lista de prioridades é conhecida como agenda, que em sua formação apresenta um conjunto de problemas entendidos como relevantes. De acordo com Cobb e Elder (1983, *apud* SECCHI, 2010, p.36) existem dois tipos de agenda:

Agenda política: conjunto de problemas ou temas que a comunidade política percebe como merecedor de intervenção pública;
Agenda formal: também conhecida como agenda institucional, é aquela que elenca os problemas ou temas que o poder público já decidiu enfrentar (COOB E ELDER, 1983, *apud* SECCHI, 2010, p.36).

No entanto, Secchi acrescenta uma terceira agenda, a agenda da mídia, ou seja, a lista de problemas que recebem atenção especial dos diversos meios de comunicação. Na visão do autor os meios de comunicação têm tanta força na formação da opinião pública, que não são raras as vezes que a agenda da mídia condiciona as agendas políticas e institucionais.

A partir deste entendimento, podemos afirmar que o sistema penitenciário é uma política pública, que faz parte da agenda formal do poder público, que assegura a execução da pena, que tem como finalidade, conforme disposto na LEP, em seu artigo 1º, efetivar as disposições de sentença ou decisão judicial e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado. Todavia, a sua implementação enfrenta desafios, haja vista as constantes violações de direitos encontradas nos estabelecimentos penitenciários, bem como a postura apática da sociedade que compreende ser um desperdício de recursos públicos o gasto com pessoas presas.

Segundo Paixão (1997), a sociedade tem uma postura vingativa em relação àqueles que foram condenados por algum ilícito,

[...] o que ocorre com o sistema penitenciário brasileiro, indivíduos que foram condenados ao cumprimento de uma pena privativa de liberdade são afetados, diariamente, em sua dignidade, enfrentando problemas como superlotação carcerária, espancamentos, ausência de programas de reabilitação, falta de cuidados médicos etc. A ressocialização do egresso é uma tarefa quase impossível, pois não existem programas governamentais

para sua reinserção social, além do fato de a sociedade, hipocritamente, não perdoar aquele que já foi condenado por ter praticado uma infração penal (PAIXÃO, 1997.p.106).

Destaca-se que essas mesmas condições de abandono e de violação dos direitos dos presos, também afetam os profissionais que atuam no sistema, pois mesmo que não estejam presos, sofrem com as mazelas do cárcere e estão sujeitos ao fenômeno conhecido como prisionalização, que se manifesta por meio de “sentimentos de inferioridade, empobrecimento psíquico, regressão, infantilização, perda de identidade, assim como compromete sua concepção sobre cidadania (SOUSA, CAMPOS, 2011, p.5)”.

Outro conceito utilizado no debate das políticas é o da existência de sistemas complexos. Furtado et al (2015) defende aplicação desse conceito e o relaciona com as políticas públicas, uma vez que sistema complexos “pressupõe sistemas dinâmicos, não lineares, que contêm grande número de interações entre as partes. Esses sistemas se modificam, de modo a aprenderem, evoluírem e adaptarem-se e geram comportamentos emergentes e não determinísticos (2015, p.23).” Inference assim que a formulação e a implementação de uma política pública é o resultado da ação da pluralidade de atores, isto é, trata-se de um processo que envolve diferentes atores não estáticos que são responsáveis pela sua execução, bem como o público alvo e a comunidade que indiretamente também é beneficiária. Trata-se de um processo interativo e plural que se encaixa perfeitamente na complexidade do sistema penitenciário. Entretanto, em relação ao sistema penitenciário pelos resultados obtidos pode-se dizer que a sinergia é baixa entre os atores envolvidos, o que certamente se constitui em um obstáculo central para efetividade desta política.

Em recente publicação do DEPEN com apoio da Organização das Nações Unidas (ONU), pesquisadores buscaram apresentar um modelo de gestão para o sistema penitenciário considerando toda a sua complexidade. Ao analisar o atual modelo, chegaram a conclusão que a gestão prisional carece de conceitos que amparem a sua especificidade, não havendo uma maior clareza entre as diferenças entre a política de segurança e a política penal e prisional. Para eles, existe um empréstimo de saberes de outras áreas, sobretudo da atividade policial. Cabe destacar que o aprofundamento das práticas policiais no sistema penitenciário tende a aumentar com a aprovação da emenda constitucional nº104, que alterou o artigo 144 da Constituição Federal, incluindo no rol dos órgãos de segurança a Polícia Penal.

Outro aspecto levantado está relacionado à deficiência na formatação de fluxos e rotinas impedindo que as pessoas privadas de liberdade tenham acesso aos serviços, direitos e políticas previstas na Lei de Execução Penal. Tal análise é fundamental para compreendermos o papel dos órgãos de execução penal, em especial do Poder Executivo que é responsável diretamente pelo acesso do preso às assistências, previstas no art.11º da LEP, em cumprimento ao que diz o artigo 3º, que assegura o condenado e ao internado todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei. Assim, o preso recolhido em estabelecimento penitenciário perde o seu direito à liberdade temporariamente, mas mantém os demais direitos intactos. Isto significa que no âmbito da Administração Pública está sob a coordenação do órgão Departamento Penitenciário, assegurar ao preso o cumprimento de sua pena em condições de dignidade.

Entretanto, pelo caráter intersetorial da execução penal, o órgão Departamento Penitenciário terá que necessariamente estabelecer parcerias com outros órgãos da Administração Pública, para assegurar o direito do preso e do egresso à assistência material, a saúde, a assistência jurídica, educacional, social e religiosa. Nota-se que é da vontade do legislador que haja sinergia entre diferentes órgãos da Administração Pública, pois se trata de um modelo de gestão que requer capacidade de articulação com outras áreas. De modo que o Departamento Penitenciário além de outras políticas, terá que necessariamente interagir com dois outros sistemas já constituídos, que é o Sistema Único de Saúde (SUS) e o Sistema de Assistência Social (SUAS).

Assim, se não houver diálogo entre os responsáveis por essas áreas, é praticamente impossível de se obter resultados na execução da política do sistema penitenciário.

Na outra ponta temos o Judiciário com grande responsabilidade pelo aumento da população carcerária no Brasil. Segundo estudo publicado pelo DEPEN, o Judiciário manda para os presídios aqueles, que sem prejuízo do exercício regular do poder punitivo do Estado, poderiam cumprir outras medidas ou penas. Isto porque dos 726 mil presos apontados pelo INFOPEN (2016), 290 mil presos são provisórios, ou seja, ainda não tiveram sua sentença transitada em julgado, isso significa um percentual de 41% da população carcerária.

Esta perspectiva também é apresentada nos dados mais recentes sobre a população carcerária, divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). De acordo com levantamento, o Brasil possui uma superpopulação carcerária de 812.564 presos,

considerando os presos sentenciados ou provisórios do regime fechado, semiaberto e os que cumprem pena em abrigos. Destes, 41,5% de presos provisórios. O estudo apontou ainda que o país tem 366,5 mil mandados de prisão pendentes de cumprimento, dos quais 94% de procurados pela Justiça, 6% foragidos. O quadro é assustador se considerarmos que na no início da década de 90, o Brasil tinha pouco mais de 90 mil presos no país.

A realidade apresentada evidencia que é necessário que o Estado aprofunde as discussões sobre os desafios da gestão do sistema penitenciário, formulando estratégias que envolva não somente os órgãos da execução penal, mas diferentes atores da sociedade para o enfrentamento dos problemas, em especial atenção para a superlotação nos estabelecimentos penitenciários.

2. JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS, ATIVISMO JUDICIAL E A GESTÃO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO

É diante desse quadro assustador que atua o órgão Juízo da Execução Penal, pois cabe a ele, a responsabilidade pelo acompanhamento do cumprimento da pena e o adequado funcionamento dos estabelecimentos penitenciários (art.66, LEP). Compete ao Juiz, nos termos do artigo 66, incisos VII e VIII, realizar a inspeção mensal dos estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidade e interditar, no todo ou em parte, estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos da LEP.

Como uma bomba relógio o sistema penitenciário, inflado em função da superlotação e a ampliação da atuação das facções criminosas nos presídios (FURUKAWA,2008, LIMA, 2003, SHIMIZU,2011), emite sinais claros de explosão com ocorrência de rebeliões, motins e fugas. A ausência de um modelo de gestão integrado do sistema penitenciário, faz com que o Estado, e, conseqüentemente, a sociedade, acumule derrotas e mais derrotas, devolvendo diariamente ao convívio social pessoas que não passaram por um processo de ressocialização, tendentes a reincidir na prática criminosa.

Diante dessa situação, o judiciário vem assumindo um maior protagonismo na busca de soluções efetivas. Vimos isso, em recentes julgados RE 592.581/RS e ADPF347 no Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a situação de violação

generalizada de direitos fundamentais e a inércia dos órgãos públicos em solucionar os problemas do sistema penitenciário.

Porém, antes de vermos os principais pontos das sentenças, convém explicar o entendimento doutrinário sobre a postura ativa do Judiciário em relação ao Poder Executivo e a execução de políticas públicas. Para o Ministro Barroso, o ativismo judicial ocorre para concretizar os objetivos da Constituição, o que requer uma maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem:

(i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de atente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2008. p.1).

Todavia, Mendes e Abboud (2019), chamam atenção para o perigo que constitui o ativismo judicial, quando este extrapola os limites da interpretação da Constituição. Para eles, o juiz ativista, sendo ele progressista ou o conservador, pode incorrer em erro nas suas decisões quando ele deixa de procurar a resposta no direito e a fabrique a partir da ideologia. Críticos da existência de qualquer divisão entre o bom e o mau ativismo, asseguram que o ativismo deve ser compreendido como a concretização da Constituição, atribuindo-lhe força normativa. Isto, portanto, não seria uma opção, e sim uma imposição constitucional.

No Estado Constitucional, pode-se divergir sobre aspecto políticos; contudo, na solução de questões jurídicas, não deveria haver discordância acerca da origem de toda e qualquer decisão judicial: as leis e a Constituição Federal. Qualquer outra coisa é, como adiantamos acima, discricionariedade (MENDES E ABBoud, 2019, P.5).

Os autores argumentam ainda que “o ativismo judicial é uma postura discricionária do Poder Judiciário, que redundaria em uma ingerência insidiosa frente ao Legislativo e ao Executivo (MENDES E ABBoud, 2019, p.5).” A defesa da mudança de mentalidade jurídica dominante que tem como ideia de bom ativismo, é neste sentido, um desafio a ser superado, já que para eles, defender o bom ativismo é defender o caráter discricionário da justiça.

No seu lugar, há de se colocar, como premissa inquestionável, que nenhum julgador – pouco importando sua posição na hierarquia judicial – tem o direito de ignorar os textos legais. Sob o jugo de uma Constituição como a de 1988, todos os julgadores são colocados “under the rule of law”, conforme o aviso que nos fora dado, já em 2008, por Augusto Zimmermann (MENDES E ABBoud, 2019, p.5).”

Em última análise, para os autores, o ativismo judicial levaria à interferência irregular e nociva do Poder Judiciário nas demais esferas do Estado, uma vez que a Constituição de 1988 previu para o Poder Judiciário, e para os demais poderes, funções atípicas, sendo o seu exercício restrito aos parâmetros desenhados pela engenharia constitucional.

Neste contexto, imperioso observar o que concluiu Ingeborg Maus (2000), ao analisar o crescente papel ativista da Corte Superior Alemã. A jurista demonstra preocupação quando o judiciário traz para si a instância moral da sociedade, isto porque agindo assim escaparia ela de qualquer mecanismo de controle social, que todas as instituições de Estado devem ser subordinadas. A autora tece críticas a postura do Judiciário Alemã, que age como a suprema instância definidora dos valores da sociedade que merecem ser protegidos.

Quando a Justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social — controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização política democrática. No domínio de uma Justiça que contrapõe um direito "superior", dotado de atributos morais, ao simples direito dos outros poderes do Estado e da sociedade, é notória a regressão a valores pré-democráticos de parâmetros de integração sócia l (MAUS, 2000, p.187).

Por outro lado, é imperioso reconhecer que o princípio da dignidade da pessoa humana positivado na Constituição de 1988, deixou de ter natureza meramente filosófica para ter força normativa, de tal modo, que justifica o controle judicial das políticas públicas. De acordo com Bucci (2009) há na contemporaneidade uma jurisdição mais ativa para efetivação dos direitos prescritos na Constituição e na legislação, superando o positivismo formalista, dando a Constituição à máxima aplicabilidade possível. Desta forma, já não se sustenta mais o argumento de imunidade absoluta do poder político ao controle jurisdicional. Todavia, é preciso que haja critérios dentro dos quais o exercício do controle é legítimo, isto porque não pode o Judiciário ter um atuação revisora dos atos do Poder Executivo ou Legislativo, à toda evidência, pois estaria usurpando as atribuições próprias daqueles Poderes, que são investidos por força do voto.

A autora destaca o sentido do termo irresponsabilidade política do Judiciário, que estaria intrinsicamente ligado à ideia de que o juiz não é conhecedor do ônus subjacentes em relação as escolhas que resultou em um determinado arranjo complexo de uma política pública, nem a composição de interesses que sustenta a

decisão política, tampouco assume as consequências pela interferência sobre a estratégia que orientou a adoção de um ato ou outro. Assim, ela defende que o universo da política pública é multifacetado e muito mais cheio de nuances do que aparenta, são portanto,

arranjos institucionais complexos, expressos em estratégias formalizadas ou programas de ação governamental, visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados, e resultam de processos conformados juridicamente. (BUCCI, 2009, p.10).

Assim feita às observações pertinentes, de que existem limites para atuação judicial que residem na própria Constituição e nas leis infraconstitucionais, passamos a analisar as recentes decisões do STF em relação ao sistema penitenciário, cuja efetividade, a partir do que vimos até momento, depende da compreensão de que se trata de uma política pública que possui um arranjo institucional complexo e que necessariamente envolve a participação de uma pluralidade de órgãos do Executivo, do Legislativo e do Judiciário.

Inicialmente, vejamos o Julgado RE 592.581/RS de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowsk. Em síntese, trata-se de Ação Civil Pública na qual o MPE requeria ao Judiciário determinar ao Executivo a realização de obras em estabelecimento prisional Albergue Estadual de Uruguaiana, que se encontrava em situação precária, submetendo aos presos à violação de sua integridade física e moral, situação vedada pela Constituição da República. No entendimento dos doutos desembargadores do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), que reformou a decisão de primeira instância, não cabe ao Judiciário interferir e determinar ao Poder Executivo a realização de obras, “mesmo pleiteadas a título de direito constitucional do preso, sob pena de fazer às vezes de administrador, imiscuindo-se indevidamente em seara reservada à Administração.” Ou seja, para o TJRS trata-se de uma violação e não cumprimento do que estabelece a Constituição, uma vez que viola o princípio da separação dos poderes, não cabendo ao Judiciário determinar ao Poder Executivo o cumprimento de ações que são de sua competência.

No entanto, esse não foi o entendimento do STF que reformou a decisão do TJRS, firmando a seguinte tese de repercussão geral,

É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da

Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes (RE 592.581/RS, 2015).

Já na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) número 347 de relatoria do Ministro Marco Aurélio, também em 2015, o plenário do STF reconheceu o “estado de coisas inconstitucional” do Sistema Carcerário Brasileiro e determinou, em caráter liminar, a realização de audiências de custódia, no prazo máximo de 90 (noventa) dias, bem como o descontingenciamento do Fundo Penitenciário Nacional. O reconhecimento do “estado de coisas inconstitucional” aplicada no referido julgamento, é uma tese jurídica adotada na Corte Colombiana, desde que presentes três pressupostos: situação de violação generalizada de direitos fundamentais; inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a situação; a superação das transgressões exigir a definição e implementação de políticas públicas pelo STF. Seguindo o Relator, a Corte entendeu que “a ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes representa uma verdadeira “falha estrutural” que gera ofensa aos direitos dos presos, além da perpetuação e do agravamento da situação.”

A análise doutrinária dessas decisões, coloca os juristas em duas frentes opostas: uma que defende a intervenção do Judiciário, em função do Princípio do mínimo existencial que decorre do princípio constitucional dignidade da pessoa humana. E outra contrária, pois fere a autonomia dos poderes, além de invocar o princípio da reserva do possível para execução de políticas públicas estruturantes, uma vez que estamos diante de um quadro cada vez mais de escassez dos recursos humanos, materiais e financeiros.

Neste contexto, é importante destacar o que já vimos anteriormente sobre o risco a ser considerado quando o Judiciário chama para si a responsabilidade de intervir nas atribuições dos demais poderes, especificamente do Poder Executivo, na implementação das políticas públicas. Todavia, nas hipóteses em análise, nos filiamos àqueles que acreditam que a Corte atendeu preceitos constitucionais que são fundamentais para assegurar a dignidade da pessoa humana e fez uma interpretação conforme. As decisões reafirmam na verdade o caráter híbrido, misto, complexo da Execução Penal, exigindo a absoluta integração entre os poderes, sobretudo o Poder Executivo e Judiciário, que necessariamente precisam convergir, por força da LEP, para juntos executarem a Execução Penal. A situação do sistema penitenciário

brasileiro vem se arrastando de longa data, sem que as autoridades públicas executem, em especial atenção do Poder Executivo, uma estratégia de gestão de caráter nacional que seja eficiente. De modo que, não há que se falar em reserva do possível e muito menos reclamar imunidade absoluta do poder político ao controle jurisdicional.

Entretanto, a dúvida está quanto efetividade das decisões, já que o comando para que as autoridades implementem políticas públicas, não nasce de um processo dialógico, e sim de uma decisão judicial. De modo que, cabe questionar se seria esse formato a melhor solução para a resolução dos problemas do sistema penitenciário? É o que trataremos a seguir.

3. A NATUREZA HÍBRIDA DA GESTÃO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO

Como vimos até aqui a gestão do sistema penitenciário envolve atos administrativos e jurisdicionais, tem natureza híbrida, o que obriga, necessariamente, a sinergia entre os diferentes atores para que tenhamos eficiência e efetividade em sua execução. Assim, recuperando o que nos ensina Secchi, mencionado no início deste artigo, podemos afirmar que não existe por partes dos atores, quais sejam, os partidos políticos, os agentes políticos e as organizações não governamentais uma sinergia para que haja uma agenda planejada, com alinhamento de eixos, diretrizes e ações conjuntas. Parte hoje do Poder Judiciário, decisões judiciais para que o Poder Executivo cumpra com seu dever. No entanto, quando isso acontece, o caminho adotado não é o do diálogo e sim da imposição judicial, portanto, deve ser cumprida.

Entretanto, a imposição judicial confronta com a natureza do arranjo institucional do Sistema Penitenciário, pois este exige um entrosamento entre os órgãos do Poder Judiciário, Executivo e, em certa medida, do Legislativo, em sua execução. É necessário ter complementaridade em função da interdependência, o que faz com que o diálogo permanente entre eles se torne em algo necessário. Portanto, antes das decisões judiciais, é preciso estabelecer canais permanente de diálogo, sendo esse um velho desafio e, porque não dizer, o principal desafio a ser superado.

Um exemplo da ausência de diálogo entre os diferentes atores que atuam na execução penal pode ser observado, quando se acompanha inúmeros casos de pessoas que cumpriram a sua pena, mas que permanecem por anos nos estabelecimentos penitenciários. Um balanço do Conselho Nacional de Justiça (CNJ,

2013) sobre os 53 meses de funcionamento dos mutirões carcerários, que começaram em agosto de 2008, revela que é assustador o número de detentos que permaneceram encarcerados depois de extinta a pena: dos 451.828 processos analisados, pelo menos 47 mil detentos, ou 10,40% do total, estavam presos indevidamente e foram postos em liberdade.

Outro velho desafio, como vimos anteriormente, parte da constatação de que são péssimas as condições dos estabelecimentos penitenciários brasileiros, agravada pela incapacidade do governo federal e dos estados construírem estabelecimentos penitenciários adequados, para que a pessoa presa cumpra a sua pena em condições de respeito a sua dignidade. As condições são tão precárias, que o ex-Ministro da Justiça, José Eduardo Cardoso, disse em um jantar organizado por um grupo de empresários paulistas, que preferia morrer do que passar anos na prisão (UOL NOTÍCIAS, 2013).

Frente a esse contexto, sem dúvida, a instalação da audiência de custódia, com todas as limitações para sua implementação, nos parece ser uma iniciativa importante, cujo seu funcionamento depende do diálogo com Poder Executivo. A ação foi determinada na ADPF 347 e visa implementar o Pacto de São José da Costa Rica, que assegura a pessoa presa apresentação a um juiz no prazo máximo de 24 horas. Essas mesmas disposições também são objeto do Termo de Cooperação Técnica assinado em 2015, pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o Ministério da Justiça (MJ), que tem como objetivo fundamentalmente conjugar esforços para dar efetividade à execução da audiência de custódia.

visando à efetiva implantação do projeto Audiência de Custódia, de modo a fomentar e viabilizar a operacionalização da apresentação pessoal de autuados (as) presos (as) em flagrante delito à autoridade judiciária, no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas após sua prisão. Contando com o apoio do efetivo funcionamento de Centrais Integradas de Alternativas Penais, Centrais de Monitoração Eletrônica e serviços com enfoque restaurativo e social, aptos, em suma, a oferecer opções concretas e factíveis ao encarceramento provisório de pessoas (TERMO DE COOPERAÇÃO TÉCNICA, 2015, p.02)

Destaca-se que a Lei n.º 13.964/2019, conhecida como pacote anticrime, alterou diversas leis, dentre elas o Código de Processo Penal (CPP) e regulamentou a audiência de custódia, nos seus artigos 287 e 310.

No entanto, com exceção de poucas iniciativas, a exemplo da audiência de custódia, ainda não existe uma ação conjunta, o que temos é na verdade a reação de gestores públicos e de legisladores que trabalham na lógica da agenda formulada pela

mídia, que na concepção de Secchi, quase sempre é construída no calor dos acontecimentos, e ao invés de se buscar a construção de um arranjo institucional integrado, foca-se em decisões paliativas. E, no caso do sistema penitenciário, a construção de novos presídios sempre se apresenta como a uma estratégia central para a resolução do problema da superlotação.

Para muitos, o caminho para Administração Pública em relação ao sistema penitenciário é envolver o setor privado na construção e gestão de estabelecimento prisionais. De acordo com Rostirolla (2015), não é uma novidade no Brasil a parceria público privado no sistema penitenciário, todavia ele defende que essa parceria se estenda a todos os serviços assumindo por completo a administração prisional.

No Brasil, a iniciativa privada já participa da gestão prisional há algum tempo. A ideia de gestão compartilhada é aplicada em larga escala país afora, onde a administração pública terceiriza serviços pontuais do dia a dia prisional, como alimentação, serviços de lavanderia, uniformes etc. O sistema de gestão compartilhada/terceirização já é amplamente explorado por dezenas de estados da federação, não havendo novidades nesse sentido. O que é novidade é o ente privado assumir por completo a administração prisional, ou seja, por meio das PPP, que consolidam e aprimoram o sistema de gestão do serviço público por uma empresa privada (ROSTIROLLA, 2015, p.76).

É bem verdade que a terceirização do sistema penitenciário existe há tempos no Brasil, por essa razão pode-se afirmar que nem mesmo a iniciativa privada foi capaz de impedir a superlotação dos presídios e a ocorrência de novos ilícitos nas unidades prisionais. Em 2016 e início de 2017, o mundo acompanhou estarecido as rebeliões que ocorreram nos estados do Amazonas, Roraima e Rio Grande do Norte. No Estado do Amazonas a gestão era a época terceirizada e de acordo com relatório produzido pelo Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT) morreram 67 pessoas, deixando pessoas não localizadas e feridas. O relatório apontou ainda as principais causas para ocorrência dos massacres,

Em Manaus, onde 67 presos mortos em três prisões, 60 mortos só no Complexo Penitenciário Anísio Jobim (Compaj), o relatório do Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT), de janeiro de 2016, identificou problemas e características que poderiam estar relacionadas à violenta rebelião, tais como a omissão estatal frente à execução penal, afetando a segurança jurídica e a vida das pessoas presas. Ademais, foi apontada a privatização, modelo adotado pelo sistema prisional amazonense, como um dos fatores de fragilização do sistema. Diante do cenário encontrado, foram realizadas recomendações ao estado, como a elaboração de um Plano de Redução da População Carcerária, envolvendo órgãos do poder público estadual e federal; a aplicação de medidas alternativas à prisão; a realização de concurso público para contratação de agentes penitenciários.

Assim, o que temos no Brasil hoje são iniciativas individuais com pouco sucesso de modelo de gestão do sistema penitenciário e quase nenhuma sinergia

entre os poderes para encontrar uma solução que seja definitiva. A posição do Judiciário em determinar judicialmente que o Poder Executivo abandone sua inércia diante desta política pública é relevante e tem um caráter educativo, mas é pouco eficiente. Andrade (2017), analisou o resultado efetivo das ações civis públicas impetradas pelo MPE do Paraná com vista a obter melhorias para o sistema penitenciário daquele estado. Para ele, apesar das ações, não houve melhoras significativas, concluindo que o melhor caminho ainda é o do diálogo entre os poderes até mesmo com meio de concretizar o importante papel do Ministério Público frente à Política do Sistema Penitenciário.

[...] cabe o alerta de que, sozinho, o Ministério Público nada fará. As soluções perpassam pelo diálogo, de modo que o Poder Público – e também o Judiciário – têm de estar engajados na melhoria do problema, a despeito de interesses políticos. Aí, e apenas aí, residirá o poder de demanda do Promotor de Justiça, fiscalizador dos demais poderes. Cabe à Administração o estudo de políticas públicas capazes de minar a superpopulação, ao Judiciário a adoção de medidas descaracterizantes e efetivamente cumpridoras dos objetivos da LEP, e ao Legislativo a edição de legislações capazes de possibilitar tal intento (ANDRADE, 2017, p.461).

Assim, pode-se afirmar que diante da necessidade de diálogo obrigatório entre os diferentes órgãos que compõem a execução penal, não se mostra efetivo, conforme nos mostra o estudo de Andrade, resolver os problemas a serem enfrentados tendo como único recurso à força das decisões judiciais, antes, porém, seria interessante buscar consolidar espaços de gestão no âmbito administrativo, na qual o diálogo na busca de soluções seja o caminho a ser percorrido.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo buscou problematizar se ativismo do Judiciário frente aos problemas enfrentados pelo sistema penitenciário é o melhor caminho a seguir. Pelo arranjo institucional de gestão do Sistema Penitenciário brasileiro, previsto na Lei de Execução Penal, ainda que seja positiva a postura do Judiciário, em especial do STF em fazer valer os princípios constitucionais de não violação à dignidade humana, não se pode lograr êxito em sistema complexo que envolve diversos atores a simples imposição judicial.

Acreditamos que o único caminho passa definitivamente pela capacidade do diálogo entre os poderes e todos os demais atores envolvidos. Mas para isso, o Brasil precisa entregar para sociedade um arranjo institucional que efetivamente, transforme

a gestão do sistema penitenciário pela sua complexidade em algo unificado, de caráter nacional e integrado com todos os órgãos de execução penal, tomando como modelos, no que couber, o Sistema Único de Saúde (SUS) e o Sistema de Assistência Social (SUAS), que apesar dos problemas enfrentados, tem na sua origem o diálogo com diferentes atores uma premissa a ser observada.

Assim, a integração dos diferentes atores envolvidos com a gestão do sistema penitenciário não é um ato de discricionário, mas um dever para com os presos que tem os seus direitos constantemente violados nos estabelecimentos penitenciários, e dos próprios servidores que também sofrem, pois desempenham suas atribuições em condições precárias.

Enquanto isso não acontece, vamos acompanhar decisões não sendo cumpridas, em alguns casos, não por má vontade dos gestores, mas pela incapacidade orçamentária e financeira para fazer cumprir as determinações judiciais. Por consequência, muitos responderam ações que poderiam ser resolvidas caso à busca da solução fosse pautada no diálogo sério e responsável de todos os envolvidos, afinal, os problemas do sistema penitenciário não é de um governo, de uma gestão, mas é resultado do descaso de décadas, tanto por parte dos poderes constituídos quanto da própria sociedade.

REFERÊNCIAS:

ANDRADE, Felipe Texeira. **A fiscalização do sistema penitenciário pelo Ministério Público: falência da judicialização das políticas públicas**. revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná. Ano 4, n. 6, 2013, p. 417-461.

BRASIL. Constituição (1988). LEI Nº 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984. **Lei de Execução Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 10 de maio de 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Banco Nacional de Monitoramento de Prisões – BNMP2.0**, Brasília: CNJ, 2018. <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/cadastro-nacional-de-presos-bnmp-2-0/>. Disponível em: Acesso em: 10 de maio de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 347 MC/DF**. Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, Julgamento em 09/09/2015, Diário de Justiça de 18/02/2016. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>
Acesso em: 10 de maio de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 592581/RS**. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, Julgamento em 13/08/2015, Diário de Justiça de 29/01/2016. Disponível em: . <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/592581.pdf>
Acesso em: 10 de maio de 2020

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Termo de Cooperação Técnica n. 007/2015, celebrado entre o CNJ, o Ministério da Justiça e o Instituto de Defesa do Direito de Defesa.** Disponível: www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/10/f4787a2be248561964bb3d10a7c3bc22.pdf. Acesso em: 15 de maio de 2020.

BRASIL. Ministério de Direitos Humanos. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT). Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (CNPCT), 2018. **Relatório de Missão de Acompanhamento ao Sistema Prisional dos Estados do Amazonas, Rio Grande do Norte e Roraima**. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT): Ana Claudia Camuri, Fernanda Givisiez e Valdirene Daufemback. 173 p. Disponível: https://www.gov.br/mdh/pt-br/acesso-a-informacao/participacao-social/mecanismo-nacional-de-prevencao-e-combate-a-tortura-mnpct/web_final_RelatriodeMonitoramentodeRecomendaes.pdf Acesso em: 15 de maio de 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Disponível em: https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=4. Acesso em: 10 de maio de 2020.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Controle judicial de políticas públicas: possibilidades e limites.** Fórum Administrativo: Direito Público [recurso eletrônico], Belo Horizonte, v. 9, n. 103, p. 7-16, set. 2009. Disponível em: <<http://dspace.xmlui/bitstream/item/5800/PDlexibepdf.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 02 janeiro de 2020.

CAMPOS, J. de C.; SOUSA, R.R. **O adoecimento psíquico do agente penitenciário e o sistema prisional:** Estudo de caso – Sete Lagoas. *In*: ENCONTRO DA ANPAD, 35, 2011, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.anpad.org.br/admin/pdf/GPR1760.pdf>. Acesso em: 10 de maio de 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ. **Mutirão Carcerário.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/sistema-carcerario-eexecucao-penal/pj-mutirao-carcerario>>. Acesso em 15 de maio de 2020

DEPEN – DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Modelo de Gestão para a Política Prisional.** Brasília, 2016. Disponível em: http://http://www.justica.gov.br/modelo-de-gestao_documento-final.pdf. Acesso em: 20 de maio de 2020.

DEPEN – DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Sistema de Informações Penitenciárias (Infopen)**. Brasília, 2017. Disponível em: <http://dados.mj.gov.br/dataset/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias>. Acesso em: 20 de maio de 2020.

FINCATO, Denise Pires; GILLET, Sérgio Augusto da Costa. **A Pesquisa Jurídica sem Mistérios: do Projeto de Pesquisa à Banca**. 3 ed. rev. atual. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2018.

FURTADO BA, Sakowski PAM, Tóvoli MH (Org.). **Modelagem de sistemas complexos para políticas públicas**. 1ed. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; 2015. Capítulo 1, **Abordagens de Sistemas Complexos para Políticas Públicas**. Disponível: <file:///C:/Users/Gleidy%20Braga/Downloads/Modelagem%20de%20sistemas%20complexos%20para%20políticas%20publicas.pdf>. Acesso em: 20 de maio de 2020.

FURUKAWA, Nagashi. **O PCC e a Gestão dos Presídios em São Paulo**. Revista Novos estud. - CEBRAP no.80 São Paulo Mar. 2008. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010133002008000100003&script=sci_arttext. Acesso em: 20 de maio de 2020.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Natureza Jurídica da Execução Penal**, in GRINOVER, Ada Pellegrini (coord). **Execução Penal: mesas de processo penal, doutrina, jurisprudência e súmulas**. São Paulo: Max Limonad, 1987.

MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como superego da sociedade: sobre o papel da atividade jurisprudencial da “sociedade órfã”**. Tradução Martonio Lima; Paulo Albuquerque. Novos Estudos. São Paulo: Cebap, n. 58, nov. 2000, p. 187.

LIMA, Regina Campos. **A Sociedade Prisional e suas facções criminosas**. Londrina: Edições Humanidades, 2003. Disponível em: <https://unifil.br/materiais/direito/materiais/erika/ASociedadePrisional.doc.php>. Acesso em: 20 de maio de 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. Saraiva: São Paulo. p. xx, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; ABBOUD, Georges. **Ativismo judicial: notas introdutórias a uma polêmica contemporânea**. Revista dos tribunais, v. 108, n. 1008, p. 43-54, out. 2019.

PAIXÃO, Antônio Luiz. **Recuperar ou punir? Como o Estado trata o criminoso**. São Paulo: Cortez, p.106.1997.

RIBEIRO, Gleidy Braga. **O agente penitenciário e a criação da polícia penal: um debate sobre identidade e reconhecimento social**. 1ªed. Curitiba. Editora Appris, 2020.

ROSTIROLLA, Luciano. **A adoção das parcerias público-privadas no sistema prisional como medida efetiva para reinserção social dos presos**. Revista do

Ministério Público de Goiás. Disponível.
http://www.mp.go.gov.br/revista/pdfs_14/8artigo22FINAL_Layout_1.pdf Acesso: 20 de maio de 2020.

SOUZA, C. **"Políticas públicas: uma revisão da literatura"**. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 8, nº 16, 2006, p. 20-45. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-45222006000200003. Acesso em: 20 de maio de 2020.

SECCHI, L. 2010. **Políticas Públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos**. São Paulo: Cengage Learning, p-35 53, 2010.

SHIMIZU, B. **Solidariedade e gregarismo nas facções criminosas: um estudo criminológico à luz da psicologia das massas**. Dissertação de Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-31072012-092234/pt-br.php> Acesso em: 20 de maio de 2020.

UOL Notícias. **Ministro da Justiça diz que prefere morrer a ficar preso por anos no país**. Disponível em: . Acesso em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/efe/2012/11/13/ministro-da-justica-diz-que-prefere-morrer-a-ficar-preso-por-anos-no-pais.htm> Acesso em: 20 de maio de 2020.

SIGNIFICAÇÃO NÃO É ESCOLHA: DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL, CONCEITOS ABERTOS E SEMIÓTICA¹

Guilherme Pupe da Nóbrega²

SUMÁRIO: Introdução; 1. Algumas premissas teóricas que merecem revisita; 2. A assimilação da prática pela significação; 3. A semiologia do poder; 4. Significação, desconstrução e reconstrução; Conclusão; Referências.

RESUMO: Um dos principais argumentos invocados por aqueles que admitem a discricionariedade judicial é o caráter supostamente ineliminável de alguma margem de arbítrio ou de voluntarismo na tarefa de preenchimento de sentido, notadamente diante de conceitos abertos ou abstratos, como tantos existentes no direito. É de se indagar, porém: a atividade de significação é discricionária, fruto de uma escolha (livre)? Este artigo, ao responder à questão, se funda em hipótese que falseia o raciocínio, divisando na discricionariedade uma replicação e estereotipação de um discurso de poder. Com isso, o propósito do trabalho é desvelar de fato o que estaria por detrás da ideologia de que conceitos amplos autorizariam maior desenvoltura interpretativa e decisória.

PALAVRAS-CHAVE: discricionariedade judicial; significação; semiótica; semiologia.

MEANING IS NOT CHOOSING: JUDICIAL DISCRETION, OPEN CONCEPTS AND SEMIOTICS

ABSTRACT: One of the main arguments invoked by those who admit the existence of judicial discretion is the supposedly unavoidable margin of discretion or voluntarism in the task of filling in meaning, notably in the face of open or abstract concepts, like so many existing in law. It is worth asking, however: is the task of meaning discretionary? A result of a (free) choice? This article, when answering the question, is based on a hypothesis that distorts reasoning, seeing in discretion a replication and stereotyping of a discourse of power. Thus, the purpose of the work is to unveil in fact what would be behind the ideology which believes that broad concepts would allow greater interpretive and decision-making ability.

KEYWORDS: judicial discretion; meaning; semiotics; semiology.

¹ Artigo Científico apresentado à disciplina Desafios Contemporâneos da Ordem Constitucional do Doutorado em Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), em maio de 2020.

² Advogado, especialista em Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Civil, *Compliance* e Arbitragem. Professor de Direito Processual Civil. Doutorando em Direito pelo IDP.

INTRODUÇÃO

Os chamados conceitos abertos, ou “indeterminados” (*sic*)³, são frequentemente invocados como válvula de escape da discricionariedade judicial, dita uma “irreduzível margem de livre apreciação do juiz”.⁴ Vendo na polissemia, na ambiguidade, na vagueza ou na porosidade⁵ distintas possibilidades válidas, não raro se atribui à operação cognitiva uma espécie de pinçamento de significados, uma tarefa volitiva, particular e livre, porque incontrolável. Eis, porém, que surge a indagação-problema: será, de fato, que a significação implica escolha? Seria a discricionariedade uma consequência inafastável na tarefa de preenchimento de sentido de conceitos jurídicos?

Minha hipótese é a de que a significação, na realidade, talvez forneça campo exatamente em favor das limitações que cercam a aplicação judicial do direito, não sendo livre exatamente porque passível de controle — endógeno e exógeno — e porque, conquanto conviva no seu nascedouro com o íntimo do intérprete, necessariamente passará pela mediação/filtragem do direito enquanto sistema.

De modo a explorar a hipótese acima, a semiótica se revelou para mim, metodologicamente, uma abordagem inevitável. Isso porque, entendendo-a, *grosso modo*, como um estudo dos sentidos, pareceu-me imprescindível nela incursionar, tanto para investigar a significação do fundamento “discricionariedade judicial” como, também, para testar aquele que seria um dos principais estopins para sua manifestação: a suposta margem de “escolha” conferida aos juízes diante de conceitos abertos, polissêmicos, abstratos, vagos ou ambíguos.

No vasto campo da semiótica, busquei, então, concentrar-me na semiótica jurídica⁶ e, mais especificamente, naquela que seria uma das etapas mais recentes⁷

³ “(...) não existem conceitos indeterminados. Se é indeterminado o conceito, não é conceito. O mínimo que se exige de uma suma de ideias, abstrata, para que seja um conceito é que seja determinada.” GRAU, 2005, p. 231-232.

⁴ Larenz, com fundamento na textura aberta de Hart. LARENZ, 1997, p. 413.

⁵ Polissemia pressupõe um termo com vários sentidos; ambiguidade pressupõe ausência de clareza sobre o elemento que se integra no conceito enunciado; vagueza pressupõe grande carga informacional, mas pouca compreensão; porosidade pressupõe o ingresso num conceito de elementos significantes de outras áreas. CORDEIRO, 1997, p. 1.177.

⁶ Embora não vá me aprofundar, não posso deixar de reconhecer a importância de determinados autores para a autonomia de uma semiótica sobre o Direito: KALINOWSKI, 1986; DUBOUCHET, 1990; GREIMAS, 1976; JACKSON, 1987.

⁷ Dignos de nota os estudos de Lourival Vilanova (As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo, 1977), Tércio Sampaio Ferraz Jr. (Direito, retórica e comunicação, 1973; e A ciência do Direito, 1977) e Paulo de Barros Carvalho. BITTAR, 2005, p. 426-427; BITTAR, 2017 (e-book).

de seus estudos no Brasil, sob a influência decisiva⁸ de Luís Alberto Warat. Feito o recorte, e de modo a qualificar minha leitura sobre o referencial em Warat, (re)visitei suas premissas teóricas, enfocando as vertentes e as escolas manuseadas para estruturação de suas ideias.

Em suma, se o problema deste trabalho reside em saber a atividade de significação seria ou não discricionária, o caminho para buscar responder àquela pergunta fez emergir de modo muito natural uma pesquisa bibliográfica profunda em matéria semiológica/semiótica, analisando-se criticamente conceitos e conceituação. Meu objetivo, ao fim e ao cabo, é o de falsear ou confirmar a validade da discricionariedade como álibi teórico para uma aplicação mais desenvolta do direito, analisando criticamente aquela ideia-conceito.

1. ALGUMAS PREMISSAS TEÓRICAS QUE MERECEM REVISITA⁹

A bem da clareza, devo advertir que compreendo a semióse como ciência que se ocupa do estudo dos signos (linguísticos ou não), da construção de significado e da comunicação, no que se especializa diante da linguística em razão do fato de essa estudar a língua, a fala e a linguagem. Desse objeto amplo que nos fornece aquela disciplina, seria possível desmembrar duas vertentes teóricas de origem quase simultânea: a semiologia e a semiótica.

O primeiro principal teórico da semiologia foi Ferdinand Saussure, que, ao enunciar uma espécie de “teoria pura” da língua (WARAT, 1984. P. 20), fundou a epistemologia linguística — ainda que com contaminação positivista —, uma metalinguagem sobre linguagens, propondo um estudo universal sobre as leis de organização e de estruturação da língua e a significação dos signos em sua organização ou funcionalidade, mais que em seu sentido imanente. Uma metodologia, enfim, com pretensão de ser geral, aplicável aos sistemas sígnicos (WARAT, 1984. P. 11), dissociada para tanto do objeto-língua, “produto social da faculdade de linguagem e um conjunto de convenções necessárias, adotadas pelo corpo social para permitir o exercício dessa faculdade nos indivíduos.” (ILARI, 2004, p. 57) Uma metodologia

⁸ Também se revelou importante em minhas pesquisas o conceito de *juridicidade* que é foco do trabalho de BITTAR, 2017 (e-book).

⁹ Em linha com o que aduzido na introdução, a revisita às premissas teóricas de Warat são indispensáveis para que bem se compreenda a evolução na construção de sua tese.

individual, contingencial, historicamente localizada e mediada por critérios psicológicos e hermenêuticos que relativizariam a pretensão original de uma ciência de índole geral.

Apesar desse recorte que propôs, Saussure, curiosamente, não deixou de admitir haver no processo de significação um arbítrio na correspondência entre significante e significado, em razão de esse último partir de convenções sociais sem justificações, porque estabelecadoras de elo sem correspondência na realidade física. O significante-referente desperta no interlocutor uma imagem acústica, uma marca psíquica, confere “uma ideia a um suporte fonético” (WARAT, 1984. P. 25), uma impressão-significado que nos dá “o testemunho de nossos sentidos” (SAUSSURE, 1989, p. 80), mas tudo isso fruto de máximas sociais internalizadas. Essa origem convencional explicaria, por exemplo, o fato de um mesmo significante poder possuir distintos significados em diferentes línguas. Lado a lado com a arbitrariedade, sem prejuízo, estaria a linearidade do signo, a fazer com que ele transcenda a vontade humana para depender da língua como dado coletivo para produzir sentido (CARMELO, 2003, p. 143).

Simultaneamente, mas de forma independente da semiologia, a semiótica se desenvolve inicialmente com Charles Sanders Peirce, a quem também é creditada a raiz do pragmatismo (WARAT, 1984. P. 13). Pretendendo estudar todos os tipos de ações sígnicas — o que tornaria discutível se não seria a própria semiose seu objeto —, a semiótica universalizante de Peirce, diferentemente da concepção dualista de Saussure (significante-significado), adota uma concepção triádica (veículo sígnico ou *representamen*-interpretante-objeto).

A integração do interpretante torna a análise de Peirce de cariz mais subjetivo. Dirá ele, por exemplo, que “todo símbolo é, em sua origem, ou uma imagem da ideia significada, ou uma reminiscência de alguma ocorrência individual, pessoa ou coisa, ligada a seu significado, ou é uma metáfora.” (WARAT, 1984. P. 13) Esse contato com o subjetivo, nada obstante, não desvestiria sua teoria dos traços do positivismo lógico, representado, em sua ciência, pela pretendida definição de critérios para uma exatidão do pensamento (PEIRCE, 2005, p. 41 e 45).

A partir de signos, pensamos e recorremos à abstração para formulação de novos signos, equivalentes ou talvez mais desenvolvidos. Estímulos sensoriais-signo (*representâmen*) incitam a atividade-pensamento sobre os signos, produzindo... signos (interpretantes). Essa incursão interior — ou observação abstrativa — não se

dá sem um confronto entre impressões (ou ideias, chamadas por Peirce de fundamentos do *representâmen*) e uma inteligência científica, isto é, uma inteligência capaz de aprender com a experiência. Esse processo, segundo o autor, “no fundo se assemelha muito ao raciocínio matemático” e por meio ele “podemos chegar a conclusões sobre o que seria verdadeiro a respeito dos signos em todos os casos, conquanto que fosse científica a inteligência que deles se serviu.” (PEIRCE, 2005, p. 45)

A lógica de Pierce vai ao ponto de segmentar o processo de pensamento que revela a interpretação, cindindo-o em (i) primeiridade, domínio do sensorial, do emocional, quando se capta de modo fugaz as qualidades de algo e que precede qualquer elaboração; (ii) secundidade, domínio da realidade, quando se confronta a consciência de algo concreto; e (iii) terceiridade, que compreende o pensar, a própria racionalidade. Em resumo, impressão, constatação e reflexão. Na perspectiva do intérprete, o signo inicialmente se coloca como um potencial qualitativo, uma possibilidade de significação; na segunda etapa, se presta a uma asserção, uma proposição; e, na terceira etapa, há uma ordenação da conjunção à luz de seu contexto, do que resulta para o interpretante um argumento.

Com a terceiridade, pois, dá-se início a uma nova fase, agora de validação dos fundamentos (subramo semiótico da *grammatica speculativa* ou gramática pura) a partir da inteligência científica a seu respeito, processo esse de que resultará o significado. Os critérios para essa aferição são fornecidos pela lógica (outro subramo que consiste na “ciência formal das condições de validade da representação”), cabendo à retórica (derradeiro subramo) o estudo das leis segundo as quais na inteligência científica um signo é capaz de originar outro signo e como um pensamento acarreta outro pensamento.

A partir de Peirce, Charles Morris mais bem definiria as subdivisões da semiótica, situando a sintaxe como relação dos signos entre si, a semântica como relação do signo com seu objeto e o pragmatismo como relação do signo com o usuário (MORRIS, 1944, p. 13, 21 e 29). Com foco preponderantemente nas duas primeiras classes¹⁰, o neopositivismo lógico ganharia então proeminência. Nascido

¹⁰ Traçando um paralelo entre o neopositivismo lógico e o direito, o formalismo identificaria a linguagem jurídica com critérios sintáticos que orientariam o exame do texto legal; já o realismo norteamericano se centraria nas condições semânticas, enaltecendo as sentenças como verdadeiras normas, porque dotadas de maior correspondência com a realidade. WARAT, 1984, p. 44.

sob a influência do “primeiro” Wittgenstein e do Círculo de Viena, ele divisaria a linguagem como mecanismo de controle do conhecimento, pretensamente abandonando a metafísica para centrar-se filosoficamente em questionamentos essencialmente linguísticos, como as condições ideais de fala sobre signos, que funcionariam para obtenção de discursos científicos mais rigorosos (WARAT, 1984, p. 37 e 39). A ambição era a de um “critério de significação para os enunciados da ciência a partir de uma teoria da verdade, vendo-a não como uma propriedade de certos enunciados (proposições), mas sim como uma relação de concordância ou correspondência com algum estado de coisas existentes.” (WARAT, 1984. P. 45)

Rudolf Carnap foi um dos principais expoentes daquela corrente, propondo uma teoria da construção de toda a linguagem apoiado na premissa de que, despida a filosofia de todos os seus componentes não científicos, o que sobraria seria a lógica, que haveria de ser transferida para a linguagem por meio de uma sintaxe da linguagem científica (CARNAP, 1937, p. 7-8 e 279).

A semântica, de sua vez, em Carnap, cuidaria da relação entre os signos e os objetos e, na esteira do que bem caracterizou o positivismo da época, pressupunha a verificabilidade empírica como condição para uma proposição semanticamente verdadeira — ou uma “condição positivista de sentido.” (WARAT, 1984, p. 41)

Carnap, nessa linha, enuncia um “método para análise semântica da significação” (CARNAP, 1948, p. 202), que se prestaria a realizar um crivo entre os argumentos contidos no discurso pretensamente científico e o campo objetivo por ele, discurso, referido (TARSKI, 1968, p. 304-305). Nesse sentido, conceitos somente poderiam se prestar a dar sentido a uma proposição se suas propriedades designativas permitissem uma denotação referida a estados de coisas preexistentes (WARAT, 1984, p. 43) — inevitável o paralelismo com a discricionariedade fraca de Dworkin.

Com uma leitura enviesada pelo formalismo e pelo empirismo, os neopositivistas não tematizariam a pragmática como dimensão da linguagem, deixando de considerar o importante papel da ideologia no processo de significação (WARAT, 1984, p. 46).

Se o neopositivismo lógico tinha na linguagem comum algo sabidamente deficiente — deficiência essa contrastada e tornada evidente por um ideal de linguagem logicamente perfeita —, a Filosofia da Linguagem Ordinária, ao contrário, buscou explorar precisamente os equívocos comunicacionais resultantes da

necessária imprecisão das significações (WARAT, 1984, p. 63). A tentativa de suprimir a metafísica da linguagem, privilegiando no processo a sintaxe e a semântica, dá lugar à pretensão de se estreimar da linguagem a própria filosofia e os problemas que ela própria criaria, privilegiando-se para tanto, no processo, a pragmática. O estabelecimento de critérios rígidos para uso de definições na produção de discurso científico cede espaço à elucidação dos sentidos no uso comum dos termos.

Rompe-se com um ideal de univocidade epistemológica e com o paradigma de enunciados (ou conjuntos de significantes) encarados a partir de um sistema abstrato de denotação e de harmonização dos atos comunicacionais, deslocando-se as preocupações para a linguagem natural e para os efeitos de sentido resultantes dos propósitos significativos dos emissores e dos contextos de uso dos signos (WARAT, 1984, p. 65-66).

Ganham força os elementos extralinguísticos; o estudo do enunciado dá lugar ao da enunciação e dos aspectos que cercam a produção de significação. Por essa perspectiva, a semiologia, na vertente da linguagem ordinária, passa a examinar não apenas o significado de base, mas o significado contextual à luz do jogo das evocações de significação (conotação) produto muitas vezes de ideologia, contrapondo-o, jogo, ao sistema conceitual-denotativo enunciado. Isto é, o objeto de atenção passa a ser o discurso, a pressupor um conjunto de relações extralinguísticas (WARAT, 1984, p. 82-83).

Nesse particular, as chamadas definições persuasivas desempenhariam papel importante por, a partir de cargas emotivas — *plus* de significado valorativo atribuído pelo emissor e que acompanha o sentido descritivo —, dar a aparência de constatação empírica a um valor do emissor. No direito, especificamente, essas definições persuasivas seriam reforçadas por uma estrutura que vislumbra em determinados institutos alta carga valorativa, mas com anemia significativa: os estereótipos, elementos nucleares de transmissão de conteúdos ideológicos para consolidação e aceitação de valores dominantes numa sociedade (ou termos “com eficácia comunicativa a partir da força conotativa vinculada a seu significante”) (WARAT, 1984, p. 72). Daí que, “quando o legislador introduz estereótipos nas normas gerais, está autorizando os juízes a produzirem, em suas sentenças, definições persuasivas” (WARAT, 1984, p. 71), ou justificações e legitimações travestidas de explicações.

Se a falibilidade da linguagem ordinária inadmite a ideia de uma significação de base plena, esse traço se acentua nas hipóteses de vagueza e de ambiguidade.

Quando não há limites denotativos claros, caberá à pragmática auxiliar nas decisões auxiliares que permitirão ao receptor incluir ou afastar classes ou subclasses terminológicas em uma denotação.

Eis que a retórica (res)urge como uma metalinguagem do discurso centrada nos recursos persuasivos. Em meio ao pragmatismo, diverge ela da teoria *saussuriana* para, em lugar de buscar leis gerais que guiariam linguagem específicas, buscar diretrizes particulares dos discursos, regrando assim a partir do nível do indivíduo. Ou seja, a linguagem é vista como atividade que admite convenções a partir dos sujeitos da fala, e não (ou não apenas) leis gerais aplicáveis a qualquer linguagem (WARAT, 1984, p. 85-86).

Ao debruçar-se sobre a prática, a retórica admite e busca estudar as dimensões políticas da significação, abandonando a redução do conhecimento a uma instância lógica como critério único de análise discursiva (PERELMAN, 2005, p. 1). O demonstrável e o matematizado dão lugar a uma lógica do razoável (SICHES, 1973, p. 22-23). O vazio deixado pelo reconhecimento da impossibilidade de demonstração é então ocupado pela persuasão e pelo convencimento, de cujas condições se ocupará a retórica moderna, por exemplo, por meio da construção de instância ideal de interlocução que funcionaria, no íntimo do emissor, como horizonte a ser perseguido em sua missão de convencer: o auditório universal (PERELMAN, 2005, p. 86).

Sem prejuízo da incursão na linguagem prática e de um olhar discursivo sobre as dimensões políticas da significação, até mesmo a retórica ficaria aquém de um exame mais aprofundado do papel e da influência do discurso — particularmente o discurso jurídico — no todo, seja esse todo o direito ou a sociedade. Se, modernamente, a semiologia tem avançado sobre os “processos de produção e de transformação das significações conotativas (ideológicas) no seio da comunicação social” (WARAT, 1984, p. 100), seria uma atitude reducionista seguir no caminho que enxerga a ideologia apenas pela eficácia de seus efeitos argumentativos/persuasivos.

2. A ASSIMILAÇÃO DA PRÁTICA PELA SIGNIFICAÇÃO

Chama atenção desde logo em Saussure que sua metodologia criteriosa da linguagem busca determinar as regras para a pureza de uma ciência dos signos. Ainda que de verve positivista e com pretensão de ser geral, a proposta pinça das

linguagens-objeto que analisa muitos dos princípios que busca enunciar ao formatar sua metalinguagem (WARAT, 1984, p. 11).

Se for sustentável essa identidade que estabeleço, interessa notar que a criteriologia *saussuriana* antagoniza na cognição discursiva uma ideia de escolha. Antes, a própria arbitrariedade como característica da significação deflui de convenções que transcendem o indivíduo, ao mesmo tempo em que nele são internalizadas.¹¹ Sob um olhar do discurso jurídico, bem ao contrário de essa convencionalidade representar um relativismo, imporia ela a impossibilidade de o intérprete atribuir qualquer sentido ao conceito, “ou seja, não é admissível juridicamente dizer, individualmente e arbitrariamente, qualquer coisa sobre o conceito” (MARRAFON, 2014). Se essa ideia de arbitrariedade “não deve fazer pensar que o significante depende da livre escolha do sujeito falante, uma vez que este não tem o poder de alterar o signo se a relação significante/significado foi aceita por um grupo linguístico” (WARAT, 1984, p. 26), por certo que a mesma ideia de escolha não deve alcançar aquele que interpreta, pelas mesmíssimas razões.

Ademais, também os aspectos sistemático e de valor na teoria de Saussure fornecem balizas importantes, estabelecendo, o primeiro, uma herança comunicacional na relação significante/significado e, o segundo, uma configuração do código de significantes. Quente, morno, frio ou gelado são termos que retiram seu valor relacional de uma oposição entre si, o que acentua na língua a significação como lugar de referência para uma ordenação dos próprios significantes (WARAT, 1984, p. 30).

Já em Peirce, se a semiótica em si revela a dificuldade de se atrelar interpretação a um processo de escolha e de preferências pessoais, por outro lado demonstra que uma estratégia discursiva pautada pelo arbítrio não oculta uma preponderância do individual sobre o convencional, desvirtuando funcionalidades de seu figurino sistêmico para convolá-las em motor de promoção de desígnios

¹¹ O ponto é alvo de crítica de Umberto Eco: “o liame entre significante e significado é arbitrário, mas na medida em que é imposto pela língua (que, veremos, é um código) o significado torna-se necessário para quem fala. Aliás, é justamente essa imposição que o código exerce sobre quem fala, que nos permite não entender necessariamente o significado como um conceito, uma imagem mental (perigosa concessão “mentalista” que valeu à semiologia saussuriana críticas de vários gêneros).” ECO, Umberto. *A obra aberta*. 8ª ed. São Paulo: Perspectiva, 1991, p. 114. Em certo sentido, Eco, que aprofundaria sua teoria semiótica posteriormente, acabaria por confirmar essa visão, enxergando na semiose uma contínua produção de sentido: “para estabelecer o significado de um significante (...) é necessário nomear o primeiro significante por meio de outro significante que pode ser interpretado por outro significante, e assim sucessivamente. Temos, destarte, um processo de semiose ilimitada.” ECO, 2003, p. 58.

particulares. Por tudo isso é que o álibi do conceito aberto como *locus* autorizador da discricionariedade se põe na verdade como cúmplice de uma perversão linguística: a discricionariedade, sob o color de fundamento jurídico, encerra conceito não jurídico.

Me faço mais claro: os signos-interpretados não são pinçados pelo intérprete dissociados de outros signos-símbolo (signos concretizadores de ideias). Um conceito jurídico-signo não se despe de sua carga valorativo-sistêmica. Símbolos-interpretações, na medida em que surgem de símbolos-interpretados (PEIRCE, 2005, p. 73), carregam, como produto, traços de sua cadeia de produção.

De fato, a qualquer palavra pode teoricamente ser dado o significado que se queira (*Humpty Dumpty*) (OLIVEIRA, 2004; GIACOMUZZI, 2002), ou uma “interpretação” pode ignorar significantes e símbolos para surgir somente de signos exclusivamente particulares do “intérprete”. Mas isso não será atividade interpretativa e sim a manufatura de um significado diverso sem correspondência com o significante original; arbítrio egocêntrico (ou loucura). Se tendo sido determinada uma idéia interpretante numa consciência individual, essa idéia não determina “um signo subsequente, ficando aniquilada essa consciência ou perdendo toda lembrança do outro efeito significante do signo, torna-se impossível saber se alguma vez existiu uma idéia nessa consciência (...)” (PEIRCE, 2005, p. 74)

Aliás, se nos ativésemos a uma concepção puramente voluntarista, na verdade nem sequer haveria diferença, no processo interpretativo, a falta do significante (Saussure) ou a falta do signo (Peirce). A escolha de sentido teria o efeito prático de reduzir a zero a importância daqueles elementos. Ao contrário de viabilizar conhecer-se algo, a autorreferência volitiva se restringe a um autoconhecimento, do indivíduo para consigo, o que não seria menos falacioso, porque o indivíduo não veio de lugar nenhum e recorrerá, ainda que ao pretender “escolher”, a signos mentais fruto de convenções. Em suma, e ainda com Peirce, atrelar interpretação a uma escolha seria limitar a compreensão às etapas da primeiridade e secundidade.

Passando pela Filosofia Ordinária da Linguagem, a pragmática teve o predicado de considerar, para além da sintaxe (signo-signo) e da semântica (signo-objeto), uma dimensão contextual que contemplasse o usuário (signo-usuário). O avanço foi inegável sob o prisma do discurso jurídico, haja vista a particularidade de, no direito, a operação de construção de sentido se revelar ainda mais desafiadora pelo fato de os significantes não estarem ancorados em coisas, mas em ideias (aliás, esse foi o mote do giro linguístico: perceber o discurso como constitutivo de “coisas”

sem necessariamente um representante físico). Para além disso, é um predicado da pragmática a introdução no recorte a que me propus de um ingrediente de grande relevância: o estereótipo.

Como elemento nuclear de transmissão de um conteúdo ideológico para consolidação de valores dominantes (WARAT, 1984, p. 72), chamou-me atenção refletir sobre se a própria discricionariedade judicial não revelaria um estereótipo do julgador para o julgador. Instituto dotado de alta carga valorativa, cuja significação necessariamente veiculará definição persuasiva, impregnada de ideologia, orientada pela legitimação/aceitação de que os juízes são capazes de *significar a própria tarefa de significar juridicamente*.

Explico: estereótipos são produto de “longo processo de persuasão, de uma somatória de discursos e definições persuasivas que provocam a total dependência do termo estereotipado a uma relação evocativa ideologicamente determinada” (WARAT, 1984, p. 72) Como estratégia discursiva reiterada, a discricionariedade ambicionaria vestir o figurino de dogma, veiculando, “sob a suposta aparência de uma descrição objetiva, uma dimensão ideológica não formulada na linguagem jurídica.” (WARAT, 1984, p. 71)

Dito de outro modo, nos usos persuasivos da linguagem, “o processo de conhecimento é produzido a partir de um jogo não textual, de um jogo de associações conotativas, que cria um efeito de inferência lógica, preenchendo as lacunas de uma derivação não demonstrada.” (WARAT, 1984, p. 76) A discricionariedade surgiria, pois, como tentativa de estereotipação que criaria condições discursivas para um *senso comum teórico* dos juristas no sentido de que juízes escolhem. A cada reforço não resistido desse estereótipo, cresce sua eficácia persuasiva, que recorre a um senso comum a pretexto de uma demonstração lógica. Eis o paradoxo: *estereotipada a discricionariedade, torna-se ela o senso comum no qual se subsumem os casos difíceis!*

Ainda no campo da pragmática, a ideia de vagueza se põe como relevante. Ao mesmo tempo em que se convive com a definição persuasiva que busca legitimação ao veicular uma carga valorativa aderente a um significado de base — o que por si só renega a ideia de uma escolha —, também ela, pragmática, permite divisar os conceitos abertos no direito como mecanismo de, frente à imprevisibilidade de todas as situações possíveis, inclusão/exclusão de classes de hipóteses à denotação daquele conceito. É falar a pragmática restringe e auxilia na tomada de decisões

auxiliares que permitirão filtrar, diante de vagueza, o que entra ou o que fica fora da denotação de um conceito jurídico aberto.

Avanço sobre a retórica para perscrutar a contribuição de Perelman no sentido de projetar na mente do orador uma instância de controle da sua argumentação; um espaço em que, em lugar do raciocínio analítico ou do lógico-formal, prevalecesse o raciocínio dialético ou retórico. Esta a tese fundamental de Perelman: “formular uma noção válida de justiça de caráter puramente formal” (ATIENZA, 2000, p. 45, 81 e 84), tratando igualmente os seres de uma mesma categoria, que, ao deliberarem juntamente com o orador, encarnam o auditório universal (NÓBREGA, 2014, p. 59-61).

O auditório universal, portanto, funcionaria empaticamente como um interlocutor, estabelecendo um diálogo em contraposição à filosofia contemplativa ou à pesquisa empírica — “onde não há evidência, há dúvida, e onde a dúvida predomina, a argumentação faz-se necessária.” (CAMARGO, 2003, p. 199-200) Se a ninguém é dado argumentar sozinho, essa lacuna é suprida pelo auditório, daí surgindo a legitimidade da interpretação: não da aceitação dos argumentos, mas da sua *aceitabilidade* por parte do auditório, do poder de persuasão ostentado pela justificação apresentada.

Inobstante a sofisticação do auditório universal, base de sua teoria, a retórica de Perelman, sofre questionamentos: todo orador tem sua construção particular de auditório universal. Inconscientemente, a construção que o orador faz é parcial, com a sua versão de “ser racional”. O próprio Perelman, não sem motivo, admitiria a dificuldade: “(...) a variedade de auditórios é quase infinita e (...) querendo adaptar-se a todas as suas particularidades, o orador vê-se confrontado com inumeráveis problemas.” (PERELMAN, 2005, p. 29)

De mais a mais, embora as premissas sejam o ponto de partida para a argumentação, é possível que aquelas eleitas pelo orador segundo seu ideal de auditório não sejam aceitas por seus ouvintes (PERELMAN, 2005, p. 29). Um dos problemas daí decorrentes seria a “petição de princípio”, ou o erro que o orador comete quando baseia seu raciocínio em premissas não admitidas pelo interlocutor, postulando o que se quer provar (PERELMAN, 2005, p. 127), vulnerabilidade teórica que parece encontrar terreno fértil na ideia de discricionariedade.

3. A SEMIOLOGIA DO PODER

Chegamos, finalmente, à semiologia do poder (ou política) de Warat, que renega o hermetismo do positivismo lógico e da lógica formal; que pugna pela insuficiência dos usos básicos da linguagem catalogados pela Filosofia da Linguagem Ordinária, em favor de uma quinta categoria: a função de dominação, que, a par de revelar propósitos significativos, reproduz concepções de mundo (WARAT, 1984, p. 67); e que reputa insuficiente a retórica, como parte da pragmática, por entendê-la centrada na eficácia dos argumentos ideológicos, mais que em seus processos de produção e sua transformação na sociedade.

Daí uma nova vertente semiológica, focada na significação como instrumento de controle social, identificando a legitimidade do poder como uma decorrência direta de um trabalho discursivo somente obtido quando manuseadas adequadamente as palavras (WARAT, 1984, p. 18). Uma semiologia, digo eu, que enxerga o direito, nessa dinâmica, como *contradiscurso de parametrização de um controle finalístico sobre o exercício legítimo do poder*; juridicidade enquanto “sistema de significação, a significação jurídica”, “conglomerado das práticas textuais e discursivas do Direito.” (BITTAR, 2017) Uma percepção teórica que abraça a *heteronímia significativa* para assimilar os fatores extranormativos (históricos) como codeterminantes do processo de significação jurídica, e que, ao fazê-lo, empreende a “tarefa de desconstrução dos discursos jurídicos dominantes, elaborando-se os seus contradiscursos e explicitando-se as formas e estratégias de seu poder específico.” (BITTAR, 2017)

A contribuição da semiologia política é, pois, a de que os discursos não são a chave de sua própria intelegibilidade. É possível enxergá-los a partir de um novo ponto de vista teórico, que se ocupa sobre como a linguagem se produz e se espalha sob a proteção do poder. A discricionariedade judicial, nessa esteira, mais parece com argumento ideológico que pretende se firmar como estereótipo integrante do senso comum teórico, sob o pretexto de retroalimentar e de legitimar exercício de poder ainda quando fora dos limites do direito:

A estereotipação discursiva cumpre um papel fundamental, pois sutilmente reveste as significações de uma forma canônica, as recupera para a metafísica institucional dominante, as ornamenta de verdades, as torna ahistóricas e, enfim, as rouba do sentido original de sua enunciação. Daí, a palavra ou discurso estereotipado ser um dado político. (WARAT, 1984, p. 102)

Sob um olhar a partir da Filosofia da Linguagem Ordinária, passando pela pragmática, se o discurso jurídico, porque recorre a conceitos sem demonstrabilidade

empírica, faz uso — não da lógica, mas — de entimemas fundados em verossimilhança, parte considerável dessa verossimilhança pode bem advir do senso comum teórico ou das crenças socialmente estereotipadas. Disso extraio que a discricionariedade poderia muito bem ser a tentativa de construção de um entimema¹² que se busca afirmar e reafirmar. Por meio dessa estratégia discursiva, por assim dizer, a significação discricionária faria o caminho inverso ao ideal: *em vez de ir do social para o indivíduo, transita do indivíduo para o social*:

Tendo em vista que a heterogeneidade de sistemas de referência produz uma multiplicidade de sentidos ou excedente de singularidades que estão na origem de grande parte dos conflitos sociais, compreende-se que a disputa também perpassa a linguagem. Não ocorre, porém, a disputa apenas através da linguagem, mas também pela posse daquela linguagem que está ligada ao exercício do poder. E não só pela linguagem se luta — luta-se também pelos mecanismos e procedimentos institucionais que controlam e determinam o acesso à linguagem do segmento social hegemônico e às possibilidades de usá-la. Ou seja, através da linguagem, os indivíduos e os grupos procuram fixar sentidos gerados por seus sistemas de referência e fazer com que se imponham como orientadores de condutas e procedimentos. Conseguir a adesão do(s) outro(s) significa aumentar o alcance dos efeitos de uma representação da realidade e consolidar o exercício de um poder. (VOESE, 2006, p. 25)

A cristalização do estereótipo discricionário, assim, seria capaz de pretensamente legitimar uma subjetividade jurídica sintonizada com os fins e as metas do poder. Militar como dispositivo de significação em favor de uma consolidação das condições reprodutivas do poder. Um realismo imaginário inventado, mas que se torna mais real que o real por reforço e hábito institucional (WARAT, 1984, p. 108-112).

A ser verdade que “o entimema estende o que se crê como conhecido ou opinável ao desconhecido ou ignorado, através de uma espécie de contágio” (WARAT, 1984, p. 88), a pretensão discricionária funcionaria como estratégia a produzir como conclusão algo como *se o direito admite que juízes sejam discricionários, o direito admite como jurídico o resultado dessa discricionariedade*. É aquela premissa contra a qual resisto epistemologicamente e que erige o próprio problema deste trabalho de pesquisa: pôr em dúvida se o direito admite validamente a discricionariedade judicial.

Os “discursos não somente persuadem, mas também procuram se apoderar dos corpos. O discurso, ligado à ideologia, tende a se deterritorializar do registro

¹² O antídoto da discricionariedade, porém e curiosamente, estaria no mesmo artifício que ela emprega: se a ideologia, o senso comum teórico ou as crenças socialmente dominantes repelirem a discricionariedade, ela falha como recurso e não se convola em entimema. É esse o papel do constrangimento epistemológico armado com o direito como contradiscurso: impedir que “aquilo que não é” se “torne”, passando a ser.

exclusivamente simbólico para invadir os sujeitos.” (WARAT, 1984, p. 102) A ideologia de um poder transcendental dos juízes seria corporificada no direito pela ideia de discricionariedade — e já tem logrado se espalhar para a doutrina —, quando na verdade mais se identifica como estratégia de ocultação do efeito social de dominação presente no discurso jurídico emanante de agentes não legitimados democraticamente.

O direito como caráter meramente instrumental de um “exercício imperturbado do poder” (LOSANO, 2010, p. 207) produziu consequências drásticas no passado. A ideia de conceitos vagos como mecanismo adaptador de moldagem dos textos editados sob *Weimar* serviu à ideologia autoritária posterior, consistindo em eficaz instrumento do nacional socialismo alemão (STOLLEIS, 1998, p. 8; LOSANO, 2010, p. 210). Em verdade, a produção do direito sob o nazismo se deu de maneira mais profícua via decisões judiciais e administrativas que por alterações na lei. Ilustro a sombra do arbítrio a partir de uma tautologia: a discricionariedade judicial em parte repousa na premissa de que conceitos abertos admitem escolhas; a discricionariedade é um conceito aberto¹³; logo, *há escolhas sobre o que se escolhe*.

A ser assim, isto é, se conceituação/significação fosse escolha, poderíamos dizer que também o direito enquanto ciência, numa perspectiva de metalinguagem da linguagem jurídica, admitiria escolha de seus conceitos. Em última análise, romperíamos com qualquer autonomia do objeto científico, que passaria simplesmente a ser aquilo que o observador diz/escolhe que ele seja. É claro que a semiose, a exemplo de várias áreas do conhecimento, foi pouco a pouco abandonando uma pureza metodológica como condição do saber, abraçando gradativamente o relativismo do sujeito; mas isso não pode implicar um processo de *assujeitamento* do objeto.

O ideal de discricionariedade judicial revela, ainda, um total despreço pelos emissores-legislador, doutrinador ou mesmo julgador (precedentes), ao mesmo tempo em que exaspera a importância sistêmica do emissor-julgador da ocasião. A tese de escolha, ademais, colapsa e revela sua própria disfuncionalidade quando decisões judiciais, notadamente os precedentes, são rechaçados discricionariamente por julgadores. Se significar fosse/é escolher, a escolha pela inaplicação indevida de precedentes vinculantes (que também seriam escolhas) bem evidencia o caráter

¹³ “(...) o conceito de discricionariedade (poder discricionário é um dos conceitos mais plurissignificativos e mais difíceis da teoria do Direito.” ENGISCH, 2001, p. 214.

caótico e degenerativo por detrás do raciocínio discricionário, afinal, se produção do direito é escolha, o direito se reinventaria com pretensão autônoma a cada decisão.

Talvez a premissa de que sem intérprete não há significação (iniciada em Peirce) tenha pavimentado a leitura falaciosa e um tanto arrogante de que compete àquele, intérprete, com exclusividade, significar, o que não poderia ser mais distante da realidade. A tarefa de significação não tem no intérprete um soberano-emissor. O despertar da significação não se dá por iniciativa pura e simples do leitor; se dá, isto sim, espontaneamente, orientando ele próprio, intérprete, na atividade de conferir significado.

O que por vezes parece é que a teoria jurídica, notadamente a brasileira, se deteve numa versão particular do positivismo lógico, bebendo na fonte de um utópico cientificismo que pretenderia isolar o direito da história ou da ideologia a partir da construção de uma linguagem rigorosa que teria seus conceitos deslocados da produção social de sentidos para um sistema de conhecimentos sobre os quais o sujeito pensante detém o poder. “A busca pela vontade da lei ou do legislador acaba por ter um efeito paradoxal que em boa parte das vezes permite ao intérprete manifestar a sua vontade” (MORAIS, 2013, p. 224 e 228).

Essa ressurreição do esquema sujeito-objeto, nada obstante, ignora a complexidade que cerca o conhecimento sobre uma realidade (MORAIS, 2013, p. 229). O objeto não é capaz de considerar toda a realidade; e para o sujeito não existe somente o objeto. A linguagem não é capaz de contemplar o mundo; o intérprete vive no mundo que a linguagem não contempla. É nessa complexidade ignorada que floresce a discricionariedade como constructo para uma falaciosa tentativa de redução da complexidade, quando na verdade essa redução se dá pelo acobertamento da própria complexidade em si. Ou, quem sabe, uma tentativa de racionalização de intuições inconscientes; recurso discursivo que encerraria a justificação implicitamente reconhecendo a aparente impossibilidade de se justificar.

Ao contrário de uma enviesada concepção jurídica de mundo, nosso apego deve ser a uma concepção social-histórica do direito. “A mediação sócio-histórica do jurídico, e não a auto-suficiente mediação jurídica do social” (WARAT, 1984, p. 108). A potência criativa do direito é a sua própria história institucional, aliada ao imaginário social:

A partir do ponto de vista sócio-histórico o indivíduo interioriza a totalidade das instituições da sociedade; interioriza a onipotência de seus rituais-normas-mitos-representações captadoras, que organizam (em cada

sociedade particular) o mundo humano e não-humano para fornecer seu sentido. O projeto da autonomia é desenvolvido no confronto da captura instituída. É um projeto necessariamente social, e não simplesmente individual. Um projeto que procura a autonomia para indivíduos que não podem deixar de assimilar a heteronomia das instituições existentes. A realização desse projeto de autonomia é (...) a tarefa “impossível” da política. (WARAT, 1984, p. 114)

A leitura de um texto ocorre no interior de um processo interlocutivo. Esse processo é marcado pelos sujeitos nele envolvidos e pelas práticas históricas que foram se constituindo ao longo do tempo, no interior de cada instituição social, pois “na comunicação pelo idioma, o texto apresentará frequentemente o dito, e o ‘não dito’, mas nele inserido, capaz de ser filtrado mediante recursos idiomáticos”. (LEITE, 1985, p. 16)

4. SIGNIFICAÇÃO, DESCONSTRUÇÃO E RECONSTRUÇÃO

Se a polissemia “requer do usuário (...) domínio dos recursos expressivos da língua, de um conjunto de regras conversacionais ou interativas que exigem uma enunciação em que estejam presentes a coerência, a coesão e a congruência” (VOESE, 2004, p. 152-153), o discurso jurídico, para além, demanda um domínio da história institucional da linguagem jurídica de uma determinada comunidade linguística.¹⁴ Impõe ele que “qualquer interpretação dada esteja justificada com argumentos de ordem da língua, do ato de fala, do evento cultural e do discurso, o que significa atuar com conceitos não espontâneos.” (VOESE, 2004, p. 152)

É por isso que a atividade de interpretação e de preenchimento de sentido não pode ser tachada de discricionária. Em larga medida, essa atividade nem sequer é controlável pelo próprio intérprete para possuir aptidão para ser considerada deliberada. Na sua dimensão consciente, a significação deverá obediência discursiva não ao que os signos provocam no íntimo do intérprete, mas a um confronto que transcenda essa esfera ensimesmada para alcançar a comunidade linguística e a história institucional do direito, sendo fundamentada validamente numa instância adicional que não somente o discurso geral. O sentido, sempre construído *a posteriori*

¹⁴ Em sentido similar: “são as comunidades interpretativas, mais que o texto ou o leitor, que produzem significados e que são responsáveis pela emergência de características formais. Comunidades interpretativas são formadas por aqueles que compartilham estratégias interpretativas não para a leitura, mas para a escrita de textos, para a constituição de suas propriedades. Em outras palavras, essas estratégias existem anteriormente ao ato de leitura e, portanto, determinam a forma do que é lido ao invés do contrário, como geralmente.” FISH, 1980, p. 14.

da elaboração do texto jurídico (normativo ou não normativo), “não é um sentido irrestrito, isso porque todo sentido se coaduna com formas de entendimento, com dados culturais, com certames científicos, com dados históricos e outras variantes possíveis que sincretizam os atos de cognição e de interpretação.” (BITTAR, 2017)

A interpretação judicial é naturalmente integrativo-constitutiva, mas as ferramentas de que ela se vale para construção de sentido devem ser aquelas providas pelo sistema. É dizer, os conceitos e seus textos são fragmentos que serão elucidados e juntados a outros fragmentos, em composições ajustadas ao caso. Fragmentos e juntas, sem embargo, são pertencentes ao sistema. “O texto é um *puzzle* que o intérprete desmonta e remonta movendo-se a partir das próprias questões e exigências cognoscitivas e práticas” (COSTA, 2010, p. 22); mas as peças são preexistentes ou vão sendo introduzidas a partir/pelo sistema, e não elaboradas ou inventadas pelo intérprete. Se a semiótica investiga como um sistema de signos funciona, o direito é sistema que relaciona conceitos emanantes daqueles signos e, por certo, como devem eles ser relacionados.

A metáfora da abertura epistemológica proposta por Umberto Eco admite uma tarefa infinita de significação que alia a metodologia à “matéria viva de nossa sensibilidade”. (ECO, 1991, p. 158) Mesmo aquele autor, muitas vezes apropriado como fiador teórico da tese de que a obra seria aberta e que o intérprete a recriaria, percebe o texto como um todo orgânico, cuja interpretação exige uma estratégia complexa que não ignore a comunidade de leitores e a língua como enciclopédia.¹⁵ Um texto pode ter muitos sentidos, mas não qualquer sentido.¹⁶

Conceitos, mesmo abertos, não projetam ou ampliam, senão, antes, limitam possibilidades. Esse processo de filtragem posterior, a passar por uma autocontenção e por um olhar mais amplo do texto sob uma perspectiva histórico-reconstrutiva, vai limitando ainda mais as possibilidades, até enunciar potenciais leituras válidas. Ao fim e ao cabo, ainda que o saldo resulte em mais de uma leitura válida possível, uma

¹⁵ “Quando publiquei o meu trabalho *Obra aberta*, escreve Eco, eu me perguntava como é que uma obra podia postular, de um lado, uma livre intervenção interpretativa a ser feita pelos próprios destinatários e, de outro, apresentar características estruturais que ao mesmo tempo estimulassem e regulamentassem a ordem das suas interpretações. Conforme aprendi mais tarde, sem saber eu estava então às voltas com a pragmática do texto (...) ou seja, atividade cooperativa que leva o destinatário a tirar do texto aquilo que o texto não diz (mas que pressupõe, promete, implica e implica), a preencher espaços vazios, a conectar o que existe naquele texto com a trama da intertextualidade da qual aquele texto se origina e para qual acabará confluindo”. ECO, 1986, introdução.

¹⁶ Aquilo que é apontado por muitos como um revisionismo de Eco atinge seu ápice com ECO, 2000, p. 27, quando afirma ter a “impressão de que, no decorrer das últimas décadas, os direitos dos intérpretes foram exagerados.”

dentre elas, a partir do prisma do sistema, se revelará por alguma razão “mais válida”, devendo prevalecer.

Essa maior validade, contudo, não deflui de escolha, opção ou vontade. Decorre, isto sim, de um percurso bem mais longo que não ignora o prolator da decisão como participante ativo, mas que tampouco reduz a ele o caminho. *A admissão de que de fato há uma contaminação subjetiva do objeto não se confunde com uma apropriação subjetiva do objeto ou com a pretensão de que o objeto exista como uma extensão exclusiva do sujeito.* O caráter ineliminável do sujeito do processo de reconstrução histórico-linguística de texto-norma-conceito não se presta a funcionar como álibi para um livre e descompromissado preenchimento de sentido. O papel do julgador deve ser o de aliviar ao máximo a tensão existente entre experiência institucional e expectativa, e não o de elevá-la a patamares inassimiláveis pelo sistema.

Quando pensamos, não apenas consultamos princípios, razões, sentimentos ou preferências; antes de pensar, tudo isso é indeterminado e se realiza por meio do ato de pensar. Não há escolha depois pensamento; há decisão enquanto se vai pensando, até que o pensamento direcionado à questão a ser decidida inevitavelmente cesse. Ainda que o que “parece certo” esteja a todo tempo em vista, “o que é certo” somente surge em sua forma completa ao final — não no começo — da deliberação (MENAND, 2001, p. 352):

(...) a dimensão interpretativa do direito nos antecede e nos obriga a levarmos em conta toda a dimensão histórico-interpretativa que está por trás de cada conceito jurídico. Em todo conhecimento de nós mesmos e do mundo, sempre já fomos tomados pela nossa própria linguagem, logo, em todo conhecimento jurídico e toda criação de decisão jurídica, já somos tomados pela dimensão linguística do direito. Não é possível cindir interpretação da aplicação. Não podemos decidir e depois buscar fundamento. Decidir e interpretar não são momentos distintos. (ABBOUD, 2014, p. 59)

A decisão não cede à escolha sobre o que pessoalmente convém. Se de escolha se cuidasse, e se fosse ela livre, os parâmetros da decisão seriam exclusivos do sujeito, que consideraria, numa perspectiva utilitarista, o que o faz sentir-se bem, o que o agrada. Acontece que, se “sentir-se bem” fosse um critério, a embriaguez seria a experiência humana de validade suprema.¹⁷ E talvez aqui resida um dos maiores riscos da discricionariedade. Veiculando critérios pessoais sob o signo de escolhas particulares, essa postura ideológica faz o julgador “sentir-se bem” consigo

¹⁷ A metáfora É de JAMES, 1917, p. 18.

a ponto de a decisão não lhe parecer arbitrária. Ela antes soa como o resultado que estaria ele fadado a alcançar (MENAND, 2001, p. 352-353), mas tudo isso não passa de engodo epistemológico.

Insisto, não se cuida de volição — simultaneamente ao contato com o caso a decidir o tomador de decisão é tomado de assalto por uma enxurrada discursiva-histórica-sistêmica. A decisão mais se aproxima, sim, de uma operação cognitiva que, no mesmo momento em que se estabelece, se condiciona, desenvolvendo-se na sequência para garimpar, no *brainstorm* que puder suceder, o que remanesce como válido perante o sistema. Não há, repito, escolha; quando muito, mera ilusão de escolha; se escolha houvesse, não seria livre, mas um produto da interação de imperativos discursivos que consciente e/ou inconscientemente orbitam a operação cognitiva de atribuição de sentido. *E o intérprete pode ter a ilusão de ser o condutor de todo esse processo, quando não raro mais se assemelha a passageiro.* Um “texto significa o que significa, e não somente para este sujeito, mas sobretudo para este sujeito, imerso nesta situação, neste contexto, com este outro interlocutor, com esta carga de historicidade etc.” (BITTAR, 2017)

Semelhantemente à abertura epistemológica de Eco, a *entropia* a que alude Bittar — “infinitas possibilidades de combinação de um repertório sígnico” e sua conexão “com as necessidades situacionais do usuário do acervo semiótico” — torna necessário haver um código capaz de criar combinações lógicas, formais e substanciais. “Se *a priori* as combinações são infinitas, com a presença do código essa infinitude se reduz às possibilidades ofertadas pela convenção semiótica”. (BITTAR, 2017) Essa combinação, que pauta o autor, invariavelmente, compartilhada que é, ressona no leitor.

O solipsismo da filosofia da consciência, segundo o qual a construção de sentido se dá estritamente na universalidade particular do sujeito (que somente reconhece a si e suas experiências), há muito deu lugar a uma complexa comunidade linguística (RORTY, 1992) organizada sob conceitos-chave, sem os quais não poderá haver unidade política. (KOSELLECK, 2006, p. 100 e ss.) O foco, a partir do giro linguístico, passa do objeto ao sujeito; no sujeito, do seu método à sua linguagem; na linguagem, de sua condição descritiva à sua condição constitutiva.

Essa guinada, sem embargo, não representa um relativismo absoluto. A tendência desconstrucionista (NORRIS, 1982) sugeriu em algumas de suas leituras que “a arbitrariedade da interpretação é absoluta e sem remédio: o leitor, o intérprete,

reescreve o texto substituindo-se a ele; o texto e o intérprete perdem a sua relativa distinção e autonomia porque o texto interpretante engloba o texto interpretado e faz aquilo que quer dele. Não só omite a objetividade, a ‘verdade’, da operação hermenêutica, mas aparece problemática a possibilidade de um confronto entre interpretações diferentes e a argumentabilidade mesma de uma opção interpretativa, confiada em última análise a uma escolha inefável do próprio intérprete.” (COSTA, 2010, p. 24)

A perseverar essa visão, no sentido de que o texto se transforma no que o intérprete dele extrai, porém, não há razão, nem sequer, de haver texto. Seria o texto mero pretexto iniciador de processo criativo autônomo e soberano. Pior, se de soberania se cuida, deixa a interpretação de ser sindicável ou controlável, porque inexistem parâmetros fora do íntimo do criador. Não há interpretação alternativa válida senão aquela arbitrariamente adotada pelo intérprete. O caráter essencialmente relativo da significação não pode ser exacerbado para paradoxalmente conferir ao intérprete poderes absolutistas. Esse ceticismo radical tem por condão romper qualquer nexos entre intérprete e texto interpretado, o que produz como resultado a própria eliminação da atividade significativa. As possibilidades podem ser amplas, mas não são ilimitadas.

Um texto não pode ser “um piquenique em que o autor entra com as palavras e o leitor entra com o sentido.” (ECO, 2000, p. 28) Se não mais se concebe uma identificação ontológica da ciência/direito com a linguagem, não se revela menos paradoxal uma identificação do direito com sua aplicação judicial. A discricionariedade como pretensão *locus* exclusivo de significação ignora a historicidade e outras cenas de produção de significação, como a influência social na produção de sentidos. (ROCHA, 2005, p. 25) Se já não se duvida da quebra com a ontologia ou com a estabilidade/literalidade do significado; se já se admite a significação como instante situado entre um regresso infinito ao passado e um horizonte infindável de futuro, disso não decorre que a significação não deva seguir alguma sorte de percurso e concatenação histórica. É a história, pois, que media essa dialética entre os poderes do leitor e os poderes do texto. (ECO, 2000, p. 27)

Ainda fosse o caso de se assumir a postura desconstrutiva, não se poderia desconstruir apenas o texto ou seu autor; também o leitor deve ser desconstruído e posto em dúvida. Talvez, então, seja preferível uma visão mais moderada: “para a reflexão desconstrutivista, o significado não se encontra preservado no texto, nem na

redoma supostamente protetora das intenções conscientes de seu autor, tampouco nasce dos caprichos individualistas do leitor rebelde; o significado se encontra, sim, na trama das convenções que determinam, inclusive, o perfil, os desejos, as circunstâncias e o limite do próprio leitor.” ARROJO, 1992, p. 35-39)

Não se discute o papel do sujeito da interpretação de forja de sentido. Isso apenas não quer dizer “que a prática da significação está submissa à arbitrariedade. Muito antes de se poder dizer que o ato compreensivo constitui-se em mero ato arbitrário do intérprete, pode-se dizer que limites há para a significância, dentro dos quais atua o sujeito da interpretação.” (BITTAR, 2017) A profundidade subjacente ao texto, suas possibilidades de sentido, apelam a noções pragmáticas, contextuais, históricas e intersubjetivas. “O texto vive em dialética com seu meio.” (BITTAR, 2017) O texto é um “retículo cultural (...) imerso num conjunto de práticas de sentido que o constroem”, retendo em sua estrutura “um adensamento de elementos em fermentação, (...) menos um corpo de sentido único, inarticulável, e muito mais um projeto de sentido que, uma vez atingido pela prática interpretativa, sofre variações e recebe influxos advindos propriamente de todos os importes axiológicos que carrega o exegera. Porém, isso não se faz ao sabor de seu arbítrio.” (BITTAR, 2017)

Em suma, seja pela via de uma desconstrução moderada, seja por uma reconstrução da significação, o intérprete é guiado por imperativos discursivos que somente serão assimilados se observarem na sua cadeia de produção a história institucional da linguagem em que orbita a comunidade linguística, funcionando o direito, particularmente, como instância de um contradiscurso, um sistema de filtragem que inibe o arbítrio.

CONCLUSÃO

Poder-se-ia dizer que a discricionariedade, a partir do momento que passa a frequentar o imaginário judicial e o discurso prático jurídico, já seria, então, parte integrante da juridicidade. Falseio essa afirmação dizendo que a discricionariedade não pode ser assimilada pelo discurso jurídico porque faria imediatamente ruir a especialidade que o estrema do discurso geral. Está mais a discricionariedade, penso, para sobreposição de discurso moral sobre o discurso jurídico, travestido de elemento de juridicidade.

Sem prejuízo, ainda que se concebesse discricionariedade judicial como parte integrante da juridicidade mesma, “a prática judiciária, (...) em verdade, é o canal de discussão da juridicidade, não desta como entidade cristalizada, mas como algo em perene mutação” (BITTAR, 2017), de sorte que não se torna menos alvissareira a iniciativa de se buscar repeli-la ou debatê-la.

Os parâmetros teórico-cognitivos e epistemológicos fornecidos pelo ramo jurídico-científico ao qual pertenceria a competência para o estudo da norma que se quer interpretar e a própria ciência (dogmática) que estuda o fenômeno jurídico condicionam a matéria a evoluções ou a involuções, de acordo com os exercícios de sentido que produz.” (BITTAR, 2017) De posse do portfólio teórico acima, é preciso enfrentar a tentativa de uma consagração da discricionariedade como entimema ou como senso comum teórico. É preciso exibí-la como estratégia de reprodução de um discurso em favor de uma ideologia que serve a um projeto de poder; uma apropriação ideológica do direito que busca fazê-lo servir a propósitos não propriamente jurídicos.

Enfim, o argumento de que conceitos abertos forneceriam campo para uma margem aceitável de atuação voluntarista representa uma falácia epistêmica. Uma subversão de matrizes teóricas que ou bem renegam a escolha na significação ou bem não a entendem ilimitada. A discricionariedade, pois, é premissa que embasa um estratagema discursivo, deliberado ou não, que se replica visando a se firmar como dogma, mas que merece ser desvelado como o que de fato é para que seus perniciosos efeitos sobre o sistema sejam evitados ou, quando menos, não ocorram sem constrangimentos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial. O ato administrativo e a decisão judicial.** São Paulo: RT, 2014.

ARROJO, Rosemary. A desconstrução do logocentrismo e a origem do significado. *In*: ARROJO, Rosemary (org.). **O signo desconstruído: implicações para a tradução, a leitura e o ensino.** Campinas: Pontes Editores, 1992.

ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito. Teorias da Argumentação Jurídica.** São Paulo: Landy, 2000.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 426-427;

BITTAR, Eduardo C. B. **Linguagem jurídica: semiótica, discurso e direito**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (e-book).

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação. Uma contribuição ao Estudo do Direito**. 3ª ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CARMELO, Luís. **Semiótica: uma introdução**. Mem Martins-PT: Publicações Europa-America, 2003.

CARNAP, R. **The Logical Syntax of Language**. London: Routledge & Kegan Paul Ltd., 1937.

CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1997.

COSTA, Pietro. **Soberania, representação, democracia: ensaios de história do pensamento jurídico**. Trad. de Alexandre Rodrigues de Castro *et. al.* Curitiba: Juruá, 2010.

DUBOUCHET, Paul. **Sémiotique juridique: introduction à une Science du droit**. Paris: PUF, 1990

GREIMAS, Algirdas Julien. **Semiótica e ciências sociais**. Trad. De Álvaro Lorencini e Sandra Nitrine. São Paulo: Cultrix, 1976;

ECO, Umberto. **A Estrutura Ausente: Introdução à Pesquisa Semiológica**. 7ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.

_____. **A obra aberta**. 8ª ed. São Paulo: Perspectiva, 1991.

_____. **Lector in fabula. A cooperação interpretativa nos textos narrativos**. Trad. de Atílio Cancian. São Paulo: Perspectiva, 1986.

_____. **Os limites da interpretação**. Trad. de Pérola de Carvalho. São Paulo: Perspectiva, 2000.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

FISH, Stanley. **Is there a text in this class? The authority of interpretive communities**. Cambridge/London: Harvard University Press, 1980.

GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa**. São Paulo, Malheiros, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

ILARI, Rodolfo. O estruturalismo lingüístico: alguns caminhos. In: MUSSALIN, Fernanda, BENTES, Anna Christina (orgs.). **Introdução à lingüística: fundamentos epistemológicos**. Vol. 3. São Paulo: Cortez, 2004.

JACKSON, Bernard S. **Semiotics and legal theory**. London/New York: Routledge & Kegan Paul, 1987.

JAMES, William. **The Varieties of Religious Experience. A Study in Human Nature. Being the Gifford Lectures on Natural Religion Delivered at Edinburgh in 1901-1902**. New York: Longmans, Green, And Co., 1917.

KALINOWSKI, G. **La sémiotique juridique. Droit prospectif, revue de recherche juridique: colloque international de sémiotique juridique**. Aix-en-Provence: Presses Universitaires de Aix-en-Provence, 11-13 mars 1986.

KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos históricos**. Rio de Janeiro: Contraponto/PUC Rio, 2006.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3ª ed. Trad. de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEITE, Cília Coelho Pereira (Madre Olívia). Gramática de texto e sintaxe semântica. In: _____; FÁVERO, Leonor Lopes; SILVEIRA, Regina Cecília Pagliuchi. (orgs.). **Sintaxe-Semântica base para gramática de texto**. São Paulo: Cortez, 1985.

LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. Vol. 2. O Século XX. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

MARRAFON, Marco Aurélio. **Jurista deve entender teoria dos signos para combater totalitarismo**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2014-ago-11/jurista-entender-teoria-signos-combater-totalitarismo>

MENAND, Louis. **The Methaphysical Club. A Story of Ideas in America**. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2001.

MORAIS, Fausto Santos de. **Hermenêutica e pretensão de correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal**. São Leopoldo: Unisinos, 2013.

MORRIS, Charles W. **Foundations of the Theory of Signs**. In: NEURATH, Otto (ed.). **International Encyclopedia of Unified Science**. Vol. I, n. 2. Chicago: University of Chicago Press, 1944.

NÓBREGA, Guilherme Pupe da. **Jurisdição constitucional. Limites ao subjetivismo judicial**. São Paulo: Saraiva, 2014.

NORRIS, C. **Deconstruction. Theory and Practice**. London-New York: Methuen, 1982.

OLIVEIRA, Luciano Amaral. **Os limites semânticos de Humpty Dumpty**. Disponível em <http://periodicos.uefs.br/index.php/acordasletras/article/view/1704>

PEIRCE, Charles Sanders. **Semiótica**. Trad. de João Texeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 2005.

PERELMAN, Chäin; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação. A Nova Retórica**. Trad. de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. 2ª ed. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005.

RORTY, Richard M. (ed.) **The linguistic turn. Essays in philosophical method: with two retrospective essays**. Chicago-London: Chicago University Press, 1992.

SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de Lingüística Geral**. 15ª ed. São Paulo: Ctrix, 1989.

SICHES, Recaséns. **Nueva filosofía de la interpretación del derecho**. 2ª ed. México: Porrúa, 1973.

STOLLEIS, Michael. **The law under the Swastika. Studies on Legal History in Nazi Germany**. Chicago-London: University of Chicago Press, 1998.

TARSKI, Alfred. La concepción semântica de la verdade y los fundamentos de la semântica. BRUNGE, Mario (comp.). **Antología semántica**. Buenos Aires: Ediciones Nueva Visión, 1968.

VOESE, Ingo. **Análise do discurso e o ensino de língua portuguesa**. São Paulo: Cortez, 2004.

_____. **Argumentação jurídica. Teoria, técnicas, estratégias**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2006.

WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2ª versão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984.

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DAS ESFERAS SOCIAIS AUTÔNOMAS, SEGUNDO O CONSTITUCIONALISMO SOCIAL DE GUNTHER TEUBNER¹

Leonardo Cerqueira e Carvalho ²

SUMÁRIO: Introdução; 1. O tradicional modelo do constitucionalismo político-jurídico; 2. A globalização e suas repercussões sobre a teoria constitucional clássica; 3. O constitucionalismo social na globalização, segundo Gunther Teubner; 4. Os requisitos para a constitucionalização das esferas sociais autônomas; Conclusões; Referências bibliográficas.

RESUMO: A globalização e o aumento exponencial da complexidade social global produzido, principalmente, pelos avanços tecnológicos das últimas três décadas os diversos setores da sociedade provocaram uma crise no constitucionalismo jurídico-estatal. Nesse cenário, ganha musculatura a ideia de constitucionalização dos regimes sociais parciais e a consequente assunção de que, sob determinados critérios, eles podem firmar normas intrínsecas próprias com *status* constitucional. O presente artigo pretendeu responder acerca da exequibilidade desse novo formato constitucional. Para tanto, partiu-se de uma revisão bibliográfica direcionada aos principais autores da sociologia constitucional. Assim, após rememorar brevemente as principais características do modelo clássico do constitucionalismo político-jurídico e os principais desgastes sofridos com a integração mundial e a hipercomplexidade da sociedade global, abordou-se a teoria do constitucionalismo social proposto por Gunther Teubner, dando ênfase aos requisitos materiais mínimos necessários para que as normas produzidas internamente pelos sistemas sociais parciais possam alçar à condição de normas constitucionais. Ao final, apresentou-se conclusão positiva quanto à viabilidade, quiçá, emergência, para a constitucionalização de normas produzidas internamente pelos diversos ramos sociais funcionais-autônomos.

PALAVRAS-CHAVE: Globalização. Sistemas sociais autônomos. Gunther Teubner. Constitucionalismo social.

THE CONSTITUTIONALIZATION OF AUTONOMOUS SOCIAL SPHERES, ACCORDING TO THE SOCIAL CONSTITUTIONALISM THEORY OF GUNTHER TEUBNER

ABSTRACT: Globalization and the exponential increase in global social complexity produced, mainly, by technological advances in the last three decades, the different sectors of society caused a crisis in legal-state constitutionalism. In this scenario, the idea of constitutionalization of partial social regimes gains muscle and the consequent assumption that, under certain criteria, they can establish their own intrinsic norms with constitutional status. This article intended to answer about the feasibility of this new constitutional format. To this end, a bibliographic review was started, aimed at the main authors of constitutional sociology. Thus, after briefly recalling the main characteristics of the classic model of political-legal constitutionalism and the main wear and tear suffered by world integration and the hypercomplexity of global society, the theory of social constitutionalism proposed by Gunther Teubner was addressed, emphasizing the material requirements minimum necessary so that the norms produced internally by the partial social systems can raise the condition of constitutional norms. In the end, a positive conclusion was presented regarding the feasibility, perhaps, emergency, for the constitutionalization of standards produced internally by the various functional-autonomous social branches.

KEYWORDS: Globalization. Autonomous social systems. Gunther Teubner. Social constitutionalism.

¹ Artigo Científico apresentado à disciplina “Desafios Contemporâneos da Ordem Constitucional”, do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* - Mestrado em Direito Constitucional - pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), em 31 de maio de 2020.

² Advogado, mestrando em Direito Constitucional pelo IDP, sob a orientação do Ministro Gilmar Mendes

INTRODUÇÃO:

Com a icônica queda do muro de Berlin, encerrou-se uma fase “pós-imperial de construção estatal” (BRUNKHORTS, 2011, p.27) e de amadurecimento do direito internacional, ambos iniciados no pós-segunda guerra mundial. O mundo já não possuía mais barreiras geográficas intransponíveis e experimentava, pela primeira vez, um ciclo de transformações razoavelmente homogêneas, com a afirmação de instituições internacionais e transnacionais que alcançavam protagonismo a nível global. Enfim, essa aldeia global (MCLUHAN, 1962) passa a ter um único público e uma sociedade civil mundial que professa uma mesma cultura racional, antes destinada apenas ao ocidente. A democracia e o constitucionalismo são acolhidos como mantras a serem espalhados por todas as nações.

Todavia, de forma paradoxal, o processo de globalização também dá início ao enfraquecimento dos modelos estatais territorialmente delimitados, pois “a conclusão das mudanças revolucionárias do século XX (...) coincide com a globalização da ordem institucional básica da até então rudimentar integração normativa da sociedade mundial” (BRUNKHORTS, 2011, p. 26). Nesse amplo horizonte, as fraturas da sociedade passam a ser expostas sob a luz de holofotes transnacionais. A globalização encerra o estado de latência das constituições parciais sociais e cria a necessidade de um constitucionalismo social (TEUBNER, 2020, p. 51).

De fato, as constituições jurídico-política não conseguiram acompanhar as dinâmicas dos movimentos dos setores sociais autônomos, especialmente os de racionalidades cognitivas, tais como a ciência, os meios de comunicação em massa (v.g. internet) e, principalmente, a economia, que, por intermédio do capitalismo, opção dominante no pós-1989, avança de forma predatória sobre os demais setores sociais. Como alerta Brunkhorst (2011, p. 28):

O novo e consideravelmente fragmentado sistema constitucional da sociedade mundial inclui o poder administrativo do sistema de Estados, mas está longe de retomar o controle do capitalismo sistêmico global (turbocapitalismo global). Ao que tudo indica, parece que, desde 1989, quando o Estado nacional democrático alcançou todo o globo, o capitalismo triunfou sobre a democracia.

Há, de fato, claro atraso no ritmo com que o acoplamento estrutural da política e o direito tenta absorver o aumento exponencial das complexidades dos setores sociais e entregar respostas eficazes. Isso faz com que grandes corporações multinacionais dedicadas ao comércio internacionais, associações e outras

instituições privadas passem a construir suas próprias regras de conduta e governança. Quer dizer, os setores sociais, especialmente a economia, promovem uma auto normatização social, que passa a conviver com a produção normativa dos Estados nacionais. De outra banda, desvinculam-se da arena judicial como espaços destinados à solução de seus conflitos, privilegiando métodos e procedimentos próprios de resolução de seus conflitos.

O presente artigo, sem a mínima pretensão de esgotar o tema debatido, tenciona responder às seguintes inquietações: especialmente após a consolidação da globalização no pós-1989, há espaço para o estabelecimento de constituições sociais parciais ou ainda persiste a exclusividade do modelo constitucional político-estatal? Sendo possível essa fragmentação, sob que critérios as normas dos setores autônomos da sociedade podem ser consideradas constitucionais?

1. O TRADICIONAL MODELO DO CONSTITUCIONALISMO POLÍTICO-JURÍDICO:

O tradicional constitucionalismo surgiu ao final das revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII, sendo um produto da vitória do liberalismo sobre a soberania das monarquias europeias. Como explica Ricardo Campos, lembrando as lições de Reinhart Koselleck, nesse período “ocorre uma cisão na dimensão temporal entre espaço de experiência e horizonte de expectativa, onde conceitos incorporam a seus significados um momento de dinâmica ocasionado pela profunda transformação social.” (CAMPOS, 2016, p. 181).

As constituições surgem com a queda no *ius publicum europeum*, sendo um produto da modernidade (*Neuzeit*). Simbolizam a divisão entre Estado e sociedade, necessária àquela época como forma de, concomitantemente, instituir o poder político independente das demais fontes sociais e desvinculado do soberano. Sob a égide da separação dos poderes, as constituições nasceram como um artifício de caráter universal, revelador da vitória do direito positivo sobre o direito natural. Além disso, garantem as liberdades individuais, através da proclamação dos direitos fundamentais.

Por esse prisma, as constituições seriam compostas, basicamente, por dois grupos bastante heterogêneos: o primeiro trata da separação dos poderes, da forma e da organização do Estado e das regras de transformação da própria Carta Política; o segundo cuida dos direitos fundamentais. Ou seja, uma parte está ligada ao

ordenamento do Estado e a outra às relações entre esse e os cidadãos. Espelhando a divisão entre Estado e sociedade, aprofunda-se a dicotomia entre direito público e direito privado.

Independentemente de algumas divergências, os constitucionalistas clássicos, tais como Kelsen (2003), concordam que as constituições estão necessariamente vinculadas à figura de um Estado nação, territorialmente delimitado, que, além de se auto compor e auto organizar, condensa todo o poder político e detém a exclusividade na produção de normas jurídicas em sentido estrito. Seguindo a teoria de Rocha (2005), esse seria uma perspectiva de matriz teórica analítica. Pelo ângulo da sociologia constitucional, todavia, trata-se de uma “reação à diferenciação (moderna) entre Direito e Política e uma tentativa de resolver (ou esconder!) os seus problemas: o problema da soberania política e o problema da positivação (autodeterminação) do Direito.” (CORSI, 2001, p. 173).

Soberania, poder político e positivismo são, de fato, importantes fatores para se analisar o constitucionalismo. Gardbaum (2009), por exemplo, tendo a soberania como lente de observação, identifica quatro estágios da histórica do constitucionalismo. Na fase pré-constitucionalista, a soberania estava identificada de forma indivisível e absoluta no próprio soberano-monarca (*l'état, c'est moi*). Já no segundo momento, pós-revoluções do século XVIII, o pensamento constitucionalista já consegue evoluir para a soberania popular, ou seja, aquela que é delegada pelo povo a seus representantes, dos quais se pode exigir certos limites morais e/ou políticos no exercício do poder. Na sequência, o constitucionalismo impõe limites ao exercício do poder pelo soberano, especialmente, pela legalização de direitos fundamentais, inclusive os de conotação social, que, frequentemente, passam ser judicializados. Nesse formato, contudo, os limites e mecanismos de fiscalização são produzidos e têm eficácia apenas interna (constitucionalismo doméstico). No terceiro momento do constitucionalismo, essas barreiras territoriais são ultrapassadas e o exercício do poder político e o respeito aos direitos fundamentais passam a ser impostos pelo direito internacional, sendo interpretados e aplicados, também, por atores privados e estatais internacionais. Trata-se de um constitucionalismo global.

Com efeito, assim como aconteceu no período das grandes revoluções burguesas, o pós-segunda guerra mundial inicia um período de elevada pressão interna da sociedade exercida por movimentos de alta complexificação e

diferenciação, que se intensificam com a queda do muro de Berlin e a consolidação da globalização. A essa altura, o conceito clássico das constituições tradicionais, baseado no centralismo político estatal, sua exclusiva repercussão territorial e um absolutismo na produção normativa, entra em crise.

2. A GLOBALIZAÇÃO E SUAS REPERCUSSÕES SOBRE A TEORIA CONSTITUCIONAL CLÁSSICA:

Partindo do sonho dos Romanos e passando pelas grandes navegações, pelo colonialismo, pela forte urbanização do século XIX e, por que não, as duas grandes guerras mundiais, a humanidade sempre procurou diminuir distâncias e diferenças na sociedade mundial. Todavia, apenas com a queda do muro de Berlin escancararam-se as possibilidades de interação dos diversos ramos sociais autônomos, potencializando seus relacionamentos e, conseqüentemente, suas colisões e conflitos, marcas da hipercomplexidade que impregna a sociedade globalizada. A aldeia global não possui mais as amarras que deixavam os regimes sociais parciais em estado de latência. Ao contrário, a fragmentação da sociedade moderna em inúmeros setores sociais autônomos ganhou velocidade e profundidade com a globalização.

Realmente, esse fenômeno alterou a dinâmica dos sistemas político e jurídico, bem como dos demais subsistemas da sociedade. “A globalização traz consigo uma série de significados, porém o mais importante deles é a diferenciação funcional dos subsistemas sociais, tais como a política, a ciência, a economia e o direito, ou seja, trata-se de uma *globalização policêntrica* (...) A globalização é um processo policêntrico, no qual diversos âmbitos vitais superam seus limites regionais e constituem, respectivamente, setores globais autônomos” (TEUBNER, 2005, p. 87).

No que tange ao constitucionalismo, parece bastante claro que a globalização provocou efeitos diretos sobre a tradicional visão político-jurídico, ancorada na legitimidade democrática dos Estados nação e limitado por contornos territoriais. A incapacidade de apresentar soluções tempestivas para os problemas da sociedade fragmentada redirecionou a ideia de constitucionalidade para um regime normativo baseado em expectativas cognitivas. O dogma da territorialidade é superado pelo princípio da diferenciação setorial, reflexo da multidivisão da própria sociedade global. “Na sua forma atual, globalização é sinônimo de uma transformação do princípio

fundamental da diferenciação: uma mudança da diferenciação territorial rumo à diferenciação funcional no plano mundial” (TEUBNER, 2003, p. 12).

Repudiando a ideia de um constitucionalismo centralizado na exclusividade da figura do Estado, suposto único centro ou unidade de autoridade constitucional, Neil Walker afirma que “A relação entre as ordens jurídicas sociais é agora horizontal em vez de vertical - heterárquico em vez de hierárquico”³ (WALKER, 2002, p. 337) sendo “possível conceber autonomia sem exclusividade, ou seja, imaginar a autoridade suprema, ou soberania, em termos não exclusivos. Isto é devido ao surgimento de políticas cujas fronteiras impostas não são (ou não meramente) territoriais, mas também setoriais ou funcionais.”⁴ (WALKER, 2002, p. 335) Fechar os olhos para isso, segundo o autor, “é tentar forçar pinos quadrados em orifícios redondos e subestimar a extensão e distorcer o caráter da transformação que está em andamento”⁵ (WALKER, 2002, p. 337).

Poul F. Kjaer (2013), mesmo defendendo que a globalização proporcionou a expansão quantitativa e qualitativa do Estado, concorda que ele não possui uma centralidade essencial na sociedade ou um monopólio sobre todas as operações dos segmentos sociais, agindo como um “verniz fino encobrendo formas particulares e locais muito persistentes de ordenamento social, que operam abaixo do estado”.⁶ Para Kjaer

embora uma parte maior do globo seja gradualmente caracterizada por um tipo moderno de Estado, no qual uma forma limitada, mas generalizada de poder político é implantada em um terreno territorial, isso não significa que todas as operações sociais dentro do território em questão sucumbiram automaticamente ao poder político. O poder político permanece fundamentalmente incapaz de definir ou controlar, por exemplo, as crenças religiosas, a beleza da arte, o valor das notícias ou verdades científicas. A supremacia política existe apenas em relação às funções sociais específicas, embora muito fundamentais, do poder político, como o exercício legítimo da violência física.⁷

³ Tradução livre para “The relationship between social legal orders is now horizontal rather than vertical - heterarchical instead of hierarchical”

⁴ Tradução livre para “it is possible to conceive autonomy without exclusivity, that is, to imagine the supreme authority, or sovereignty, in non-exclusive terms. This is due to the emergence of policies whose boundaries imposed are not (or not merely) territorial, but also sectoral or functional”

⁵ Tradução livre para “is to try to force square pins into round holes and underestimate the extent and distort the character of the ongoing transformation”

⁶ Tradução livre para “vener covering up very persistent private and local forms of social ordering, which operate beneath the state.”

⁷ Tradução livre para “So even though a larger part of the globe is gradually characterized by a modern type of statehood, in which a limited, but generalized form of political power is deployed throughout a territorial terrain, this does not mean that all social operations within the territory in question automatically succumbed to political power. Political power remains fundamentally incapable of defining or controlling, for example, religious beliefs, the beauty of art, the value of news, or scientific truths. Political supremacy exists only in relation to the specific, albeit very fundamental, social functions of political power, such as the legitimate exercise of physical violence.”

Portanto, nesse novo modelo, a centralidade absoluta, hierarquia, preponderância e prevalência do poder político como *locus* medial de controle social sofre uma guinada no sentido de sua desestruturação (TEUBNER, 2020, p. 169/173), inclusive, uma inevitável e radical fragmentação legal. Na verdade, essa ideia de fragmentação do direito segundo diferenciações setoriais da sociedade e não por retirada das fronteiras territoriais já encontrava eco na sociedade mundial (*Weltgesellschaft*), teorizada por Luhmann na década de 1970 (FISCHER-LESCANO; TEUBNER, 2012, p. 105).

O pluralismo jurídico oriundo da análise combinada da fragmentação jurídica global e da perspectiva sistêmica do direito aponta para uma interação dinâmica entre as inúmeras “faixas legais” que transitam no sistema social. A partir de uma visão que repudia as soluções estruturalistas e estanques para a questão monista, esse “novo” pluralismo jurídico apresenta-se como uma mudança da cadeia estrutura-norma-unidade-função para uma posição ligada ao processo-ação-diferença-codificação. Qualquer comunicação que observa uma ação sob o código binário legal/ilegal constitui parte integrante do discurso jurídico, já que

O pluralismo jurídico já não é definido como um conjunto de normas sociais conflitantes em um dado campo, mas como uma multiplicidade de diversos processos comunicativos que observa a ação social sob o código binário de legal / ilegal (...) Não é estrutura nem função, mas o código binário que define o que é legal no pluralismo jurídico (...) O novo pluralismo jurídico precisa mudar a ênfase e se concentrar na fragmentação de autoprodução social em uma multiplicidade de discursos fechados.⁸ (TEUBNER, 1991, p. 1.451/1.457)

Ao contrário dos Estados-nação, o direito global não se baseia mais na estrutura, com sua consistência normativa institucionalmente segura, mas, sim, em processos, derivando simplesmente dos modos de conexão entre operações legais que transferem legalidade vinculativa entre ordens legais heterogêneas. A “interlegalidade” operativa toma o lugar da unidade legal da lei global, pois

o direito mundial desenvolve-se a partir das periferias sociais, a partir das zonas de contato com outros sistemas sociais, e não no centro de instituições de Estados-nações ou de instituições internacionais. As *global villages* de áreas sociais parciais autônomas formam a nova Bukowina da sociedade mundial, na qual o direito vivo, de Eugen Ehrlich, ressurgiu nos nossos tempos. Aqui se localiza a razão mais profunda do fato de que nem as teorias políticas nem as teorias institucionais do direito, mas tão-somente uma teoria

⁸Tradução livre para: “Legal pluralism is then defined no longer as a set of conflicting social norms in a given social field but as a multiplicity of diverse communicative processes that observe social action under the binary code of legal/illegal (...) It is neither structure nor function but the binary code that defines what is legal in legal pluralism. (...) The “new” legal pluralism needs to shift emphasis and focus on the fragmentation of social self-production in a multiplicity of closed discourses”

– renovada – do pluralismo jurídico, pode fornecer explicações adequadas da globalização do direito. (TEUBNER, 2003, p. 14)

Com isso, perde força o monismo jurídico em face da multidimensionalidade do pluralismo jurídico global protagonizado por novos atores ou sujeitos produtores de normas, que representam subsistemas sociais autônomos (FISCHER-LESCANO; TEUBNER, 2012, p. 1.004). De fato, “o pluralismo constitucional implica uma multiplicidade de novos setores de produção normativa que postulam mútuo (re)conhecimento, em uma combinação reflexiva de discursos constitucionais, sem nenhuma espécie de exclusividade de observação” (TONET, 2018, p. 88).

Nessa perspectiva, até mesmo a consagrada ideia de Luhmann (2016, p. 545/588) sobre a constituição como um acoplamento estrutural que tem por missão promover a religação entre os subsistemas sociais autopoieticos (autorreferenciais) da política e do direito e, dessa forma, permitir ao direito positivo se converter num meio de conformação política, assim como ao direito constitucional se tornar um instrumento jurídico para a implantação de uma disciplinarização política, parece insuficiente, dissolvendo-se no mundo globalizado, policontextual, fragmentado, plural e heterárquico.

Isso ocorreu porque os efeitos da globalização atingiram cada subsistemas sociais em velocidades e intensidades distintas. Os sistemas orientados por estruturas cognitivas (economia, ciência, arte, comunicação em massa, etc.) tiveram uma dinâmica muito mais forte do que os setores de conotação normativa (política e o direito). Com isso, aqueles setores sociais, ao defenderem suas próprias autonomias, destituíram a liderança da política e a sua pretensa exclusividade/legitimidade para produção de normas legais. Passaram a figurar como verdadeiros subsistemas globais, que foram se desligando progressivamente da base político-legal dos Estados nacionais (TEUBNER, 2020, p. 84).

Essa tendência na direção de uma globalização/fragmentação do direito só foi possível com a consolidação da expansão de organizações internacionais, transações formalizadas e órgãos reguladores de regimes, que, para além da lógica dos tratados internacionais, estabeleceram-se como ordens legais autônomas que não se vinculam às fronteiras dos territórios dos Estados nacionais. Áreas como comércio externo, negociações trabalhistas, meio ambiente, atividades profissionais, direitos humanos, direito desportivo e, ultimamente, direito digital, constitucionalizaram-se através de parâmetros fundamentais globais e independentes, que passaram a ser objetos de regulações normativas construídas por novos atores privados, tais como grupos

empresariais multinacionais, sindicatos, entidades de classe profissionais, ONG's, *ISO, Social Accountability International*, tribunais arbitrais internacionais, etc.

Sempre foi intrigante a contradição entre a certeza de autorreprodução dos sistemas sociais autônomos a nível mundial e a exclusividade das instituições nacionais quanto ao reconhecimento de constitucionalização jurídico-política. O amadurecimento da globalização exigiu dos setores sociais uma dinâmica tão acelerada, que não poderia mais acatar uma exclusiva submissão à constituição jurídica-política, verticalmente apresentada pelo Estado nação. Como resultado, aprofundou-se um movimento desconstrutivo do conceito clássico de constituição. Sua fragmentação tornava-se inevitável e a constitucionalização dos setores autônomos da sociedade, através de suas as constituições intrínsecas, uma realidade.

Portanto, as discussões unitário-estatais que remontam os séculos XVII e XVIII são deixadas de lado em face de um constitucionalismo para além do Estado nacional. O conceito de constitucionalidade é ampliado, passando a abranger não somente a constituição política dos Estados nação, mas também as inúmeras constituições sociais não-estatais, que, de forma paralela ao processo legislativo, criam suas próprias normas.

3. O CONSTITUCIONALISMO SOCIAL NA GLOBALIZAÇÃO, SEGUNDO GUNTHER TEUBNER:

Percebendo esse acentuado descompasso entre a velocidade das dinâmicas sociais e das mudanças normativas constitucionais realizadas pelo sistema político, Teubner afirma que é necessário se afastar desse totalitarismo constitucional e evoluir para uma fragmentação constitucional (TEUBNER, 2020, p. 124). Na verdade, para ele,

No mar da globalidade, formam-se apenas ilhas de constitucionalidade. Mostram-se pedaços esparsos de uma nova realidade constitucional global, que se caracteriza por meio da coexistência de ordens independentes, não apenas aquelas estatais, mas também aquelas de instituições sociais não estatais autônomas. (2020, p. 125)

O cerne desse discurso está na caducidade da ideia de unidade como único paradigma da teoria constitucional, que só se justifica no contexto inicial da modernidade dos séculos XVII e XVIII. Atualmente, deve ser imediatamente abandonado, em favor da constitucionalização das esferas autônomas e funcionalmente diferenciadas. Em tom de metáfora, Pierre Guibentif diz que, para as

doenças da sociedade, os remédios corretos são as constituições, as quais, em tempos de fragmentação mundial, devem ser entendidas como “dispositivos que assegurem a autonomia de cada sistema social diferenciado e o domesticam por dentro, a fim de evitar que agrida seu meio ambiente e, portanto, suas próprias condições de subsistência (2016, p. 46)⁹.

Na verdade, a nova bussola seria o constitucionalismo para além do Estado nacional-territorial, ou seja, sem submissão ou controle de um ponto único, um cume, um órgão central de monitoramento da sociedade. A constituição deve ser observada numa perspectiva sociológica de matriz pragmático-sistêmica (ROCHA, 2005), com foco na “observação da realidade social que põe em discussão outros modos de observação” (CORSI, 2001, p. 171).

Nesse sentido, Teubner fala de uma “dupla fragmentação da sociedade mundial”, a qual se revela por um lado (i) através da autonomização dos setores sociais globais que produzem suas constituições privadas em paralelo com as constituições nacionais, e por outro, (ii) com a perda da ilusão da possibilidade de uma constituição global, obstada especialmente pela fragmentação regional e cultural da sociedade, que estabelece uma pluralidade de bases e princípios próprios (TEUBNER, 2020, p. 303).

O que justifica a necessidade de se abandonar a fixação na unidade constitucional é a impossibilidade desse modelo acompanhar a alta velocidade das dinâmicas sociais espalhadas em todo o globo. Casos de escândalos públicos internacionais de diversas ordens ligados às violações de direitos humanos por empresas multinacionais, risco de mercados de capitais, corrupções na medicina e armazenamento de dados por organizações globais privadas, não encontram no paradigma constitucional monista mecanismos eficazes de solução.

Isso ocorre porque, se na criação das primeiras constituições jurídico-políticas a ideia era conter o poder político através da criação do Estado de direito, agora, a nova ordem constitucional tem outro escopo: liberar as energias de todos os sistemas sociais autônomos, para além dos Estados Nacionais, sem se descuidar com a vigilância sobre as tendências de efeitos destrutivos que isso pode provocar. Partindo da premissa de que uma maior diferenciação na sociedade moderna aprofunda a

⁹ Tradução livre para “dispositifs qui, à la fois, assureraient l'autonomie de chaque système social différencié et le dompteraient de l'intérieur, afin de l'empêcher de porter atteinte à son environnement et donc à ses propres conditions de subsistance.”

fragmentação interna do próprio direito (FISCHER-LESCANO; TEUBNER, 2012), Teubner defende que a questão constitucional extrapola as raízes do direito público, não sendo restrita ao processo político institucionalizado e às fronteiras territoriais de cada Estado-nação.

Assim, a sociedade global contemporânea deve ser vista pela: (a) falta de estabelecimento de um centro jurídico/político e normativo constitutivo; (b) normativamente, contendo impulsos juridicamente restritivos que não estão concentrados em constituições centradas no Estado; e (c) extração da ordem normativa de uma multiplicidade de formas, frequentemente (mas não necessariamente) articuladas como direitos (THORNHILL, 2011).

Afastando-se das teorias constitucionalistas e filosóficas da constituição, que se fundam, respectivamente, nas figuras do Estado e da política, Teubner reverbera uma nova questão constitucional, que se sustenta, basicamente, na união de quatro grandes plataformas de apoio: a) a moderna teoria dos sistemas autopoieticos (Niklas Luhmann); b) a sociologia da constituição (Chris Thornhill). c) teoria do *private government* (Philip Selznick), e, d) constitucionalismo societal (David Sciulli) (TEUBNER, 2020). Desse somatório, surge o constitucionalismo social, que não é “refém” de um modelo de acoplamento estrutural exclusivo entre o poder e o direito. Na verdade, todos os sistemas sociais podem e devem ser constitucionalizados, pois “numa sociedade fragmentada, formada por uma pluralidade de redes e sistemas funcionais (policontextualizada), não se encontra no plano mundial um equivalente funcional para o Estado nacional.” (TEUBNER, 2005, p. 74).

A tese sustentada por Teubner pode ser sintetizada na perspectiva de que as constituições são decorrentes de processos interdependentes de diferenciação social, caracterizados pela contingência dos direitos constitucionais. As sociedades contemporâneas, detentoras de legitimação política própria e de estruturas jurídicas valiosas, polivalentes, multicamadas e hierarquicamente orientadas, criam uma ordem constitucional informal, desvinculada do centralismo do Estado-nação e, ao mesmo tempo, reveladoras de uma força quase constitucional ligada ao setor privado.

4. OS REQUISITOS PARA A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DAS ESFERAS SOCIAIS AUTÔNOMAS:

Como se anotou, o aprofundamento da globalização, a alta fragmentação normativa e o crescimento da autonomia dos sistemas sociais parciais funcionais, especialmente representados pelos regimes transnacionais, reduziram o protagonismo do Estado territorial, passando a se posicionar, lado a lado com a coletividade política, como sujeitos constitucionais.

Porém, não se pode confundir policontextualidade com constitucionalismo social ou constitucionalismo sistêmico. Em outras palavras, nem toda produção normativa de regimes sociais autônomos revela constitucionalidade. Na verdade, a grande maioria não passa de espécies de normas de direito internacional público ou de uma juridificação “privadas”. Quer dizer, formulam apenas normas regulatórias, mas não normas genuinamente constitucionais. Segundo Teubner, a constitucionalização de tais normas sociais somente atingiria tal envergadura quando passassem pelo teste de qualidade consubstanciado na análise de alguns requisitos (TEUBNER, 2020, p. 206 e ss).

De início, é preciso observar que cada constituição parcial tem a função de regular a abstração de um meio de comunicação unitário e, com isso, garantir os efeitos socialmente abrangentes, independentemente do momento histórico. Divididas em constitutivas e limitativas, essas regras têm a tarefa de promover a diferenciação funcional da sociedade. Para tanto, é preciso que tais normas dos regimes sociais parciais globais sejam destravadas das amarras de um rígido acoplamento estrutural entre política e direito e, assim, possam

estruturar uma rede global de comunicação funcionalmente específicas em escala mundial. (...) As constituições dos regimes funcionais globais se concentram essencialmente no problema de que a diferenciação segmentária interna da política e do direito em unidades estatais restringe a interligação global de comunicações especializadas por funções. (TEUBNER, 2020, p. 164)

Ao tempo em que as tradicionais Cartas formais de âmbito estatal possuem normas de caráter majoritariamente constitutivo, as constituições sociais, mesmo sendo bastante libertadoras para os setores parciais, reforçando suas autonomias pelo descolamento do acoplamento estrutural rígido do direito junto à política, reclamam uma normatização limitativa, sob pena de expansionismos colonizadores entre tais setores. O constitucionalismo para além das constituições dos Estados nacionais enfraqueceu os limites às tendências expansivas dos sistemas funcionais especializados, o que libera também uma energia destrutiva orientada pelo individualismo de cada setor e, conseqüentemente, a colisão entre outras dinâmicas

sociais. Em razão disso, surge a necessidade de normas constitucionais sociais que combatam os perigos horizontais à integridade, ou seja, que consigam calibrar o necessário crescimento dos âmbitos sociais a níveis toleráveis, evitando, assim, colisões com outras dinâmicas parciais (TEUBNER, 2020, p. 167).

O instante crucial da constitucionalidade se revela na impossibilidade de proteção de decisão reflexiva e autocrítica sobre a autolimitação do crescimento do sistema social ou a completa destruição de sua energia expansiva. É nesse mínimo *delay* entre o desastre e a sua última proximidade que a constitucionalidade surge e a autolimitação se estabelece para deixar claro o limite entre crescimento necessário e patológico dos sistemas sociais (TEUBNER, 2020, p. 174).

Importante ressaltar que, mesmo sendo as autolimitações processos internos próprios de onde se retiram decisões sobre ações a serem tomadas pelos sistemas sociais autônomos, essa reflexão endógena é provocada por pressões e irritações do ambiente. Em outras palavras, as compulsões internas de crescimento sistêmico somente podem ser contidas por elementos de retenção de mesmo viés. O que existem são intervenções externas que despertam processos internos de descobrimento de soluções bloqueadoras de expansões, com vistas a evitar autodestruição sistêmica e/ou de dano ao ambiente. Nesse sentido, os direitos fundamentais possuem exatamente essa função protetiva, atuando ora como regras de colisão (eficácia excludente), ora como garantidor de participação de indivíduos ou grupos populacionais (eficácia inclusiva).

Também chama a atenção a constatação de que somente a política pode resolver o paradoxo de se colocar regras para limitar as próprias expansões sistêmicas, o que vem sendo feito através das constituições dos Estados nacionais. Os princípios do Estado de direito, por exemplo, surgiram como forma de limitar o poder absoluto do soberano, ou seja, a política colocou limites normativos ao inflacionado expansionismo do próprio sistema político. Como os demais sistemas sociais não podem inculir regras limitativas próprias, as constituições sociais se autofundam e constroem fronteiras internas por intermédio de seu próprio meio de comunicação intrínseco. Quer dizer, o sistema da ciência com a cognição, a economia com os meios de pagamento e assim por diante (TEUBNER, 2020, p. 213).

Ademais, as constituições sociais expressam seu caráter democrático através da forçosa reflexão interna dos sistemas parciais diante do dissenso. Essa reflexão ocorre em multiníveis e tem por finalidade promover “disputas” sobre as prestações

ao ambiente e sua função perante à sociedade, enquanto sistema mais amplo. Ela é realizada por intermédio de múltiplas instituições sociais, que convivem harmoniosamente nos dois âmbitos de diferenciação interna: o organizacional-profissional e o espontâneo. O primeiro é fruto de pressões de aprendizagem realizadas nos âmbitos espontâneos de outros sistemas funcionais e que tem objetivo promover uma adaptação aberta desse aprendizado, ou seja, outros mecanismos de abertura recíproca; já o segundo, que tem o dever de controlar o âmbito organizacional-profissional, se revela por uma multiplicidade descentralizada de processos comunicativos espontâneos e politizados, garantidos institucionalmente, por exemplo, pelos direitos fundamentais. Para Teubner,

Essa diferença espontâneo/organizado é o ponto de cristalização para uma constitucionalização que vai além do estágio constitucional atual. Trata-se, aqui, sempre da questão de ajustar o equilíbrio precário do âmbito espontâneo e do âmbito organizacional de forma sempre renovada e, ao fazê-lo, trabalhar especificamente contra a tendência que o âmbito organizacional tem em subjugar o âmbito espontâneo aos seus interesses próprios. (2020, p. 186)

Outro teste de qualidade anunciado por Teubner diz respeito ao surgimento de meta-código constitucional autônomo.

Como já se aduziu, as constituições sociais devem ser entendidas como acoplamentos estruturais entre direito e o sistema social-alvo e não somente entre direito e política, como desenhado inicialmente por Luhmann. O estágio final da constitucionalização do sistema social somente é atingido quando esse acoplamento se apresenta de uma forma tão densa e perene que surge um código constitucional autônomo, que diferencia a constitucionalidade da mera juridificação do sistema social parcial. Teubner o rotula de metacodificação híbrido-binária (2020, p. 218). Trata-se do meta-código “constitucional/inconstitucional”, que impõe às decisões uma nova fase adicional ao código jurídico binário “lícito/ilícito”. Além disso, sua hibridez faz com que essa reflexão seja imposta aos típicos códigos dos demais sistemas sociais. As irritações e pressões recíprocas formadas pelo acoplamento estrutural forte entre sistemas autônomos parciais iniciam um processo contínuo de dupla linguagem que reclamam constantes traduções pelas constituições sociais.

Nesse ponto, importante perceber que existem as comunicações policontextuais primárias, isto é, aquelas que possuem apenas relevância em seus próprios contextos, onde se desenvolvem e se aplicam de forma indiscriminada, materializando-se numa dinâmica de juridicização e, portanto, sob o binário código do subsistema do direito (legal/ilegal). Essas comunicações, porém, podem ou não

assumir caráter constitucional. Tudo depende se elas alcançam uma posição de policontextualidade reflexiva, pela qual re(criam) princípios fundamentais e passam a se submeter ao código constitucional/inconstitucional (TONET, 2018, p. 91).

Nas constituições sociais o protagonismo não está nos processos jurídicos, que possuem apenas atuação secundária, mas, sim, nos processos sociais. Isso ocorre porque elas almejam primeiramente a autofundação constitutiva (*Selbstkonstitution*) mediática de um sistema social, ou seja, a fixação de fronteiras para o ambiente (fechamento de primeira ordem) e o estabelecimento de sua identidade própria (fechamento de segunda ordem). Já a constitucionalização (*Konstitutionalisierung*), por sua vez, fica para um segundo momento e está ligada à dupla reflexividade entre o sistema social auto constituído e o direito que, na sua reflexividade, serve de suporte para essa auto fundação. Ou seja,

É pressuposto para uma constituição em sentido estrito, portanto, que se produza um acoplamento estrutural de mecanismos reflexivos do direito – ou seja, de normatizações jurídicas secundárias, nas quais normas são aplicadas a normas – com mecanismos reflexivos do setor social em questão. (TEUBNER, 2020, p. 210)

Nesse ponto, importante fazer menção à discordância de Fernando Tonet (2018, p. 94) à teoria de Teubner quanto à probabilidade de constitucionalização da produção normativa privada, como os códigos de conduta internos das empresas multinacionais. É que, enquanto para os defensores do constitucionalismo social há uma tendência de constitucionalização dessas normas, para os estudiosos do constitucionalismo sistêmico, a maioria dessa produção normativa não supera a ligação jurídica de legalidade, restritos ao código binário legal/ilegal.

Todavia, para ambos os autores, a passagem para a constitucionalidade é bastante estreita, condicionada à policontextualidade reflexiva de dupla observação (primária e secundária). Quer dizer, a condição para que se cogite de constitucionalização e não mera juridificação do sistema social parcial é que se tenham presentes não apenas normas primárias, mas, também, normas secundárias. Para Teubner, o critério decisivo para a distinção é a "reflexividade medial", que ocorre, por exemplo, quando

o poder regula o poder, quando operações monetárias regulam o fluxo de dinheiro, quando meta-teorias, epistemologia e metodologia regula o que é uma operação científica e o que é superstição, quando regras secundárias regulam regras primárias - geralmente, quando as regras especiais de meio de comunicação de um sistema funcional se torna reflexivo e regula uma operação de segunda ordem por suas operações de primeira ordem - só

então chegamos ao *proprium* de uma constituição. (TEUBNER, 2011, p. 277)¹⁰

CONCLUSÃO

Como afirma Elmauer, “De modo não muito distinto ao do período que marca o estabelecimento da sociedade moderna, bem como da diferenciação funcional dos sistemas jurídico e político, vivemos na atualidade uma fase de radical transformação do constitucionalismo.” (2016, p. 13). De fato, com o aprofundamento da globalização, o constitucionalismo iniciado na modernidade, fundado no monopólio jurídico-político do Estado nação territorialmente delimitado, experimenta uma grave crise, diante do seu enfraquecimento interno, aliado a uma pressão por novas formas de constitucionalização para além de suas fronteiras.

Segundo Marcelo Neves, o Estado deixou de ser o *locus* privilegiado de solução dos problemas constitucionais (2009, p. 256), cenário propício para o surgimento das “constituições intrínsecas”, que esvaziam o excessivo caráter intervencionista estatal ainda predominante. As constituições parciais definem a operacionalidade diferenciadora de um certo âmbito social com relação às expectativas, regras e instituições, exigindo, para isso, conformidade das respectivas normatividades.

É indiscutível a urgência na promoção de um constitucionalismo social a nível global, mediante o qual as demandas das diversas esferas sociais autônomas possam ser atendidas na forma e tempo adequados. A ideia de constitucionalizar todos os ramos sociais autônomos parte da impossibilidade de uma constituição político-jurídica-territorial responder de maneira condizente com todos os seus pleitos. Ou seja, é necessário que os regimes sociais produzam normas jurídicas relativamente de forma autônoma e parcialmente desvinculada do poder político de qualquer Estado nação, criando uma espécie de direito global, ordenamento normativo *sui generis*, fruto de reflexões setoriais próprias. No presente momento constitucional da sociedade global, tende-se para a *multilateralização do constitucionalismo* (ELMAUER, 2016).

¹⁰ Tradução livre para “power regulates power, when monetary operations regulate the flow of money, when meta-theories, epistemology and methodology regulate what is a scientific operation and what is superstition, when secondary rules regulate primary rules - more generally, when the special communication medium of a function system becomes reflexive and regulates in a second-order operation its first-order operations - only then have we reached the *proprium* of a constitution.”

A ideia de Constitucionalismo da sociedade (*Gesellschaftskontitutionalismus*) ou constitucionalismo social, portanto, afasta qualquer proposição reducionista de constituição atrelada ao poder político e ao Estado-centrismo, passando a revelar que as ordens sociais parciais devem ser constitucionalizadas, independentemente de forma escrita e formal, passando a produzir, de forma descentralizada, suas próprias normas de regência, em busca de uma estabilização.

O Estado perde sua centralidade e superioridade hierárquica, transferindo para a sociedade várias tarefas, dentre as quais, a exclusividade na produção de normas (police centralidade), inclusive, as constitucionais, que, paulatinamente, passam a ser obra de uma multiplicidade de setores sociais. Abandona-se a perspectiva de um ponto centralizador de axiomas jurídicos em face de uma de multiplicidade reflexiva de comunicações constitucionais, que são produzidas em diversos contextos (TONET, 2018, p. 90/91). Há um entrelaçamento dos códigos normativos privados e públicos.

Essa auto regulação ocorre porque a análise reflexiva dos diferentes discursos sociais, agora, ignora a existência de centro e periferia, o que remete à possibilidade de constitucionalização de acordo com o ponto do observador. De fato, inexistindo um único local privilegiado e específico para a descrição social correta, os regimes autônomos não estatais como o direito, a política, a economia, a religião, a ciência, a arte, etc., enfim, todos os subsistemas sociais, movimentam-se no sentido de validação, não apenas de suas próprias normatividades, mas de uma auto constitucionalização.

Entretanto, é necessário não cair na armadilha de acreditar que todas as normas produzidas pelos sistemas sociais autônomos podem ser qualificadas como constitucionais e não como meras regulamentações que ensejam juridificação. A condição para a constitucionalização de normas próprias dos setores sociais é o acúmulo de uma policontextualidade reflexiva de dupla observação (primária e secundária).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BRUNKHORTS, Hauke. **Rumo a uma nova ordem global: vinte anos após 1989 e além.** In: RBCS, vol. 26, n. 77 out. 2011, pp. 25-30. acesso em 12/05/2020 em https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092011000300004.

CAMPOS, Ricardo. **A metamorfose do direito global para uma genealogia do direito além do estado nacional no limiar do século XIX. Teorias contemporâneas do direito: o direito e as incertezas normativas.** Coordenação Pedro Fortes, Ricardo Campos, Samuel Barbosa./ 1ª edição./ Curitiba: Juruá, 2016. v. 1.

CORSI, Giancarlo. **Sociologia da Constituição.** Tradução de Juliana Neuenschwander Magalhães. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, n.º 39 (2001).

ELMAUER, Douglas. **Sociedade global e fragmentação constitucional: os novos desafios para o constitucionalismo moderno.** Direito. UnB - Revista de Direito da Universidade de Brasília, v. 2, n. 2, p. 11-43, 1 abr. 2016.

FISCHER-LESCANO, Andreas & TEUBNER, Gunther. **Colisões de regimes – a busca vã por unidade jurídica na fragmentação do direito global.** In: Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC. Belo Horizonte, ano 6, n. 21, p.105-155, jan./mar. 2012.

GARDBAUM, Stephen, **Human Rights and International Constitutionalism** (2009). Ruling the world? Constitutionalism, international law and global government, Jeff Dunoff and Joel Trachtman, eds., Cambridge University Press, 2009, UCLA School of Law Research Paper No. 08-01, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1088039>.

GUIBENTIF, Pierre. **For a Sustainable World Society by the Self-Constitutionalization of Differentiated Social Systems**, 93 Droit et Societe 455 (2016), Mar 31 16:44:19 2020 SOURCE: Content Downloaded from HeinOnline).

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KJAER, Poul F. **Transnational Normative Orders: The Constitutionalism of Intra- and Trans-Normative Law**, 20 Ind. J. Global Legal Stud. 777 (2013). FONTE: Conteúdo baixado da HeinOnline Data da transferência: Ter 31 de março 14:32:03 2020.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**; tradução Saulo Krieger; tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. São Leopoldo: Unisinos, 2005.

TEUBNER, Gunther. **The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism**, 13 Cardozo L. Rev. 1443 (1991).

_____. **A Bukowina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional**. Tradução do alemão: Peter Naumann. Revisão técnica: Dorothee Susanne Rüdiger. Impulso, Piracicaba, 2003. https://siposg.furg.br/selecao/download/1065/Teubner2003_PluralismoJrco.pdf. acesso em 21/04/2020.

_____. **La constitucionalización de la sociedad global**. In: El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global. Lima: ARA Editores. 2005.

_____. **Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização**. Série IDP- linha Direito Comparado – 2ª ed. – São Paulo: Editora Saraiva, 2020.

_____. **Horizontal Effect Revisited: A Reply to Four Comments**, 40 R & R 275 (2011). DATE DOWNLOADED: Tue Mar 31 14:38:11 2020 SOURCE: Content Downloaded from HeinOnline. acesso em 20/04/2020.

THORNHILL, Chris. **Constitutional Law from the Perspective of Power: A Response to Gunther Teubner**. 20 Soc. & Stud legal. 244 (2011). ALWD 6a ed. Heionline. Acesso em 09/04/2020.

TONET, Fernando. **Entre Cila e Caríbdis: O árduo caminho do constitucionalismo sistêmico**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Vale dos Sinos. Programa de Pós-Graduação em Direito. São Leopoldo, 2018.

WALKER Neil, **The Idea of Constitutional Pluralism**, 65 Mod. L. Rev. 317 (2002).

FONTE: Conteúdo baixado da HeinOnline, Data da transferência: Qui 23 Abr 13:57:26 2020.

A AMPLIAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO PLENÁRIO VIRTUAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CENÁRIO DA CRISE DE SAÚDE GERADA PELO COVID 19

*Hugo Assis Passos¹
Cleopas Isaías Santos²
João Rafael de Oliveira³*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A metamorfose e características do plenário virtual; 2 A necessária observância do princípio do colegiado no plenário virtual; 3 O desenho do plenário virtual e ampliação da competência no cenário de crise de saúde do COVID-19; Considerações finais; Referências

RESUMO: O artigo promove reflexões acerca do atual estágio do plenário virtual do Supremo Tribunal Federal, no que concerne à competência e estrutura institucional de julgamento. Estrutura-se numa análise constitucional da criação, implementação e adequações do meio eletrônico de julgamento. Investiga-se as características dos julgamentos neste meio. Reflete-se sobre o princípio do colegiado. Realiza-se juízo de prognose de prevalência dos entendimentos do relator. Por fim, verifica-se potenciais ofensas aos direitos processuais fundamentais. Utiliza-se o método de abordagem dedutivo, sob o procedimento monográfico, com técnica de pesquisa bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Plenário Virtual; Competência, Ampliação, COVID-19

WIDENING THE COMPETENCE OF THE BRAZILIAN FEDERAL SUPREME COURT'S VIRTUAL PLENARY IN THE CONTEXT OF THE COVID-19 HEALTH CRISIS

ABSTRACT: The article promotes reflections on the current stage of the virtual plenary session of the Supreme Court, regarding the institutional competence and structure of judgment. The characteristics of the trials in this environment are investigated. It reflects on the collegiate principle. There is a judgment of the prognosis of prevalence of the rapporteur's understandings. Finally, there are potential offenses against fundamental procedural rights. The deductive approach method is used, under the monographic procedure, with bibliographic research technique.

KEYWORDS: Virtual Plenary; Competence; Widening; COVID-19

Artigo Científico apresentado à disciplina Desafios Contemporâneos da Ordem Constitucional, Programa de Doutorado em Direito-IDP – ano 2020.

¹ Advogado. Professor da Universidade Estadual do Maranhão. Mestre em direito constitucional pelo IDP, doutorando em direito pelo IDP.

² Doutorando em Direito Constitucional pelo IDP; Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS; Delegado de Polícia; Professor da Universidade Estadual do Maranhão.

³ Doutorando em Direito pelo IDP. Mestre em Direito do Estado, com ênfase em processo penal pela UFPR. Coordenador da pós graduação em direito penal e processual penal da ABDConst. Professor de Direito Processual Penal do Centro Universitário Unibrasil. Diretor financeiro do IBDPE. Advogado, sócio do Monteiro Rocha Advogados.

INTRODUÇÃO

No dia 04 de fevereiro de 2020, o Ministério da Saúde brasileiro declarou emergência de saúde pública de importância nacional, ato contínuo, decreto do executivo, nº 06/2020, aprovado pelo senado e publicado no diário oficial da União, dia 20 de fevereiro de 2020, declarou estado de calamidade pública em razão da avanço do novo coronavírus – COVID 19.

Na mesma senda, os governadores dos estados, do Distrito Federal, assim como, prefeitos municipais, editaram atos normativos de sua competência para o controle da disseminação do vírus; deste modo, as atividades públicas e privadas foram reorganizadas, mantendo-se apenas serviços essenciais, em âmbito federal, estadual e municipal.

No Poder Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça, através da resolução 313/20, suspendeu prazos em todas as jurisdições até 30 de abril de 2020, com prorrogação até 15 de maio de 2020, pela resolução 314/20. Estes atos normativos objetivaram uniformizar o funcionamento e garantir o acesso à justiça durante a crise de saúde, contudo, a suspensão não alcançou o Supremo Tribunal Federal,

Neste cenário, o Supremo Tribunal Federal, em marcha contínua de virtualização dos atos processuais da corte, a exemplo da ampliação da competência de julgamento do plenário virtual, anunciou para os dias 15 e 16 de abril, o início das primeiras sessões plenárias inteiramente em videoconferência, em observância à sua resolução nº 672 que objetivou a diminuição de circulação de pessoas no prédio do órgão de cúpula do Poder Judiciário Brasileiro.

Neste estado de coisas, debruça-se sobre a ampliação das competências do plenário virtual e da pertinência constitucional das repercussões das decisões administrativas do STF na virtualização de atos processuais.

O plenário virtual foi criado e implementado para o julgamento da preliminar da repercussão geral no Supremo Tribunal Federal, requisito indispensável para julgamento do mérito do Recurso Extraordinário atinente à comprovação da relevância social, política, econômica e jurídica da questão constitucional vertida no recurso excepcional.

Ocorre que o STF, via reformas regimentais, vem ampliando a competência do plenário virtual para julgamento de mérito do recurso extraordinário, especificamente, na hipótese de reafirmação de jurisprudência consolidada da corte e, por meio da

Emenda Regimental 51, de 2016, o julgamento dos embargos de declaração e dos agravos internos.

A resolução nº 669 de 19 de março de 2020, por sua vez, regulamentou que todos os processos de competência do Tribunal poderão, a critério do relator ou do ministro vistor, com a concordância do relator, ser submetidos a julgamento em listas de processos em ambiente presencial ou eletrônico, observadas as respectivas competências das Turmas ou do Plenário.

Resta claro, que, com as novas disposições regimentais, completou-se a transferência de competências do plenário físico para o plenário virtual, ou uniformização das competências, em nome da continuidade da prestação jurisdicional na perspectiva da crise de saúde vivenciada, e da proteção do valor da celeridade; porquanto, declara o Supremo Tribunal Federal que almeja uma prestação jurisdicional efetiva, razoavelmente durável e o aperfeiçoamento da gestão dos estoques de demandas.

Adverte-se que da leitura das alterações regimentais supramencionadas, não se extrai que as modificações da competência do plenário virtual sejam temporárias, ao contrário, o comportamento institucional na última década demonstra caráter de perenidade em tais reformas do regimento.

Neste passo, reflete-se se em prol da continuidade, ainda que em um cenário de crise, e da celeridade da tutela jurisdicional, podem ser superados outros valores consagrados pelo ordenamento jurídico brasileiro, tais como a segurança, o devido processo legal, a colegialidade, o dever de fundamentação, a transparência na seleção e julgamento dos temas.

Admite-se que a busca por soluções para o acúmulo de demandas no Supremo Tribunal Federal e o desequilíbrio funcional da Corte Suprema brasileira, decorrente da crise numérica vivida, impõe atenção e criatividade administrativa para equacionar tal situação.

Entretanto, é passível de questionamento a postura crescente de se retirar do plenário físico o julgamento de mérito de espécies recursais e as ações constitucionais do controle abstrato, ou seja, utilização do plenário virtual para além da análise da repercussão geral da questão constitucional.

Desta feita, levanta-se como problema de pesquisa em que medida o desenho institucional do plenário virtual e a ampliação de sua competência para enfrentamento da crise de saúde e da crise numérica do Supremo Tribunal Federal proporciona a

mitigação do princípio do colegiado, aumentando-se os poderes do relator, e representando possíveis ofensas a normas fundamentais processuais.

Como hipótese, afirma-se que a ampliação, em caráter definitivo, da competência do plenário virtual para julgamento de todos os processos de competência do Tribunal, a critério do relator ou do ministro vistor com a concordância do relator, pela metodologia do julgamento em listas de processos em ambiente eletrônico, observadas as respectivas competências das Turmas ou do Plenário, proporciona a mitigação do princípio do colegiado, concentrando-se ainda mais poderes no relator, assim como ofendem normas fundamentais processuais.

Como objetivo geral, pretende-se investigar a adequação da utilização do plenário virtual para julgamento do mérito de recursos no STF e ações constitucionais, por meio de reflexões sobre a arquitetura institucional do meio eletrônico e das experiências neste espaço já vivenciadas no julgamento da apreciação da repercussão geral.

Como objetivos específicos, analisa-se a estrutura institucional do plenário virtual; as alterações regimentais que ampliaram suas competências; a mitigação do princípio do colegiado, a potencial prevalência dos entendimentos do relator e as possíveis ofensas às normas processuais fundamentais.

Desenvolve-se a pesquisa sobre o tema utilizando-se o método de abordagem dedutivo, sob o procedimento monográfico, com técnica de pesquisa bibliográfica.

1. A METAMORFOSE E CARACTERÍSTICAS DO PLENÁRIO VIRTUAL

No julgamento dos recursos extraordinários, após a criação do filtro da Repercussão Geral, o denominado plenário virtual foi o meio tecnológico utilizado pelo Supremo Tribunal Federal para racionalizar a análise da existência de relevância social, econômica, jurídica e política em sede de controle difuso. (PASSOS, 2018)

Ou seja, quando de sua gênese, o meio eletrônico, dentro da arquitetura institucional do Supremo Tribunal Federal, foi o órgão destinado ao julgamento da repercussão geral, contudo, o denominado plenário virtual não teve seu rol de competência expressamente delimitado pelo Regimento Interno. (PASSOS, 2018)

A Emenda Regimental nº 42 deu a seguinte redação ao artigo 323 do RISTF: “Quando não for caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão, o(a) Relator(a)

ou o Presidente submeterá, por meio eletrônico, aos demais Ministros, cópia de sua manifestação sobre a existência, ou não, de repercussão geral”. (BRASIL, 2010b).

Igualmente, nos exatos termos da referida emenda, passou a vigor o artigo Art. 323-A, com a seguinte redação: “O julgamento de mérito de questões com repercussão geral, nos casos de reafirmação de jurisprudência dominante da Corte, também poderá ser realizado por meio eletrônico” (BRASIL, 2010b).

Além dessas hipóteses, em sessão administrativa, no dia 22 de junho de 2016, o Supremo Tribunal Federal aprovou nova regra, via alteração regimental, Emenda 51, acrescentando ao Regimento Interno o parágrafo 5º ao artigo 317 e o parágrafo 3º ao artigo 337, para julgamento dos agravos regimentais e embargos de declaração – lista. Ampliou-se a competência do meio eletrônico de julgamentos, plenário virtual, para julgamento desses recursos. (PASSOS, 2018)

A principal mudança decorrente desta alteração foi o prazo de cinco dias úteis para a manifestação acerca do provimento ou improvimento do recurso, logo, criou-se o voto tácito do ministro que deixar de se manifestar nos cinco dias, no mesmo sentido do voto do relator do processo.

Em junho de 2019, a resolução nº 642 regulou o julgamento de processos em lista nas sessões presenciais e virtuais do Supremo Tribunal Federal. No artigo 1º, § 1º, disciplinou-se que a critério do relator, poderiam ser submetidos a julgamento em ambiente eletrônico, observadas as respectivas competências das Turmas ou do Plenário, os seguintes processos: agravos internos, agravos regimentais e embargos de declaração; medidas cautelares em ações de controle concentrado; referendums de medidas cautelares e de tutelas provisórias; recursos extraordinários e agravos, inclusive com repercussão geral reconhecida, cuja matéria discutida tenha jurisprudência dominante no âmbito do STF; demais classes processuais cuja matéria discutida tenha jurisprudência dominante no âmbito do STF.

Em mais uma alteração em seu aspecto institucional, a resolução nº 669, de 19 de março de 2020, possibilitou que os processos de competência do Tribunal poderão, a critério do relator ou do ministro vistor com a concordância do relator, ser submetidos a julgamento em listas de processos em ambiente presencial ou eletrônico, observadas as respectivas competências das Turmas ou do Plenário.

Consolidou-se assim o ciclo de ampliação das competências do plenário virtual, atualmente, apto ao julgamento de todas as espécies de processos de competência do tribunal, sem qualquer menção à caráter de provisoriedade.

No curso desta metamorfose do plenário virtual, diversas críticas foram endereçadas ao referido meio eletrônico diante da constatação de deficiências.

Estas decorrentes de seu desenho institucional, falta de transparência, voto tácito, discricionariedade e deficiência de fundamentação – comportamento decisório dos ministros (MEDINA, 2014).

No que concerne à transparência no processo decisório, a Constituição brasileira a concebe como direito fundamental. Quando foi implantado, em 2007, o plenário virtual não era público, seu acesso era limitado aos Ministros; mas, em 2008, o acesso foi liberado ao público em geral, todavia, ainda existe amplo espaço de ampliação da transparência dos julgamentos no plenário virtual. (MEDINA, 2014).

No mesmo sentido, ao analisar o processo decisório no plenário virtual, verificou-se a inexistência de critérios claros para submissão de temas ao meio eletrônico de julgamento; igualmente, constatou-se ausência de transparência das razões para o elevado grau de abstenção dos Ministros e quanto aos fundamentos dos seus votos, pois, restaram comuns constatações que os acórdãos não traziam o fundamento da tese vencedora, diante do voto tácito; por fim, a ausência de participação das partes e do amigo da corte durante a sessão de julgamento. (MEDINA, 2014).

Em relação à discricionariedade, em um primeiro plano, pontua-se que o plenário virtual é opcional, embora, preponderantemente, os casos de julgamento da preliminar de repercussão geral tenham sido feitas neste âmbito. Mesmo com adesão pelos ministros, não houve uniformidade na quantidade de temas relatados por cada ministro, sem qualquer sorte de justificativa clara, fato que também vai de encontro à transparência e aos princípios da administração pública, aplicáveis no âmbito da prestação do serviço público realizado pelo judiciário. (MEDINA, 2014).

No que concerne aos aspectos originários da sessão de julgamento no plenário virtual, esclarece-se que o rito se realizava em meio eletrônico, pelo prazo de 20 dias corridos e ininterruptos, com ou sem manifestação dos ministros, podendo estes, no referido prazo, votarem em qualquer dia, hora e de qualquer lugar.

Deste modo, o relator submetia, por meio eletrônico, cópia de sua manifestação sobre a existência ou não de repercussão geral. Ato contínuo, os demais ministros teriam prazo comum de 20 dias para a pronúncia sobre o tema, também por meio eletrônico. (BUENO, 2014).

Não existia reunião virtual ou debates entre os ministros no referido órgão, nem participação dos advogados das partes na sessão. Outro aspecto importante era a admissão do voto tácito dos ministros que se absterem.

Cabe enfatizar que com a emenda regimental nº 51, ampliou-se a competência do plenário virtual para além da análise da preliminar da repercussão geral, o julgamento das “listas”, tendo sido reduzido o prazo de manifestação dos ministros para 5 dias, fato que potencializou ainda mais as abstenções e a prevalência da contagem de votos tácitos e dos entendimentos do relator. (PASSOS, 2018)

No que concerne à repercussão geral, merece atenção, também, o quórum de julgamento no plenário virtual, manifestação de dois terços de seus membros, ou seja, 8 votos contrários à repercussão geral para inadmissibilidade do recurso. O elevado quórum tornou muito difícil a recusa do recurso pelo STF, em caminho inverso à sua finalidade, qual seja, redução do número de demandas existentes no Tribunal. (MEDINA, 2014).

Desta feita, com os necessários 8 votos contrários para rejeitar a existência de repercussão, caso o voto do relator fosse pelo reconhecimento da repercussão geral, a ausência de manifestação dos ministros serviria para o reconhecimento da existência de repercussão, pois se considerava os votos tácitos. O artigo 324, § 2º do RISTF prevê a não incidência da referida regra quando o relator declarar que a matéria é infraconstitucional, caso em que a ausência de pronunciamento dos ministros no prazo será considerada como manifestação de inexistência de repercussão geral, se alcançada a maioria de dois terços de seus membros. (BUENO, 2014).

Em síntese, as principais características das sessões de julgamento do plenário virtual são a flexibilidade de participação do Ministro, a ausência de reunião simultânea e a interação entre os julgadores, ausência de participação das partes no decorrer da sessão, o prazo peremptório e a irrecorribilidade. (MEDINA, 2014).

Diante das críticas oriundas da academia e da advocacia, a resolução nº 675, de 22 de abril de 2020, determinou que o relatório e os votos inseridos no ambiente virtual serão disponibilizados no sítio eletrônico do STF durante a sessão de julgamento – supressão do voto tácito -; ademais, permitiu envio de arquivo de sustentação oral por meio do sistema de peticionamento eletrônico, gerando protocolo de recebimento e andamento processual e que as sustentações orais por meio eletrônico serão automaticamente disponibilizadas no sistema de votação dos

Ministros e ficarão disponíveis no sítio eletrônico do STF durante a sessão de julgamento.

Nota-se o esforço do Supremo Tribunal Federal de compatibilizar a ferramenta tecnológica de julgamento com a observância de normas constitucionais processuais.

2. A NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DO COLEGIADO NO PLENÁRIO VIRTUAL.

A função jurisdicional pode ser exercida por juízo singular, único ou monocrático, assim como por juízos colegiados, compostos por diversos julgadores, em colaboração para tomada de uma decisão única ou unitária.

Esta decisão unitária nos julgamentos colegiados denominada de acórdão é integrada pela sucessiva manifestação dos julgadores, de modo individual, em um determinado julgamento. A experiência comum reconhece que os julgamentos colegiados ocorrem diante da utilização pelas partes de determinados recursos em face de decisões de juízos singulares e do exercício do princípio do duplo grau de jurisdição. (PASSOS, 2018)

Tal princípio enuncia que as lides ajuizadas devem submeter-se a exames sucessivos, como garantia de boa solução, pois há maior probabilidade de acerto decorrente da submissão dos pronunciamentos judiciais ao crivo da revisão de uma segunda reflexão; ademais, acrescente-se que, em regra, o julgamento de um recurso compete à juízes mais experientes, em regime colegiado, diminuindo a possibilidade de passarem despercebidos aspectos relevantes para apreciação da espécie. (MOREIRA, 2011).

Adverte-se que o direito ao duplo grau de jurisdição é oriundo de previsão inespecífica de competência recursal para as Cortes de Justiça pela Constituição Federal, mas não consiste em um direito fundamental, posto que o legislador infraconstitucional pode conformá-lo, ou seja, no ordenamento brasileiro, o duplo grau de jurisdição não está garantido de modo inafastável pela constituição. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016).

Em regra, no regime processual brasileiro, os julgamentos afetos aos tribunais, notadamente os recursos, são realizados de modo coletivo, através da construção de vontade colegiada auferida por maioria de votos. (VEREA, 2014).

O prestígio ao regime do duplo grau de jurisdição e ao julgamento colegiado se justifica, pois, a garantia de provável acerto na decisão da causa resulta, principalmente, do controle exercido pelo juízo ad quem, beneficiado nos autos, por material já trabalhado, já submetido ao crivo do primeiro julgamento, às críticas formuladas pelas partes e ao julgamento de juízes mais experientes e em colaboração para construção de uma decisão única e aprimorada. (MOREIRA, 2011).

Todavia, o recurso extraordinário tem cabimento restrito, porquanto, o órgão que aprecia tais recursos não se trata de uma terceira instância, já que esses recursos não dão ensejo a novo reexame da causa, mas, sim, a reexame de questões de direito constitucional. Desta feita, não há que se falar em incidência ou manifestação do princípio do duplo grau de jurisdição nesses casos. (MEDINA; WAMBIER, 2011).

Já o princípio da colegialidade enuncia que os recursos devem ser julgados por órgãos colegiados dos tribunais, ou seja, pelas câmaras, turmas, seções. Desta forma, o juiz natural dos recursos é o colegiado, sendo questionável adequação constitucional, em nosso ordenamento jurídico, de normas que impedem a interposição de recursos contra decisões proferidas monocraticamente nos tribunais. (MEDINA; WAMBIER, 2011).

Assim, embora se admita a não incidência do princípio do duplo grau de jurisdição nos recursos extraordinários, não há dúvidas de que o princípio colegiado a este se aplica. Será objeto de análise a tendência de mitigação do princípio do colegiado, privilegiando-se a celeridade dos julgamentos e gestão numérica dos processos nos tribunais, em face de diversas reformas legislativas e do desenho institucional do plenário virtual.

Antes, é importante mencionar que os julgamentos colegiados possuem matriz constitucional, implícitos nas disposições da Constituição de 1988 que dispõem sobre a estrutura plural dos Tribunais brasileiros. Como exemplo, a disposição prevista no artigo 102 da Constituição Federal prevê o Supremo Tribunal Federal como órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro e guardião da Constituição, composto por 11 ministros nomeados pelo Presidente de República, após aprovação e sabatina, em votação secreta pela maioria absoluta do Senado. Já o artigo 92 da Constituição, traz a previsão da estrutura organizacional do Poder Judiciário, descrevendo os órgãos que o compõem, apresentando notória composição colegiada o STF, STJ, CNJ, TRFs, TRTs, TREs, Tribunais militares e Tribunais estaduais. (PASSOS, 2018)

Portanto, os julgamentos colegiados possuem matriz constitucional perceptível. A colegialidade é, igualmente, um fator de legitimidade do Judiciário, pois convence o jurisdicionado que sua pretensão foi julgada por uma junta de juízes que, em conjunto, debateram a matéria e buscaram a solução mais justa. (VEREA, 2014).

Deste modo, os julgamentos colegiados prestam-se a trazer mais segurança às partes, assim como maior probabilidade de acerto. Na contramão da observância do colegiado, evidenciam-se as deficiências do plenário virtual.

Desde sua implementação, constata-se que, diante da abstenção dos ministros, sem uma causa evidente, e da contagem de votos tácitos, os julgamentos no plenário virtual tendem fazer prevalecer os votos do relator. Ademais, não há, efetivamente, interação e debate de teses neste meio.

Nessa perspectiva, parece ser possível vislumbrar que sem o aprimoramento do desenho procedimental para aumentar a participação das partes, interação entre os Ministros, efetivo debate de teses, fundamentação e maior transparência, há uma forte tendência de prevalência dos entendimentos do relator nas decisões, diante de uma aparente coleagibilidade.

3. O DESENHO DO PLENÁRIO VIRTUAL E AMPLIAÇÃO DA COMPETÊNCIA NO CENÁRIO DE CRISE DE SAÚDE DO COVID-19

A situação de emergência de saúde nacional e o decreto de calamidade pública federa, com limitação de atividades privadas e públicas, em nome do combate ao coronavírus – COVID 19, anteciparam mudança de perspectivas de gestão processual do Supremo Tribunal Federal.

Conforme mencionando, primacialmente, o Conselho Nacional de Justiça, através da resolução 313/20, suspendeu prazos em todas as jurisdições até 30 de abril de 2020, com prorrogação até 15 de maio, pela resolução 314/20. O objetivo foi padronizar o funcionamento e garantir o acesso à justiça durante a crise de saúde.

Excluiu-se do Supremo Tribunal Federal a suspensão de prazos, com a pretensão de manter o funcionamento do órgão de cúpula do judiciário nacional e de garantir a tutela jurisdicional, em especial, diante de temas relevantes no cenário de crise de saúde, a exemplo das decisões sobre temas trabalhistas de relevância nacional e da observância da lei de acesso à informação.

Neste ambiente, o Supremo Tribunal Federal caminha de modo contínuo na virtualização dos atos processuais da corte, a exemplo da ampliação da competência de julgamento do plenário virtual, através das resoluções nº 669 de março de 2020, assim como através do anúncio para os dias 15 e 16 de abril, o início das primeiras sessões plenárias inteiramente em videoconferência, em observância à sua resolução nº 672 que visa a diminuição de circulação de pessoas.

Cumprir enfrentar, pela pertinência temática, as mudanças regimentais que ampliam a competência do plenário virtual para julgamento de todos os processos de competência do tribunal, qual seja, a resolução nº 669.

A partir da vigência desta resolução, poderão, no plenário virtual, a critério do relator ou do ministro vistor, com a concordância daquele, ser submetidos a julgamento em listas de processos, observadas as competências das turmas e do plenário, os agravos internos, os agravos regimentais e embargos de declaração, as medidas cautelares em ações de controle concentrado, referendo de medidas cautelares e de tutelas provisórias, demais classes processuais, inclusive com repercussão geral reconhecida, cuja matéria discutida tenha jurisprudência dominante no âmbito do STF.

Ocorre que o desenho institucional do plenário virtual ainda padece de deficiências que impõem adequações para observância de garantias processuais constitucionais. A análise dos vícios apresentados até os dias atuais se prestam a confirmar tal afirmação.

A constituição federal brasileira considera a advocacia como atividade essencial à justiça, porquanto, indispensável a participação dos advogados em todas as fases e instâncias do processo judicial. No exercício de suas funções, representam os interesses das partes e concretizam prerrogativas sociais de observância de processo constitucional e democrático.

Através da resolução nº 675, de 22 de abril de 2020, no curso da crise de saúde, o Supremo Tribunal Federal, no intuito de aprimorar a transparência das sessões de julgamento e de garantir as prerrogativas profissionais dos advogados e da própria sociedade, após demanda da Ordem dos Advogados do Brasil, juristas e associações, facultou aos advogados o envio de arquivo de sustentação oral, via sistema de peticionamento eletrônico do STF, com registro de protocolo de recebimento e andamento processual.

No mesmo diapasão, as sustentações orais serão automaticamente disponibilizadas no sistema de votação dos ministros e ficarão disponíveis no sítio eletrônico no curso da sessão de julgamento.

A alteração é, sem dúvida, um aprimoramento que alcança anseios manifestados pela advocacia e a bem da ampla defesa e da transparência dos atos processuais, contudo, a efetiva observância das teses levantadas oralmente e a possibilidade do levantamento de questões de ordem ou esclarecimentos, ainda, não estão perfeitamente garantidas.

Vale observar, também, a participação do *amicus curiae*, modalidade interventiva que tem o condão de reduzir o denominado “déficit democrático” do Supremo Tribunal Federal, diante do modo como são escolhidos seus membros, sem participação direta dos demais seguimentos governamentais, do próprio Judiciário, das demais funções essenciais à Justiça, ou qualquer extrato da sociedade civil. (BUENO, 2014).

Repara-se que o artigo 323, § 3º do RISTF (BRASIL, 2016a) preceitua que, mediante decisão irrecorrível, poderá o relator admitir de ofício ou a requerimento, em prazo que fixar, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, sobre a questão da repercussão geral. Esta restrição é ilegal e inconstitucional, em sentido formal e material, cabendo sublinhar que nenhum Regimento Interno, mesmo do STF, pode mudar o sistema processual civil no direito brasileiro. (BUENO, 2014).

Nessa trilha, a falta de transparência compromete a validade e a eficácia das decisões do Estado, pois inviabiliza o controle social, devendo-se, portanto, ao longo de todo procedimento ou processo de tomada de decisão ser preservada. Olvidar de observar a transparência em nome do procedimento ou da celeridade e eficiência da prestação jurisdicional ofende os fundamentos do Estado Democrático de Direito. (MEDINA, 2016).

A transparência, igualmente, como direito fundamental, pode ser concebida na perspectiva do princípio do não retrocesso, na medida em que uma norma posterior não poderá restringir ou suprimir o grau de concreção de uma norma constitucional, pois, uma vez alcançado certo grau de abertura, publicidade e transparência, este não deve ser diminuído ou suprimido, sob pena de retrocesso vedado constitucionalmente. (MEDINA, 2016a).

A ampliação da transparência em tal ferramenta tecnológica, igualmente, pode ocorrer com maior explicitação dos critérios para submissão de um tema ao plenário

virtual, ou seja, clareza sobre os elementos que levam um Ministro a escolher um recurso para relatar, dentre os outros distribuídos a ele. (MEDINA, 2016a).

É pertinente afirmar que não há transparência no elevado percentual de abstenção dos Ministros que deixam de votar no plenário virtual, tendo em vista que quando a preliminar da repercussão geral fora julgada em meio físico não se identificou tal abstenção, evidenciado que o meio institucional possui forte influência. (MEDINA, 2016a).

Além disso, não se mostram transparentes os fundamentos dos votos dos Ministros que não relatam temas no plenário virtual. (MEDINA, 2016a).

Nesse contexto, o princípio da transparência deve ser concretizado de modo progressivo, sendo vedado o retrocesso. Tal concepção, deve se estender em todos os meios decisórios, inclusive, através de novas tecnologias adotadas pelo Poder Judiciário.

Deste modo, no plenário virtual, por imposição constitucional, deve-se buscar constante aprimoramento da transparência, pois o controle do serviço público da prestação jurisdicional só é possível com esse esforço.

Reconhece-se que o meio eletrônico de julgamento oferece amplas possibilidades ainda não trabalhadas para o melhoramento da gestão processual, mas a adequação do desenho institucional do plenário virtual demonstra-se necessária para o real cumprimento dos princípios aplicáveis aos serviços públicos. (PASSOS, 2018)

Outra característica que deve ser mencionada na estrutura institucional do meio eletrônico de julgamento consiste na sessão de julgamento. Configura-se como um ato processual que se desenrola em um prazo previsto no regimento, qual seja, 20 dias corridos, sem interrupções, com o consequente reconhecimento da repercussão geral ou não. Na recente alteração regimental – Emenda Regimental 51 –, para os julgamentos dos agravos regimentais e embargos de declaração, o prazo, nessas hipóteses, será de 5 dias corridos e ininterruptos. (BRASIL, 2016b).

Expirado tal prazo, mesmo sem o voto de algum Ministro, encerrava-se o julgamento. Outro aspecto que desperta interesse, consiste no fato de o meio eletrônico permitir que o Ministro vote em qualquer dia, lugar e horário, necessitando apenas de acesso à internet, contudo, não há reunião virtual simultânea dos ministros e, por esta razão, nenhum tipo de debate entre eles. (MEDINA, 2016a).

Ainda sobre os aspectos da sessão de julgamento, pontua-se que, uma vez iniciado o ato processual, não havia possibilidade de intervenção das partes e, causava perplexidade também, que os advogados não eram intimados nem no início, nem no fim da sessão de julgamento, podendo tomar ciência através do acompanhamento processual como qualquer outro jurisdicionado, à revelia dos interesses específicos em favor dos quais atuam e o Estado tutela. (MEDINA, 2016a).

Essa característica da sessão no plenário virtual feria à indispensável transparência que devem revestir os atos processuais, salvo quando presente o dever de preservação da intimidade e da incolumidade dos interesses da sociedade e do Estado – vida, segurança, saúde da população, soberania nacional ou relações internacionais, como exemplo. Outrossim, limitar a atuação dos advogados no ato processual, mostra direta ofensa a garantias constitucionais processuais do contraditório e da ampla defesa, além de ofensas às prerrogativas profissionais e sociais previstas no Estatuto da Advocacia, Lei n. 8.906/94. (BRASIL, 2014).

Deste modo, consistente afirmar que o plenário virtual necessita de adaptações para a concretização de direitos e garantias previstas na Constituição Federal. Destaca-se também que, no meio eletrônico, não são admitidos os pedidos de vista pelos ministros, dando ao procedimento nítida função informacional, ao permitir o acesso aos autos do processo virtual aos outros Ministros não relatores. (MEDINA, 2016a).

É digno de nota também, o fato de que, nessa sessão ininterrupta de julgamento, prazo peremptório, conforme mencionado anteriormente, o quórum decisório admitia o reconhecimento do voto tácito, diante da abstenção de algum ministro no cômputo do resultado da votação, sendo esta decisão irrecurável.

Nessa lógica, a falta de manifestações suficientes no prazo de vinte dias gerava o julgamento tácito ou implícito, todavia, é importante afirmar que a interpretação construída em torno do artigo 93, IX, da Constituição Federal, abomina e veda a existência de julgamentos tácitos ou implícitos, em razão da contrariedade com o dever de fundamentação das decisões. (DIDIER JR; CUNHA, 2016).

A mesma situação ocorre na contagem de votos em 5 dias. Entretanto, entendem Didier Jr e Cunha (2016) que não há inconstitucionalidade nesse procedimento eletrônico previsto no Regimento Interno do Supremo, pois alegada pelo recorrente, nas razões do recurso extraordinário, a existência de repercussão geral é presumida, só deixando de existir por voto de 8 ministros.

Entretanto, nos julgamentos de mérito, a contagem de votos tácitos, revela ofensa clara ao princípio do colegiado.

Em resumo, são características das sessões de julgamento no plenário virtual a flexibilidade de participação dos ministros, ausência de reunião simultânea e interação entre os julgadores, ausência de efetiva participação das partes no decorrer da sessão, rigidez do prazo de duração e irrecorribilidade. (MEDINA, 2016a).

Na conjuntura da pandemia do coronavírus-COVID 19, o Supremo Tribunal Federal tem apresentado medidas para continuidade da prestação jurisdicional, de enfrentamento dos conflitos oriundos da crise de saúde e buscado o aprimoramento da gestão numérica dos processos em tramitação na corte.

Não obstante, é imperioso que as soluções tecnológicas adotadas sejam compatíveis com as regras e princípios constitucionais processuais, sob pena de resolver a crise numérica, em detrimento dos parâmetros do Estado Constitucional de Direito.

Reconhece-se que aprimoramentos na estrutura de julgamento do plenário virtual foram impulsionados pela crise de saúde vivenciada, com destaque para a indispensável apresentação dos votos dos ministros na sessão de julgamento virtual e da observância de prerrogativas da sociedade e dos advogados com os ajustes regimentais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O cenário de crise de saúde nacional gerado pela disseminação do Coronavírus-COVID 19 proporcionou, além de perplexidade quanto os efeitos trágicos da disseminação da doença no sistema de saúde, no sistema econômico e na vida das pessoas, igualmente, antecipação da adoção de soluções tecnológicas no órgão de cúpula do Poder judiciário brasileiro que visam a manutenção do acesso à justiça e efetiva tutela jurisdicional.

Oportunizou-se, também, a tomada de decisão administrativa de atualização do regimento interno do Supremo Tribunal Federal que ampliou a competência do plenário virtual. O momento perfeito, ainda que trágico, surgiu para atribuir ao plenário virtual o julgamento de todas as classes processuais, a critério do relator, ou do ministro vistor, com a concordância daquele.

No dia 19 de março de 2020, o CNJ editou resolução nº 313, responsável por estabelecer o plantão extraordinário no âmbito do Poder Judiciário para prevenir o contágio pelo novo Coronavírus e garantir o acesso à justiça, suspendeu os prazos processuais até o dia 30 de abril de 2020, com prorrogação pela resolução 314, exceto do Supremo Tribunal Federal e da Justa Eleitoral. No mesmo dia, o Supremo Tribunal Federal editou a resolução 669/20, consolidou a ampliação das competências do plenário virtual, já em curso desde da emenda regimental 51, de 2016 e, recentemente, com a emenda regimental 53.

Contudo, as críticas acadêmicas e da advocacia quanto ao uso do plenário virtual diante de deficiências no seu desenho institucional, capazes de gerar ofensas a direitos fundamentais processuais, ganharam novo fôlego. Reconhece-se que adaptações foram feitas no procedimento do meio eletrônico de julgamento, a exemplo da resolução nº 675, 22 de abril de 2020, que determinou a disponibilização do relatório e votos durante a sessão de julgamento e a possibilidade de envio de sustentação oral pelo sistema de peticionamento eletrônico do STF, com protocolo de recebimento e andamento processual.

Contudo, persistem observações críticas sobre estrutura de julgamento do plenário virtual. Realça-se a falta de transparência sobre a escolha do relator de quais processos serão submetido ao plenário virtual; ausência de interação entre os ministros e debate de teses, com a consequente preponderância dos entendimentos do relator; dificuldades tecnológicas para participação efetiva dos advogados na sessão virtual e ininterrupta, deficiências de fundamentação e déficit democrático, decorrente da faculdade de indeferimento do *amicus curiae*, via decisão irrecorrível.

Nota-se que não há transparência na decisão do Ministro relator de submeter ao plenário virtual o julgamento dos temas ou as demais espécies de ações de competência do STF, trata-se decisão subjetiva e sem fundamentação, em clara ofensa ao dever de observar a publicidade e encargo de fundamentação previstos na Constituição Federal.

No mesmo sentido, em razão do desenho procedimental do plenário virtual, sessão de julgamento com duração de 20 ou 5 dias, a depender da espécie recursal, de modo ininterrupto, não há efetiva interação entre os julgadores, sem real defesa de pontos de vista e contraposição de ideias.

Como consequência da ausência de debates reais, possibilidade de prevalência de decisões no mesmo sentido do entendimento do relator, o que resulta na mitigação do princípio do colegiado.

Equitativamente, a precarização da participação dos advogados nas sessões de julgamento fere prerrogativas profissionais e sociais, assim como o concreto exercício da ampla defesa, princípio constitucional fundamental. Parcialmente, conforme mencionado, através da resolução 675, o Supremo Tribunal Federal possibilitou o protocolo e registro de sustentação oral via sistema de peticionamento eletrônico.

Porém, a imposição de limitações tecnológicas à real participação dos advogados na sessão de julgamento, seja para levantar questões de ordem, seja para possibilitar que as sustentações sejam verdadeiramente apreciadas pelos julgadores, a toda evidência, fere o disposto no artigo 133 da Constituição da República, segundo o qual a advocacia é essencial para administração da justiça.

Soma-se a isso as deficiências de fundamentação das decisões no meio eletrônico de julgamento, já evidenciadas em mais de uma década de uso deste meio de deliberação judicial. O acesso simultâneo às razões dos ministros julgadores, aos votos do relator e vistor constituem exigência das prerrogativas profissionais, das partes e da própria sociedade.

Como desenlace, cita-se o déficit democrático, quando o regimento interno permite que o relator possa indeferir a participação do amigo da corte, em decisão irrecurável. A partir das sucessivas ampliações da competência do plenário virtual, temas de sensível relevância poderão ser julgados neste meio, para além da preliminar de repercussão geral, porquanto, fortalece-se ainda mais os poderes do relator e recrudescem-se as deficiências democráticas nos julgamentos do STF.

Demonstra-se legítimo o esforço de continuidade da prestação jurisdicional durante crise de saúde do COVID-19, o uso de novas tecnologias na gestão dos estoques do Supremo Tribunal Federal e enfrentamento dos gargalos, contudo, todas as medidas devem ser compatibilizadas com as garantias constitucionais processuais previstas na Constituição de 1988. Logo, impõe-se aprimoramentos na estrutura institucional do plenário virtual atualmente vigente, sob pena de supressão dos direitos fundamentais processuais acima apontados.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. **Repercussão Geral: impressões gerais e perspectivas**. In: FUX, Luiz; FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno (Coord.). Repercussão geral da questão constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

AURÉLIO, Marco. **Ofício com o pedido de renúncia enviado ao ministro Ricardo Lewandowski**. Brasília, 26 jun. 2016. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/marco-aurelio-renuncia-comissao.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

_____. **Reflexões sobre as competências e o funcionamento do Supremo Tribunal Federal**. Ago. 2014. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/palestra-ivnreflexoes-stf-25ago2014.pdf>>. Acesso em: 26 jul. 2016.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF, 1973. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 05. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/cconstituicao.htm>. Acesso em: 12 maio. 2020.

BRASIL. **Lei n. 8.096, de 04 de julho de 1994.** Estatuto da Advocacia e da OAB e Legislação Complementar. 13. ed. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2014. Disponível em: < <http://www.oab.org.br/visualizador/17/estatuto-da-advocacia-e-daoab>>. Acesso em: 12 maio. 2020.

BRASIL. **Lei n. 9.139, de 30 de novembro de 1995.** Altera dispositivos da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil, que tratam do agravo de instrumento. Brasília, 1995. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 12 maio. 2020.

BRASIL. **Lei n. 9.756/98, de 17 de dezembro de 1998.** Dispõe sobre o processamento de recurso no âmbito dos tribunais. Brasília, 1998. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 12 maio. 2020.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, DF, 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 maio. 2020.

BRASIL. **Emenda Constitucional n. 45.** Promulgada em 30 de dezembro de 2004. Altera os dispositivos 5º, 36, 52, 92, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 115, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103-B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Brasília, DF, 2004. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 maio. 2020.

BRASIL. **Lei n. 11.187, de 17 de dezembro de 2005.** Altera a Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), para conferir nova disciplina ao cabimento dos agravos retido e de instrumento, e dá outras providências. Brasília, 2005. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 12 maio. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de instrumento nº 760.358**, Sergipe, relatado pelo Ministro Gilmar. Coordenadoria de Análise de Jurisprudência DJe nº 27 Divulgação 11/02/2010, Publicação 12/02/2010, Republicação DJe nº 30 18/02/2010. Brasília, 2010a. Disponível em:

<<http://www.stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14711417/questao-de-ordem-noagravo-de-instrumento-ai-760358-se>>. Acesso em: 13 de maio. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Emenda Regimental n. 42**, de 02 de dezembro de 2010. Altera os dispositivos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Brasília, dez. 2010b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/norma/emendaregimental042-2010.pdf>>. Acesso em: 14 maio. 2020.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Revoga a Lei n. 5.869/1973 e institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 maio. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Regimento interno**: [atualizado até julho de 2016] – consolidado e atualizado até maio de 2002 por Eugênia Vitória Ribas. Brasília: STF, 2016a. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 12 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Emenda Regimental n. 51, de 22 de junho de 2016**. Acrescenta dispositivos ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal para permitir o julgamento por meio eletrônico de agravos internos e embargos de declaração. Brasília, jun. 2016b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/norma/emendaregimental042-2010.pdf>>. Acesso em: 14 de maio. 2020.

BRASIL. **Lei n. 13.256/2016, de 04 de fevereiro de 2016**. Altera a Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para disciplinar o processo e o julgamento do recurso extraordinário e do recurso especial, e dá outras providências. Brasília, 2016c. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 maio. 2020.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Algumas considerações sobre o instituto da repercussão geral**. In: FUX, Luiz; FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno (Coord.). Repercussão geral da questão constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CAETANO, Flávio Croce. **Repercussão geral: a reforma aplicada e a possibilidade de sua ampliação para o recurso especial**. In: FUX, Luiz; FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno (Coord.). Repercussão geral da questão constitucional Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo código de processo civil**. 2. ed. São Paulo, 2016.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. Art. 932. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo. Saraiva, 2016, p. 1212-1217.

CANÁRIO, Pedro. **Depois de ter pedido ignorado, Marco Aurélio renuncia à Comissão de Regimento**. In: Revista Consultor Jurídico, Brasília, jun. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jun-23/depois-pedido-ignoradomarco-aurelio-deixa-comissao-stf>>. Acesso em: 14 nov. 2016.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARVALHAL, Ana Paula. **Repercussão geral retoma seu curso com o novo código de processo civil**. In: Revista Consultor Jurídico, mar. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-26/observatorio-constitucional-repercussaogeral-retoma-curso-codigo-processo-civil>>. Acesso em: 05 maio. 2020.

CARVALHO FILHO, José do Santos. **A repercussão geral do recurso extraordinário e o princípio do acesso à justiça**. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP, 2009. Disponível em: <http://www.idp.edu.br/component/docman/doc_download/39-jose-carvalho-conpedi2009>. Acesso em: 17 fev. 2020.

_____. **Novo CPC provoca mudanças estruturais na Repercussão Geral**. In: Revista Consultor Jurídico, jun. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015->

jun-13/observatorio-constitucional-cpc-provocamudancas-estruturais-repercussao-geral>. Acesso em: 03 maio. 2020.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Incidente de demandas repetitivas (IRDR)**. São Paulo: Ed Revista dos Tribunais, 2016.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. 7. ed. Salvador: Juspodivm. 2014.

_____. Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização – Paradoxos do sistema jurídico brasileiro: uma abordagem Constitucional democrática. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

DANTAS, Bruno. **Repercussão geral: perspectiva histórica, dogmática e de direito comparado**. Questões processuais. 3. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2012.

DANTAS, Bruno; GALLOTTI, Isabel. **Relevância da questão federal e a função constitucional do recurso especial**. In: FUX, Luiz; FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno (Coord.). Repercussão geral da questão constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo da. **Curso de direito processual civil**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. 3 v.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Ed. Malheiros, 1995.

FERNANDES, Sérgio Ricardo de Arruda. **O recurso extraordinário e o seu novo processamento: Análise da seleção, juízo de retratação, e negativa de seguimento**. Palestra proferida na EMERJ, Rio de Janeiro, 2007.

FREIRE, Alonso Reis; OMMATI, José Emílio Meaduar. **A repercussão geral e (novo) perfil do Supremo Tribunal Federal**. In: FUX, Luiz; FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno (Coord.). Repercussão geral da questão constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FUCK, Luciano Felício. **Repercussão geral: desenvolvimento e desafios**. In: FUX, Luiz; FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno (Coord.). Repercussão geral da questão constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC**. São Paulo: Atlas, 2008.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito. 2012**. Tese (Direito do Estado). Faculdade de Direito, USP. São Paulo. 2012.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Anotações sobre a repercussão geral nos recursos extraordinários e especial. In: FUX, Luiz; FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno (Coord.). **Repercussão geral da questão constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

LAMEIRA, Daniella Pinheiro. O Instituto da Repercussão Geral no Direito Brasileiro Atual: uma análise democrática. In: FUX, Luiz; FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno (Coord.). **Repercussão geral da questão constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MACHADO, Antonio Cláudio da Costa. **Código de Processo Civil Interpretado**. 3. ed. Barueri: Manole, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo código de processo civil**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. O Superior Tribunal de Justiça enquanto Corte Suprema: de corte de revisão para corte de precedentes. In: FUX, Luiz; FREIRE, Alexandre

Freire; DANTAS, Bruno (Coord.). **Repercussão geral da questão constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MCBAINE, J. P. **Writ of Certiorari in Missouri, The [notes] University of Missouri Bulletin Law Series**, Vol. 6, pp. 3-21 McBaine, J. P. (Cited 310 times) 6 U. Mo. Bull. L. Ser. 3 (February 1915). Disponível em: <[http:// http://heinonline.org](http://heinonline.org) >. Acesso em 10 jun. 2016.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochamann da. **Reflexos do Writ of Certiorari no Cenário do Common Law e da Repercussão Geral no Direito Brasileiro**. In: FUX, Luiz; FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno (Coord.). **Repercussão geral da questão constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC**. São Paulo: Atlas, 2008.

MEDINA, Damares. **A repercussão geral no Supremo Tribunal Federal**. 2014. 246 f. Tese (Doutorado em Direito Político e Econômico). São Paulo: Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2014.

_____. **A repercussão geral no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo. Saraiva, 2016a.

_____. **Ampliar julgamento virtual no STF dá mais poder ao relator e reduz transparência**. In: **Consultor Jurídico**. Entrevista concedida a Pedro Canário. Depoimento [29 de junho de 2016]. Brasília, 2016b. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jun-29/entrevista-damares-medina-advogadapesquisadora>. Acesso em: 12 out. 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recursos e ações autônomas de impugnação**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Prequestionamento e repercussão geral**. In: Jornal Carta Forense, São Paulo, jan. 2013. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevista/prequestionamento-erepercussao-geral/10156>>. Acesso em: 15 jul. 2015.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NASCIMENTO, Bruno Dantas. **Inovações na regência do recurso de agravo trazidas pela lei 11.187/2005**. In: NERY JR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2006. 9 v.

NERY JUNIOR, Nelson. **Atualizações sobre o processo civil: a reforma do Código de Processo Civil brasileiro de 1994 e 1995**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Repercussão Geral e o uso da Reclamação Constitucional contra a decisão de sobrestamento do Recurso Extraordinário**. In: FUX, Luiz; FREIRE, Alexandre Freire; DANTAS, Bruno (Coord.). Repercussão geral da questão constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flavio Quinaud. Art. 1030. In: STRECK, Lenio; CUNHA, Leonardo (Orgs.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1369 –1385.

PASSOS. Hugo Assis. **Repercussão geral da questão constitucional e meio eletrônico de julgamento: os poderes do relator no Supremo Tribunal Federal**. Santa Catarina: Ed. Habitus. 2018.

RODOVALHO, Thiago. O Instituto da Repercussão Geral no Direito Brasileiro Atual: uma análise democrática. In: Luiz Fux, Alexandre Freire, Bruno Dantas (coord). **Repercussão geral da questão constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ROSAS, Roberto. **Direito processual constitucional: princípios constitucionais do processo civil**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Disponível em:
<<https://direitoesubjetividade.files.wordpress.com/2010/08/danielsarmento-o-neoconstitucionalismo-no-brasil1.doc>>. Acesso em: 28 mar. 2015.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Gerenciamento de processos judiciais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

STF. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Números da Repercussão Geral. Brasília: Assessoria de Gestão Estratégica, atualização em 28 jul. 2016a**. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=numeroRepercussao>>. Acesso em: 05 maio. 2016.

STF. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Processos sobrestados em razão da repercussão geral. Brasília: Assessoria de Gestão Estratégica, 2016b**. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=sobrestadosorg>>. Acesso em: 05 maio. 2016.

STF. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Estatísticas do STF. Brasília: Assessoria de Gestão Estratégica, 2015**. Disponível em:
<www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=decisoes>. Acesso em: 15 jul. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade no novo CPC**. In: Revista Consultor Jurídico, abr. 2016. Disponível em:
<<http://www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisdicaofundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc>>. Acesso em: 05 de maio .2020.

STRECK, Lenio Luiz et al. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

VEREA, Larissa. **O aumento dos poderes do relator e o julgamento monocrático dos recursos cíveis. 2014**. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) -

Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. doi: 10.11606/D.2.2014. tde-08122014-163918. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-08122014-163918/pt-br.php>>. Acesso em: 01 nov. 2016.

VIANA, Ulisses Schwarz. **Repercussão geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro: de acordo com o CPC de 2015 e Lei 13.256/16**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

O *HABEAS CORPUS* COLETIVO: UMA MUDANÇA DE PARADIGMA NAS DECISÕES EM CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE¹

Anderson Prezia Franco²

Dimas Antônio Gonçalves Fagundes Reis³

Victor Garcia⁴

SUMÁRIO: Introdução; 1. Breve panorama do controle de constitucionalidade no Brasil; 2. A relativização do efeito *inter pars* no controle difuso de constitucionalidade; 3. A abstrativização do controle concreto de constitucionalidade e o Supremo Tribunal Federal; 4. A evolução do *habeas corpus* para a admissibilidade em sua forma coletiva; 5. A democratização do processo constitucional brasileiro por meio do *habeas corpus* coletivo; Conclusão; Referências Bibliográficas.

RESUMO: Diante da importância da tutela de direitos fundamentais, o Supremo Tribunal Federal tem promovido uma sistemática alteração na clássica dinâmica da atribuição de efeitos em sede de controle abstrato e concreto de constitucionalidade. Firmando um novo paradigma, o Tribunal reconheceu a possibilidade de impetração de *habeas corpus* coletivo, para conceder a ordem em favor de todas as mulheres grávidas e mães, de crianças, presas cautelarmente, denotando referida alteração de concepção. Pretende-se, nesse sentido, a partir de análise de jurisprudência e análise de bibliografia, responder o seguinte: quais as alterações, representadas por este precedente, na atribuição de efeitos em decisões em controle difuso de constitucionalidade? Os objetivos específicos do trabalho foram: compreender os clássicos modelos de controle de constitucionalidade e a atribuição de efeitos às decisões judiciais; analisar o modelo de controle de constitucionalidade brasileiro; compreender a evolução jurisprudencial relativa aos efeitos das decisões; e como o instituto do *habeas corpus* coletivo nela se insere.

PALAVRAS-CHAVE: *Habeas Corpus*. Controle de Constitucionalidade. Supremo Tribunal Federal.

COLLECTIVE *HABEAS CORPUS*: A PARADIGM SHIFT IN THE DECISIONS OF DIFUSE CONSTITUTIONAL CONTROL

ABSTRACT: Based on the importance of protecting fundamental rights, the Brazilian Supreme Court has promoted systematic changes in the classic dynamics of the judicial decisions in the context of abstract and concrete judicial constitutional control. Creating a new judicial paradigm, the Court recognized the possibility of granting collective *habeas corpus* in benefit of all pregnant women and mothers, of children, detained precautionary, modifying the conception of the judicial decisions effects in the context of diffuse judicial review system. Therefore, it is intended, starting from the jurisprudence and bibliography analyses, to answer the following question: what changes, represented by this precedent, in the dynamics of effects in decisions of diffuse constitutional control system? The specific objectives of the paper were: to understand the classic models of control of constitutionality and the attribution of effects to judicial decisions; analyze the Brazilian constitutional review model; understand the jurisprudential evolution, related to the effects. Finally, it is important to examine how the collective *habeas corpus* institute fits into the system.

KEY WORDS: *Habeas Corpus*. Judicial Review. Brazilian Supreme Court.

¹ Artigo Científico apresentado à disciplina “Desafios Contemporâneos da Ordem Constitucional”, do Mestrado Acadêmico em Direito do IDP, em 25 de maio de 2020. Atualizado até 03 de janeiro de 2021.

² Doutorando em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP. Mestre em Administração Pública e Governo pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Advogado.

³ Mestrando em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Advogado.

⁴ Mestrando em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Advogado.

INTRODUÇÃO

Costuma-se definir o modelo jurisdicional de controle de constitucionalidade brasileiro como misto, partindo-se da histórica divisão entre o sistema austríaco e o norte-americano. Como se sabe, o modelo da Europa Continental se caracteriza pelo controle concentrado e abstrato de normas, em que o Tribunal Constitucional possui competência exclusiva para a análise da compatibilidade formal e material, com a Constituição, de uma norma infraconstitucional. O modelo anglo-saxão, ou norte-americano, estipula, por sua vez, a possibilidade de o controle ocorrer de forma difusa e concreta, ou seja, em processos de natureza subjetiva, em que há sujeitos bem definidos nos polos processuais.

Diante dessa dicotomia, a Constituição Brasileira de 1988, como dito, criou um sistema híbrido, em que há ações diretas, destinadas ao controle abstrato, e também se reconhece a declaração de inconstitucionalidade em quaisquer processos subjetivos, independentemente do juízo ou instância.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal (STF), na arquitetura constitucional brasileira, funciona tanto como Corte Constitucional, em processos objetivos de controle abstrato, quanto como Corte Recursal, realizando, em processos subjetivos, o controle difuso e concreto.

Destaque-se, nesse particular, que os efeitos classicamente atribuídos a uma decisão tomada em um modelo jurisdicional de controle de constitucionalidade variam de acordo com a natureza deste. Nesses termos, a decisão do mesmo órgão possui diferentes efeitos a depender da natureza do modelo jurisdicional, gerando um cenário, no mínimo, inefetivo do ponto de vista da tutela constitucional.

Dessa sorte, adota-se como objetivo geral deste trabalho examinar como o Supremo Tribunal Federal tem decidido questões constitucionais sensíveis que envolvem a dicotomia entre os dois modelos, a partir de revisão bibliográfica sobre o tema e pesquisa jurisprudencial.

Para isso, será realizado um breve apanhado histórico acerca do controle de constitucionalidade do país, que objetiva aclarar as origens do sistema e como elas se relacionam com a concepção adotada pelo Tribunal em casos contemporâneos. Além disso, passa-se a uma análise a propósito da atribuição de efeitos nos modelos de controle difuso e concentrado, examinando a posição do Supremo Tribunal Federal

nessa discussão. Posteriormente, adentrar-se-á em importante debate, apresentando e delineando o instituto do *habeas corpus* coletivo.

Como objetivos específicos, busca-se perquirir a dinâmica utilizada pelo Tribunal nas decisões em que é superada a separação entre os dois sistemas e, a partir de um caso paradigma, propõe-se a análise do julgamento do *Habeas Corpus* n.º 143.641/SP, em que o Tribunal concedeu a ordem em favor de uma coletividade de pessoas, enquadrando-se nesse cenário de aproximação dos efeitos das decisões em controle difuso e concentrado de constitucionalidade.

Trata-se como pressuposto, a partir da fundamental retomada histórica do instituto do *habeas corpus*, que a dicotomia entre os dois modelos não é estanque, e que devem ser privilegiados interesses jurídicos adequados a uma nova realidade de jurisdição constitucional.

1. BREVE PANORAMA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

O modelo de controle concentrado e abstrato de normas anterior à Constituição de 1988 estava vinculado à figura do Procurador-Geral. Sob a égide da Constituição anterior, o Supremo Tribunal Federal, reiteradas vezes, consignou que a propositura de representação de inconstitucionalidade estava ligada ao juízo do Procurador. Esse modelo, em que havia um legitimado exclusivo para o ajuizamento de ação de feição objetiva, tornava o controle abstrato bastante limitado.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 103 e incisos, cuidou de ampliar o rol de legitimados para propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade e a Ação Declaratória de Constitucionalidade e, nos termos do parágrafo segundo, do artigo 102, incluído pela Emenda Constitucional n.º 45/2004, definiu que quaisquer decisões definitivas em controle abstrato, proferidas pelo STF, têm efeitos vinculantes, produzindo efeitos oponíveis a todos.^{5 6}

Pois bem. Em paralelo ao controle abstrato realizado pelo Supremo Tribunal Federal, a Constituição manteve fundamentais instrumentos para a defesa, em

⁵ Art. 102 [...] § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

⁶ A Emenda Constitucional n.º 45/2004 alterou a redação original da Emenda n.º 3, que, pela primeira vez, previu a concessão de efeitos vinculantes em decisão judicial.

concreto, dos previstos direitos fundamentais trazidos em seu rol, reafirmando o modelo dual de proteção do indivíduo em face do árbitro de poder, representado pelo *habeas corpus* e mandado de segurança. Além disso, a Constituição inovou, ao positivar, ao lado dos dois históricos remédios, o mandado de injunção, destinado ao combate da inconstitucionalidade por omissão, e o *habeas data*, com o fito de consagrar a tutela dos dados pessoais sob posse do Poder Público.

Tem-se, outrossim, que, em sede de controle abstrato de normas, os efeitos sempre serão gerais e vinculantes, ao passo que as decisões em controle difuso e concreto, possuem, historicamente, efeitos limitados às partes, não consolidando a decisão judicial para além dos sujeitos envolvidos na contenda.

Nesses termos, Mendes e Carvalho Filho (2019: p. 181) assentam que a:

[...] consequência prática dessa diferença resultaria no fato de que as decisões em sede de controle incidental de constitucionalidade – mesmo quando oriundas do Supremo Tribunal Federal – não pacificariam de modo definitivo a matéria constitucional. Em outros termos, as decisões do STF teriam status diversos quanto aos efeitos, conforme ela fosse proferida em processo objetivo ou em feito de índole subjetiva.

Possibilita-se, assim, a situação incongruente em que o mesmo Supremo Tribunal Federal, proclamando seu entendimento em reiterados processos subjetivos, não pacifica a questão jurídica, exclusivamente sob a alegação de o controle de constitucionalidade, por meio de determinado instrumento processual, não admitir a concessão de efeitos vinculantes.

Isso se dá, em grande medida, pela importação do sistema de controle difuso de constitucionalidade sem que tenha havido a paralela internalização⁷ da doutrina do *stare decisis*, de extrema relevância para os sistemas de *common law* e que confere, inequivocamente, uma feição objetiva às decisões em controle difuso.

Assim, ainda que o modelo jurisdicional de controle de constitucionalidade brasileiro seja híbrido, o seu sistema originalmente calcado na *civil law*, quando confrontado com os desafios do controle difuso de normas, acaba por apontar severas imperfeições, gerando, por exemplo, uma multiplicidade de questões repetitivas que já se encontram decididas na jurisprudência do STF, impondo à Corte o reexame da mesma matéria jurídica, *in concreto*, em inúmeras ocasiões.

⁷ Para a diferenciação entre precedente judicial e jurisprudência vinculante, sugere-se: ABBOUD, Georges. *Do Genuíno Precedente Do Stare Decisis Ao Precedente Brasileiro: Os Fatores Histórico, Hermenêutico E Democrático Que Os Diferenciam*. In: Revista de Direito da Faculdade Guanambi. Ano 2, vol. 2, n. 1. Jan-Jun 2016.

Diante do desafio, o ordenamento jurídico brasileiro, seja através de emendas à Constituição, seja através de normas infraconstitucionais, como é o caso da Lei 13.105/2015, que positivou o Código de Processo Civil (CPC), criou interessantes alternativas para adequar o modelo jurisdicional brasileiro à realidade de demandas de massa que sobrecarregam Judiciário, concebendo decisões, teses e provimentos vinculantes.

2. A RELATIVIZAÇÃO DO EFEITO *INTER PARS* NO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

Na esteira de conceber um sistema de vinculações – que tiveram início já antes do CPC/2015, encontram-se algumas modificações que influenciam diretamente nos efeitos das decisões em controle difuso de constitucionalidade.

A doutrina mais renomada, nesse particular, costuma apontar para um movimento intitulado de abstrativização (ou objetivação) do controle difuso de constitucionalidade⁸. Significa dizer que, a partir de um conjunto de modificações constitucionais, legais e jurisprudenciais, passou-se a estender os efeitos de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal, tomadas em sede de controle concreto e difuso, para além das partes do processo, tratando-as como vinculantes.

Cuida-se, verdadeiramente, de um longo desenvolvimento para que se possa conceber tal alteração de paradigma, que, apesar de não ser pacífica, encontra respaldo no Direito Brasileiro, especialmente no desenvolvimento histórico de seus institutos.

Aqui, é importante anotar que as ações coletivas, previstas na Constituição de 1988, e regulamentadas infraconstitucionalmente, promoveram premente alteração na concepção dos efeitos atribuídos entre os diferentes modelos de controle exercidos pelo STF.

Nessa linha, consigna-se que

A aceitação das ações coletivas como instrumento de controle de constitucionalidade relativiza enormemente a diferença entre os processos de índole objetiva e os processos de caráter estritamente subjetivo. É que a decisão proferida na ação civil pública, no mandado de segurança coletivo e em outras ações de caráter coletivo não mais poderá ser considerada uma decisão *inter partes*. De qualquer sorte, a natureza idêntica do controle de constitucionalidade, quanto às suas finalidades e aos procedimentos comuns dominantes para os modelos difuso e concentrado, não mais parece legitimar

⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional*. Revista De Informação Legislativa, n. 162, abr/jun. 2004.

a distinção quanto aos efeitos das decisões proferidas no controle direto e no controle incidental. (MENDES, 2004. p. 164).

Há, portanto, um caso claro em que a divisão estanque entre a atribuição de efeitos em processos de cunho objetivo e subjetivo não encontra respaldo no Direito Brasileiro. É que a coletivização dos efeitos das decisões judiciais responde às necessidades de demandas judiciais massificadas, conferindo segurança jurídica e isonomia aos posicionamentos firmados em diferentes casos.

Sob esse fundamento, a Constituição Federal positivou, por exemplo, a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo, permitindo, por definição, a expansão dos efeitos da decisão em controle difuso de constitucionalidade.

Mais adiante no argumento, e contrapondo, de antemão, uma visão estritamente formalista do fenômeno, rememore-se que o Supremo Tribunal Federal, no ano de 1994, reconheceu a possibilidade de se conhecer de Mandado de Injunção Coletivo, ainda quando não havia previsão legal para tanto⁹.

O Min. Celso de Mello assentou que a “orientação jurisprudencial adotada pelo Supremo Tribunal Federal prestigia, desse modo, a doutrina que considera irrelevante, para efeito de justificar a admissibilidade de ação injuncional coletiva, a circunstância de inexistir previsão constitucional a respeito”.¹⁰

Não há, portanto, que se falar em inovação no reconhecimento da coletivização dos processos de feição subjetiva, mormente em relação aos efeitos ultra partes que derivam das decisões tomada nessa sede.

Aqui, deve-se traçar paralelo com o próprio *Habeas Corpus* Coletivo, tema central deste, e que, apesar de não possuir disciplina própria, somente teve sua possibilidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2018¹¹, muito após o conhecimento do primeiro *writ* injuncional coletivo.

Some-se a isso o fato de os interesses tutelados pelo *habeas corpus* dizerem respeito à liberdade dos indivíduos perante o Poder Estatal, além de se configurar enquanto alicerce do processo constitucional brasileiro, como se tratará mais adiante.

⁹ Somente em 2016 a Lei 13.300 positivou o Mandado de Injunção Coletivo.

¹⁰ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. MI 20, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 19/05/1994.

¹¹ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. HC 143641, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 20/02/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-215 DIVULG 08-10-2018 PUBLIC 09-10-2018.

Dessa sorte, afirma-se aqui, que a divisão entre os modelos difuso e concentrado possui grandes virtudes didáticas¹² e devem se prestar para tanto. Mas, mormente a partir da constitucional atribuição de efeitos vinculantes às decisões em controle abstrato e da releitura hermenêutica do artigo 52, inciso X, da Constituição (fórmula do Senado), defende-se não ser possível tratar a dicotomia como absoluta ou, até mesmo, como imprescindível na prática.

Doutrinariamente, outrossim, costuma-se, para demonstrar a construção de um fenômeno de atribuição de efeitos vinculantes em sede de processos subjetivos, destacar a concepção e evolução de alguns institutos no Direito Brasileiro, ao que se passa agora.

3. A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDADE E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Nesse particular, fundamental que se destaque a inserção, por força da Emenda Constitucional n.º 45/2004, do artigo 103-A, na Constituição Federal, que dispõe sobre a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal editar as súmulas vinculantes.

Cuida-se de meio pelo qual o Tribunal pode, por decisão de dois terços de seus membros e após reiterado entendimento, conceber enunciado normativo com efeito vinculante, inclusive em sede de controle difuso e concreto de normas.

Há aqui cristalina aproximação dos efeitos em sede de controle abstrato e controle concreto, como os que resultaram na edição das súmulas vinculantes n.º 12, que versa sobre a proibição de cobrança de taxa de matrícula em universidades públicas, e n.º 26¹³, que, versa sobre a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos).

Para além disso, a disciplina do Código de Processo Civil criou um regime de observância às súmulas vinculantes (observe-se: ainda que editadas em sede de controle concreto), na tutela de evidência, na disciplina das obrigações de juízes e tribunais e na possibilidade de ajuizamento de reclamação para garantir a vinculação

¹² Ressalte-se: SEGADO, Francisco Fernández. *La Obsolescencia de la Bipolaridad Tradicional (Modelo Americano – Modelo Europeo-Kelseniano) de los Sistemas de Justicia Constitucional*. Direito Público. n. 2 – Out-Nov-Dez/2003. (p. 55-82).

¹³ Importante ressaltar, para demonstrar a evolução do posicionamento da Corte, que culminou no conhecimento de *habeas corpus* coletivo, o julgado na Rcl 4335, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/2014, DJe-208 DIVULG 21-10-2014 PUBLIC 22-10-2014.

ao enunciado de súmula editada pelo Supremo Tribunal Federal, dotada de efeitos *erga omnes*.

Outro exemplo que deve ser citado é o instituto da repercussão geral, que passou a integrar a sistemática recursal do STF. Trata-se de inovação trazida pela já citada Emenda Constitucional n.º 45/2004 e regulamentada pela Lei n.º 11.418/2006, que se consubstancia em requisito de admissibilidade do Recurso Extraordinário, de índole eminentemente subjetiva. Em seus termos, somente serão admitidos para julgamento pelo Tribunal, recursos extraordinários em que se discutam questões dotadas de ampla relevância política, social ou econômica, gerando a sua inadmissibilidade ou admissibilidade a fixação de teses a serem replicadas em larga escala.

A sistemática da repercussão geral, por gerar a criação de teses, a partir do julgamento de casos selecionados, acaba por determinar a aplicação do conteúdo normativo fixado em diversas demandas repetitivas encontradas no Judiciário Brasileiro¹⁴, expandindo os efeitos da decisão tomada em controle concreto de constitucionalidade.

Releva sobremaneira, ademais, ressaltar, como a evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal¹⁵, que culminou na norma do artigo 927, §2º, do Código de Processo Civil, permitindo a modulação de efeitos temporais em sede de processos de feição subjetiva, interessa à expansão do alcance das decisões tomadas nestes.

Isso porque, mesmo antes de qualquer previsão legal, o STF já admitia que se modulasse os efeitos temporais de decisão tomada em controle concreto e difuso de constitucionalidade, conferindo efeito transcendente às suas decisões, que passaram a vincular todos os demais feitos em situação idêntica. Como um dos exemplos, tome-se o julgamento do *Habeas Corpus* 82.959, que, ao declarar a inconstitucionalidade, em controle concreto, do art. 2º da citada Lei de Crimes Hediondos, definiu não haver direito à indenização aos que foram prejudicados pela proibição de progressão de regime anterior à declaração de sua inconstitucionalidade, espalhando efeitos para todos os casos análogos.

¹⁴ Para maior aprofundamento, sugere-se: PAIVA, Clarissa Teixeira. *A Repercussão Geral Dos Recursos Extraordinários E A Objetivação Do Controle Concreto De Constitucionalidade*. Revista da AGU, nº 17. (p. 48-87).

¹⁵ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. HC 82959, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 23/02/2006. DJ 01-09-2006.

Fundamental aqui, citar, também, o julgamento do Supremo Tribunal Federal relativo ao conjunto de Ações Diretas de Inconstitucionalidade e uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental¹⁶ em que se declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do artigo 2º da Lei 9.055/1995, que disciplina a extração, industrialização, comercialização de transporte do amianto.

Como o objeto principal do julgamento foram dispositivos de normas locais que restringiam a atividades envolvendo o amianto, ao julgar o referido conjunto de ações de controle abstrato, o Tribunal fez controle incidental de constitucionalidade.

Em que pese a força dos argumentos de autorizada doutrina¹⁷, prefere-se, aqui, não classificar tal caso como sendo de abstrativização (ou objetivação) dos processos de feição subjetiva, uma vez que a declaração de constitucionalidade em ações de controle abstrato e concentrado, por força da histórica jurisprudência da Corte e, posteriormente, de previsão constitucional, produzem, por definição, efeitos vinculantes.

Isso porque, ainda que a declaração de inconstitucionalidade tenha se dado incidentalmente, o fato de que decorreu de controle abstrato impede que o caso concreto seja enquadrado em um processo de abstrativização, por, simplesmente, já o ser.

Neste contexto de claro processo de atribuição de efeitos vinculantes às decisões em sede de controle constitucionalidade de feição subjetiva, insere-se como uma importante mudança de paradigma o *Habeas Corpus* coletivo, especialmente a partir do julgamento do HC 143.641/SP.

Neste feito, o Supremo Tribunal Federal, por meio de sua Segunda Turma, consolidou o entendimento de que há um estado de coisas inconstitucional no sistema prisional brasileiro, tomando uma decisão, em sede de controle de constitucionalidade difuso, concreto e incidental, que estendeu os efeitos de sua decisão para uma coletividade de pessoas.

No caso, a partir da comprovação nos autos da situação estrutural de que mulheres grávidas e mães de crianças estão submetidas ao cumprimento de prisão preventiva de forma degradante, sem os devidos cuidados médicos pré-natal e pós-

¹⁶ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. ADPF 109, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 30/11/2017.

¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; CARVALHO FILHO, José S. *Os Efeitos Da Decisão De Inconstitucionalidade Do STF em Controle Incidental*. Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2019, vol. 11, n. 20, p. 179-201, jan-jul, 2019.

parto, inexistindo, também, berçários e creches para as crianças, a ordem foi concedida para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar (sem prejuízo de medidas alternativas do art. 319 do CPP) de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e pessoas com deficiência, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências. A ordem se estende a todas as adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação, respeitadas as mesmas exceções: os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício.

Verifica-se, no presente caso, a utilização do *Habeas Corpus* em sua forma coletiva como instrumento para a concretização, em larga escala, de outros valores constitucionais, superando a já ultrapassada lógica de produção de efeitos às partes do caso concreto.

Diante da massificação dos problemas sociais, especialmente no que se refere às mulheres grávidas e mães de crianças presas preventivamente, buscou-se garantir, no caso em comento, a tutela da intranscendência da pena; os direitos da criança e do adolescente e a consecução das normas de direitos humanos previstas na Constituição Federal e também em regramentos internacionais.

Considera-se que, a partir de toda a evolução histórica aqui retratada, e em especial da natureza e importância do *habeas corpus* para a jurisdição constitucional brasileira, tem-se uma decisão paradigma, que alterou a concepção dos efeitos das decisões do Tribunal, demandando reflexão e estudo mais detido, que perpassa pelas características do próprio remédio.

4. A EVOLUÇÃO DO *HABEAS CORPUS* PARA A ADMISSIBILIDADE EM SUA FORMA COLETIVA

Para entender as razões que levaram a Segunda Turma do STF, no julgamento histórico do HC 143.641/SP, relatado pelo Min. Ricardo Lewandowski - a admitir a impetração coletiva e a conceder a ordem a todas as mulheres presas preventivamente e menores encarceradas que se encontravam na condição de gestantes, puérperas ou mães de crianças sob sua responsabilidade- é necessário compreender a evolução do *writ* no Brasil, que, de fato, inaugurou o caminho para a

existência de outros remédios constitucionais, como o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção.

Embora já previsto na legislação do Império, o *habeas corpus* só veio a adquirir status constitucional em 1891 com a primeira Carta republicana. Em virtude de seu texto não restringir o seu cabimento às hipóteses de violação à liberdade individual, surgiu a célebre doutrina brasileira do *habeas corpus*, liderada por Rui Barbosa, que passou a defender a sua impetração em face de qualquer violência ou coação fruto de ilegalidade ou abuso de poder. A respeito desse momento histórico, explicam Pellegrini, Gomes Filho e Scarance Fernandes (2004: p. 347-348):

Na verdade, três posições firmaram-se com o advento da Constituição republicana: alguns, como Rui Barbosa, sustentavam que a garantia deveria ser aplicada em todos os casos em que um direito estivesse ameaçado, manietado, impossibilitado no seu exercício por abuso de poder ou ilegalidade; em sentido oposto, afirmava-se que o *habeas corpus*, por sua natureza e origem histórica, era remédio destinado exclusivamente à proteção da liberdade de locomoção; e finalmente, uma terceira corrente, vencedora no seio do Supremo Tribunal Federal, propugnava incluir na proteção do *habeas corpus* não só os casos de restrição da liberdade de locomoção, como também as situações em que a ofensa a essa liberdade fosse meio de ofender outro direito. Assim, exemplificava Pedro Lessa: quando se ofende a liberdade religiosa, obstando que alguém penetre no templo, tem cabimento o *habeas corpus*, pois foi embaraçando a liberdade de locomoção que se feriu a liberdade religiosa; quando se ofende a liberdade religiosa, porque se arrasam as igrejas, ou se destroem os objetos do culto, não é possível requerer o remédio, porque aí não está em jogo a liberdade de locomoção das pessoas.¹⁸

A reforma constitucional de 1926, por sua vez, restringiu o alcance do *Habeas Corpus* para se limitar às hipóteses de violência à liberdade de locomoção. A Carta de 1934 estipulou que “Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer, ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões, disciplinares não cabe o *habeas corpus*”.¹⁹ Essa modificação levou o constituinte de 1934 a suprir a lacuna gerada pela abrangência reduzida do *habeas corpus* por meio da criação do mandado de segurança. A Constituição de 1946 manteve os termos do Texto de 34 e o *habeas corpus* passou por um grave período de suspensão, a partir de 1968, com o Ato Institucional nº 5. A Constituição de 1988, garantidora dos direitos fundamentais, realizou uma abertura

¹⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; e FERNANDES, Antônio Scarance. **Recursos no processo penal**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. (p. 347-348).

¹⁹ BARBOSA, Eduardo Ubaldo e PEDRINA, Gustavo Mascarenhas Lacerda. *Uma história antiga: o Supremo Tribunal Federal e o Habeas Corpus*. In: PEDRINA, Gustavo Mascarenhas Lacerda; NUNES, Mariana Madera; SOUZA, Rafael Ferreira de; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de (org). *Habeas Corpus no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. (p. 39).

procedimental da jurisdição constitucional, ao estipular, ao lado do *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data*, o mandado de injunção e o mandado de segurança coletivo.

Percebe-se, portanto, que o amplo leque de instrumentos processuais constitucionais assegurados atualmente muito se deve à evolução do *habeas corpus*. Desse modo, como já explicado anteriormente, em razão de ser a matriz do nosso processo constitucional, seria incoerente haver a admissão dos mandados de segurança e injunção coletivos sem o reconhecimento do cabimento do *habeas corpus* coletivo. Esse ponto foi explorado no julgamento do HC 143.641/SP e a demora na evolução jurisprudencial para admitir o cabimento do HC coletivo foi observada em passagem do voto do Min. Gilmar Mendes: “É curioso que esse predecessor de todos esses institutos – o HC – ficou um tanto quanto retardatário nesse debate.”

Além da massificação das relações sociais e, por consequência, dos seus conflitos, o que levou ao reconhecimento de remédios processuais coletivos na ordem constitucional, o próprio “estado de coisas inconstitucional” das unidades prisionais brasileiras, reconhecido na ADPF 347²⁰, leva à necessidade de ampliação do escopo do *habeas corpus*, de forma a ser utilizado como remédio para coibir violências à liberdade de locomoção causadas por constrangimento ilegal ou abuso de poder a um grupo determinado de pessoas. Deve-se verificar, para tanto, nos termos do que foi decidido no HC 143.641/SP, a existência de violação a direitos individuais homogêneos, tal como previsto no art. 81, III, do CDC, ou seja, que um grupo determinado ou determinável de pessoas tenha, por um mesmo fato, o seu direito à liberdade violado ilegalmente.

Diante desse “estado de coisas inconstitucional”, inúmeras são as situações que, em tese, podem ensejar violações coletivas de direitos, passíveis de serem tutelados pelo *habeas corpus* coletivo, tais como, por exemplo, “a criminalização de determinadas atividades, profissões ou condutas praticadas por grupos sociais; as restrições coletivas a direitos como visitas íntimas e banho de sol.”²¹

²⁰ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. ADPF 347 MC, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015.

²¹ DANTAS, Eduardo Souza. *Habeas Corpus coletivo: cabimento e discussões sobre legitimidade*. In: PEDRINA, Gustavo Mascarenhas Lacerda; NUNES, Mariana Madera; SOUZA, Rafael Ferreira de; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de (org). *Habeas Corpus no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. (p. 88).

Nesse contexto, a partir do julgamento paradigmático do HC 143.641/SP, a Segunda Turma do STF reafirmou o cabimento do *writ* coletivo ao negar recurso ministerial em face de acórdão proferido pela Segunda Turma Recursal Criminal do Conselho Recursal dos Juizados Cíveis e Criminais do Rio de Janeiro, que havia concedido ordem coletiva de *habeas corpus* para impedir constrangimento ilegal de imputação aos profissionais de guardadores de veículos automotores da contravenção penal de exercício irregular de profissão.²²

Os julgados recentes do STF²³, especialmente da Segunda Turma, trazem à tona uma tendência, por meio do HC coletivo, de se ampliar os efeitos da tutela da liberdade de forma a alcançar, em uma única impetração, o maior número de pessoas possível que se encontrem diante de um mesmo constrangimento ilegal ou abuso de poder.

5. A DEMOCRATIZAÇÃO DO PROCESSO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO POR MEIO DO *HABEAS CORPUS* COLETIVO

Como a admissão do *habeas corpus* coletivo não altera as hipóteses ensejadoras de sua concessão, mas exige a demonstração de um grupo de pessoas determinado ou determinável sofrendo a violação de sua liberdade por um constrangimento ilegal ou abuso de poder, o reconhecimento do seu cabimento na forma coletiva robustece a flexibilidade característica do *habeas corpus* e assegura direitos fundamentais.

O remédio heroico aqui analisado, por si só, se diferencia dos demais instrumentos do nosso processo constitucional brasileiro ao permitir que seja impetrado por qualquer pessoa, eleitora ou não, com capacidade civil ou não, nacional ou estrangeira. Como dito pelo Min. Gilmar Mendes em seu voto no julgamento do HC 143.641/SP, trata-se de uma espécie de “ação popular penal”.

A possibilidade de impetração do *writ* coletivo contribui para o fortalecimento do próprio instituto, podendo repercutir significativamente na eficiência da prestação

²² BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. ARE 855.810/RJ, rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 28/08/2018.

²³ Até o fechamento deste artigo, outro importante caso merece relevo, em que a Segunda Turma do Tribunal concedeu *habeas corpus* coletivo em favor de presos que sejam os únicos responsáveis por crianças e pessoas com deficiência. (*Supremo Tribunal Federal*. HC 165.704/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 20/10/2020).

jurisdicional, democratizando o acesso à justiça e, sobretudo, conferindo maior amplitude para a tutela do direito fundamental à liberdade.

No julgado paradigmático em análise, a fim de ilustrar as dificuldades cotidianas do cidadão para reconhecer a violação a seus direitos e, por consequência, a limitação do seu acesso à Justiça, o relator Min. Ricardo Lewandowski, retratou tal cenário com base no relatório sobre o Panorama do Acesso à Justiça no Brasil, produzido pelo CNJ,²⁴ que apontou baixo índice de acesso à Justiça pelas pessoas hipossuficientes.²⁵

Ainda sobre a concretização do acesso à justiça, em virtude da ausência de previsão expressa no texto constitucional, restou decidido no âmbito do HC 143.641/SP que a legitimidade para impetrar o writ coletivo deve seguir a lógica do mandado de injunção coletivo, nos termos do art. 12 da Lei 13.300/2016. Visando superar os argumentos pela inadmissibilidade do habeas corpus coletivo, convém registrar as palavras do Min. Ricardo Lewandowski no julgamento de que “a existência de outras ferramentas disponíveis para suscitar a defesa coletiva de direitos, notadamente, a ADPF, não deve ser óbice ao conhecimento do habeas corpus coletivo. O rol de legitimados dos instrumentos não é o mesmo, sendo consideravelmente mais restrito nesse tipo de ação de cunho objetivo. Além disso, o acesso à justiça em nosso país, sobretudo de mulheres presas e pobres, por ser notadamente deficiente, não pode prescindir da autuação de diversos segmentos da sociedade civil em sua defesa”.

Dessa forma, tratando-se de liberdade humana, o Estado não pode ficar inerte diante de constrangimento ilegal e abuso de poder. Aliás, a própria visão sistêmica do *habeas corpus* nos leva a esse posicionamento. A possibilidade de concessão de ofício, nos termos do art. 654, §2º, do CPP e da extensão dos efeitos da ordem concedida (art. 580, CPP) nos permite apontar que a inexistência de impetração individual não constitui óbice para a concessão do *writ* coletivo se verificada a existência de constrangimento ilegal, assegurando ao jurisdicionado hipossuficiente a devida tutela à sua liberdade.

²⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Panorama do Acesso à Justiça no Brasil, 2004 a 2009*. Brasília. Jul.2011.

²⁵ “Na esfera criminal, 22,4% das pessoas entrevistadas, que estiveram envolvidas em conflitos criminais no período de 2004 a 2009, simplesmente não buscaram a tutela do Poder Judiciário”. DANTAS, Eduardo Souza. Habeas Corpus coletivo: cabimento e discussões sobre legitimidade. In: PEDRINA, Gustavo Mascarenhas Lacerda; NUNES, Mariana Madera; SOUZA, Rafael Ferreira de; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de (org). Habeas Corpus no Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. (p. 92).

Como característica da democratização do processo constitucional pátrio, o *habeas corpus* coletivo também proporciona uma maior eficiência e racionalização da prestação jurisdicional, uma vez que evita imensurável quantidade de impetrações e, ao mesmo tempo, a ocorrência de ilegalidades prolongadas. Logicamente, aliviaria a já abarrotada máquina judiciária.

Outra importante função desempenhada pelo *habeas corpus* coletivo é assegurar a isonomia da aplicação do Direito, de modo a impedir subjetivismos desregrados por parte dos órgãos jurisdicionais. Se já houvesse, à época, o reconhecimento do cabimento do *writ* coletivo ou a adoção de efeitos *erga omnes*, dificilmente teríamos situações como as ocorridas a partir da declaração de inconstitucionalidade pelo STF em *habeas corpus* de dispositivos da lei de crimes hediondos quanto à fixação e progressão de regime, nas quais diversos juízes e tribunais deixaram de seguir o entendimento da Corte sob a frágil alegação de que possuía apenas efeitos entre as partes do caso julgado. Com isso, as ilegalidades foram perpetuadas, de modo que pessoas cumpriam pena em regime integralmente fechado mesmo com o STF tendo declarado a sua inconstitucionalidade.

Além disso, visando garantir a real isonomia e impedir a ocorrência de injustiças, no HC 143.641/SP foram estipuladas situações para as quais não haveria ilegalidade e que, portanto, a ordem não deveria ser concedida. Dessa forma, mulheres presas preventivamente por crimes que teriam sido praticados contra os seus próprios filhos não teriam direito à substituição pela prisão domiciliar.

O *habeas corpus* coletivo, diante disso, insere-se em um contexto que assegura a plasticidade do remédio, de modo a superar formalismos infrutíferos, e que amplia os efeitos da tutela de direitos fundamentais, juntamente com outras técnicas processuais, como a adoção de efeitos *erga omnes* da decisão de inconstitucionalidade em *habeas corpus*; a edição de súmula vinculante; o reconhecimento da repercussão geral e fixação de tese em recurso extraordinário e concessão monocrática de *habeas corpus*.

Assim, ao conhecer do *habeas corpus* coletivo e conceder a ordem em favor de todas as mulheres em uma mesma situação de fato, o Supremo Tribunal Federal acaba por consolidar, por meio do instrumento que é sua base fundante, o movimento da adoção, em controle de constitucionalidade de feição subjetiva, de efeitos de decisões tomadas em processos objetivos.

CONCLUSÃO

Buscou-se demonstrar, em linhas gerais, como a dicotomia classicamente atribuída aos modelos jurisdicionais austríaco e norte-americano tem se tornado exclusivamente didática, perdendo o posto de absoluta, favorecendo soluções jurídicas que encerrem demandas repetitivas e resguardecem, em larga escala, direito fundamentais.

O ordenamento jurídico brasileiro, como se logrou narrar, conhece de diversos instrumentos que possibilitam a expansão dos efeitos tomados em controle difuso e concreto de constitucionalidade. Nessa esteira, a admissibilidade do habeas corpus coletivo representa um avanço sobre a divisão estanque para alterar a qualidade da atribuição de efeitos das decisões.

Deve-se ter como norte a adequada prestação jurisdicional, em consonância com os desafios impostos pelas demandas de massa, que atingem até a seara penal, especialmente diante dos crônicos gargalos do sistema prisional brasileiro, considerado como um estado de coisas inconstitucional. A ordem constitucional, através do seu mais antigo remédio, possibilita uma resposta, sendo o *habeas corpus* coletivo um importante instrumento para a tutela da liberdade daqueles que se encontram em uma idêntica situação de ilegalidade, tendo o HC 143.641/SP representando esse propósito.

Percebe-se, então, a necessidade de o Supremo Tribunal Federal, em nome da efetividade da jurisdição constitucional, conceder efeitos idênticos às suas decisões, independentemente de serem os processos de índole subjetiva ou objetiva.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. **Do Genuíno Precedente Do Stare Decisis Ao Precedente Brasileiro: Os Fatores Histórico, Hermenêutico E Democrático Que Os Diferenciam.** In: Revista de Direito da Faculdade Guanambi. Ano 2, vol. 2, n. 1. Jan-Jun 2016.

BARBOSA, Eduardo Ubaldo e PEDRINA, Gustavo Mascarenhas Lacerda. **Uma história antiga: o Supremo Tribunal Federal e o Habeas Corpus.** In: PEDRINA, Gustavo Mascarenhas Lacerda; NUNES, Mariana Madera; SOUZA, Rafael Ferreira de; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de (org). Habeas Corpus no Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. (p. 39).

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. MI 20, Relator(a): Celso De Mello, Tribunal Pleno, julgado em 19/05/1994.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. HC 143641, Relator(a): Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 20/02/2018.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Rcl 4335, Relator(a): Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/2014.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. HC 82959, Relator(a): Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 23/02/2006.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. ARE 855.810/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 28/08/2018.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. ADPF 347 MC, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. ADPF 109, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 30/11/2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. ***Panorama do Acesso à Justiça no Brasil, 2004 a 2009. Brasília***. Jul.2011

CARVALHO FILHO, José S. **Os Efeitos Da Decisão De Inconstitucionalidade Do STF Em Julgamentos De Habeas Corpus**. In: PEDRINA, Gustavo Mascarenhas Lacerda; NUNES, Mariana Madera; SOUZA, Rafael Ferreira de; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de (org). *Habeas Corpus no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. (p. 45-60).

DANTAS, Eduardo Souza. **Habeas Corpus coletivo: cabimento e discussões sobre legitimidade**. In: PEDRINA, Gustavo Mascarenhas Lacerda; NUNES, Mariana Madera; SOUZA, Rafael Ferreira de; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de (org). *Habeas Corpus no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; e FERNANDES, Antônio Scarance. **Recursos no processo penal**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. (p. 347-348).

ISHIKAWA, Lauro; FROTA JÚNIOR, Clóvis Smith. **A Abstração Do Controle Difuso De Constitucionalidade Brasileiro**. *Revista De Informação Legislativa*, n. 222 abr./jun. 2019. (p. 133-154).

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira. **O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional**. Revista De Informação Legislativa, n. 162, abr/jun. 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; CARVALHO FILHO, José S. **Os Efeitos Da Decisão De Inconstitucionalidade Do STF em Controle Incidental**. Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2019, vol. 11, n. 20, jan-jul, 2019. (p. 179-201).

PAIVA, Clarissa Teixeira. **A Repercussão Geral Dos Recursos Extraordinários E A Objetivação Do Controle Concreto De Constitucionalidade**. Revista da AGU, nº 17. (p. 48-87).

SEGADO, Francisco Fernández. **La Obsolescencia de la Bipolaridad Tradicional (Modelo Americano – Modelo Europeo-Kelseniano) de los Sistemas de Justicia Constitucional**. Direito Público. n. 2 – Out-Nov-Dez/2003. (p. 55-82).

CONSTITUCIONAIS PLENAS: UMA ANÁLISE DA CONCRETUDE DOS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA SOB A ÓTICA DA LEGISLAÇÃO ADMINISTRATIVA, TRIBUTÁRIA E CONSUMERISTA¹

Bruno Ribeiro Marques²

Lais Khaled Porto³

Paulo R. Roque A. Khouri⁴

SUMÁRIO: Introdução; 1 A força normativa das normas constitucionais na doutrina nacional e estrangeira; 2 A legislação administrativa como concretizadora de igualdade material; 3 Tributação sob o consumo e as políticas fiscais voltadas às pessoas com deficiência; 3.1 incentivos federais para a aquisição de veículos; 3.2 Incentivos estaduais para a aquisição de veículos; Considerações finais; Referências

RESUMO: O presente estudo tem por escopo demonstrar que algumas disposições constitucionais passaram a demandar uma série de medidas do legislador infraconstitucional para que se pudesse conferir-lhes aplicabilidade plena, especificamente, as disposições relativas à tutela da igualdade material relativa às pessoas com deficiência. Nesse contexto, o presente estudo tem por objeto investigar a produção e atualização legislativa referente à legislação: a) consumerista; b) administrativista; e c) tributária, com o objetivo de averiguar se essas foram suficientes a conferir efetividade ao texto constitucional. Parte-se da hipótese confirmável que, em que pese as disposições legislativas, a relutância na atualização do limite da tabela de isenção tributária do ICMS na aquisição de veículos automotores e a expressiva regressividade em boa parte dos impostos sobre o consumo, aliada a inaplicabilidade empírica da legislação administrativa, sobretudo relativa ao Estatuto das Cidades, acabam por desamparar, exatamente, esta parcela da população que já era bastante onerada pela inerente adaptação dos seus bens de consumo a suas respectivas realidades. A metodologia funda-se em pesquisa documental hipotético-indutiva com o objetivo de investigar como tem sido feita a atualização da legislação administrativista, consumerista e tributária, no que tange à efetiva tutela da pessoa com deficiência. Os achados demonstram defasagem na aplicação do Estatuto das Cidades, na atualização do teto de isenção e alta regressividade na tributação sobre o consumo, o que, aliado aos gastos de adaptações necessários às demandas desta parcela da população, ao longo do tempo, vêm tornando o mandamento constitucional da igualdade material mais programático do que, efetivamente, pleno.

PALAVRAS-CHAVE: Igualdade Material. Legislação Administrativa. Legislação Consumerista. Legislação Tributária. Política Fiscal.

¹ Artigo produzido no âmbito do Doutorado em Direito Constitucional do IDP, como critério avaliativo da disciplina *Desafios Contemporâneos da Ordem Constitucional*, ministrada pelos Professores Doutores Gilmar Mendes e Georges Abboud.

² Auditor Público Externo do TCE-MT, lotado na Secretaria de Obras e Serviços de Engenharia. Professor de Direito das Obrigações do Instituto Cuiabá de Ensino e Cultura. Doutorando em Direito Constitucional – IDP. Mestre em Administração: Estratégia e Estudos das Organizações – Universidade Federal do Paraná. Especialista em Controladoria e Finanças e em Engenharia de Produção – PUC-PR. Especialista em Direito, Controle Externo e Administração Pública – FGV. Graduado em Engenharia Civil pela Unicamp e em Direito pelo Instituto Cuiabá de Ensino e Cultura. E-mail: brmarques@tce.mt.gov.br.

³ Advogada. Professora do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Ex-Conselheira do Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência – CONADE. Doutoranda em Direito Constitucional – IDP. Mestre em Direito Constitucional e Especialista em Direito Tributário e Finanças Públicas – IDP. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Pará. E-mail: lais.porto@mudrovitsch.adv.br.

⁴ Advogado e Jornalista. Professor do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Doutorando em Direito Constitucional - IDP. Mestre em Direito Privado e especialista em Direito do Consumo - Universidade de Lisboa. Especialista em Direito Econômico e das Empresas pela Fundação Getúlio Vargas – FGV. Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – Uniceub. E-mail: contato@khouriadvocacia.com.br.

FULLY CONSTITUTIONAL: AN ANALYSIS ON THE CONCRETIVENESS OF THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES FROM THE PERSPECTIVE OF ADMINISTRATIVE, TAX AND CONSUMER LAW

ABSTRACT: The present study demonstrates that programmatic constitutional forecasts have demanded a series of measures to make them fully applicable. The study is limited in analyzing the legislation about the person with special needs⁵ and their particular adaptation demands. Therefore, the present study investigates the duties imposed on this specific part of the population and the legislative updates regarding consumer law, b) administrative law, and c) tax legislation. This study aims to discover whether these innovations have been sufficient to adequately provide effectiveness regarding material equality previewed in the constitutional document. The research is based on the verifiable hypothesis that despite legislative predictions, the legislators' reluctance to update the tax exemption for people with special needs and many consumerist regressive taxes along with certain inapplicability regarding the Statue of City Law have resulted in several harms precisely within this portion of the population that mostly demands them. The methodology used was a theoretical—inductive documentary— research whose objective was to observe how the government has updated these legislative devices and whether these modifications have been sufficient to provide total effectiveness to constitutional forecasts. The findings demonstrate a delay in updating the exemption tax tables and excessive regressiveness in consumerist tax legislation along with inapplicability regarding the Statue of Cities. It also shows high costs in unnumbered adaptations required by people with special needs to attend to their particular demands. Consequently, these measures have made the constitutional forecasts programmatic disposals rather than effective ones.

KEYWORDS: Material Equality. Administrative Legislation. Consumer Legislation. Tax Legislation. Fiscal Policy.

⁵ *Person with especial needs*: terminologia adotada na ONU.

INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 é comumente chamada de Constituição Cidadã por ter previsto diversos mecanismos de tutela de direitos sociais, representados pelo conceito de igualdade, subdividida em igualdade formal e igualdade material.

A igualdade formal pressuporia mecanismos jurídicos que permitissem às pessoas exercerem seus direitos em iguais condições, como por exemplo a gratuidade da justiça às pessoas hipossuficientes; a possibilidade de curatela aos menores de 16 anos e a preferência no recebimento de precatórios às pessoas acima de 80 anos.

A igualdade em seu aspecto material, por sua vez, parte de uma concepção ativa, demandando do legislador infraconstitucional medidas que efetivamente garantam que os diferentes indivíduos usufruam de condições paritárias, independente da realidade socioeconômica em que cada um esteja inserido.

Dependem, portanto, de políticas públicas comissivas, como as que garantem renda mínima, que permitam que os indivíduos paguem mais ou menos tributos conforme a capacidade contributiva, em consonância com o objetivo fundamental de erradicação da marginalização e redução de desigualdades, inscrito no art. 3º, inciso III, da Constituição Federal de 1988 (CF/88).

A igualdade material, assim, demanda atuação estatal comissiva no sentido de garantir igualdade de condições e exercício pleno e efetivo da cidadania por toda a população, em face da qual merecem destaque, como grupo de indivíduos que requer políticas públicas específicas, as pessoas com deficiência, face ao compromisso do Estado brasileiro na promoção do exercício pleno e equitativo de seus direitos, especialmente com a ratificação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, da Organização das Nações Unidas (BRASIL, 2008; 2009).

Nesse contexto, passados mais de 30 (trinta) anos da Assembleia Constituinte brasileira - e mais de 10 (dez) anos da internalização da Convenção da ONU - questiona-se se as disposições infralegais atualmente vigentes seriam suficientes para garantir a efetiva igualdade material à pessoa com deficiência, nos moldes do que requer o texto constitucional.

Com o intuito de responder a esse questionamento, o presente estudo tem como foco o ordenamento jurídico infraconstitucional tributário, consumerista e

administrativista, a fim de averiguar se suas previsões têm sido eficazes no tratamento das pessoas com deficiência. igualdade material.

A metodologia de pesquisa utilizada corresponde à análise documental dos principais normativos infralegais, sob o método hipotético-indutivo, tendo como foco a hipótese confirmável de que a produção normativa tem sido insuficiente a conferir concretude plena à norma constitucional, notadamente no que se refere a inaplicabilidade prática da legislação administrativa, a desatualização da legislação tributária e a alta regressividade dos impostos nas relações de consumo, o que acaba por onerar excessivamente as pessoas com deficiência.

Para tanto, o presente estudo se inicia com análise sobre a normatividade impositiva do texto constitucional, em perspectiva nacional e comparada, especificamente quanto às normas programáticas.

Na sequência, são demonstrados os principais normativos produzidos no Brasil para salvaguardar os direitos das pessoas com deficiência na legislação administrativa; na legislação consumerista e na legislação tributária. Os achados são ressaltados em cada um dos tópicos e, por fim, as conclusões sobre a confirmação ou não da hipótese levantada são evidenciadas.

1. A FORÇA NORMATIVA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS NA DOUTRINA NACIONAL E ESTRANGEIRA

Falar em força normativa remete, imediatamente, à doutrina alemã, que confere especial atenção sobre a eventual aplicabilidade imediata das normas constitucionais, pelo que sua análise é tomada como ponto de partida do presente estudo.

A doutrina alemã reconhece a supremacia constitucional e confere eficácia amplíssima aos direitos fundamentais em seu texto, de modo que se passou a entender, aos poucos, e em vista da hermenêutica e da interpretação sistemática e teleológica da Constituição de Weimar, que os direitos fundamentais expostos no texto seriam aplicáveis à toda a sociedade, a todo o ordenamento, em sua maior plenitude.

Para alguns autores (HESSE, 2009, p. 49; DÜRIG, 2016, p. 55-60), a força normativa da constituição estabeleceria uma orientação impositiva na unificação, ainda que parcial, entre direito público e privado, haja vista que ambos se submeteriam aos mesmos mandamentos do legislador ordinário, não havendo, assim, razões para

se estabelecerem exceções às diretrizes da carta que o constituinte não tenha, ressalvado.

Na análise de DÜRIG, o conjunto fundamental de questões que é abordado pelo acórdão Lüth, diria respeito à relação dos direitos fundamentais com as relações jurídicos-privadas. Mas a contribuição do julgado vai além, reconhecendo a aplicabilidade imediata de todas as normas constitucionais, ainda que programáticas, que passariam a irradiar seus efeitos a todo o ordenamento.

Por outros termos: ainda que sob o manto de normas programáticas, a corte alemã restou assente que todas as normas constitucionais teriam eficácia direta e irradiariam efeitos imediatos para todo mundo jurídico, em sua maior plenitude.

É, contudo, creditado ao também alemão Konrad Hesse, o entendimento explícito de que, se, por um lado, os direitos fundamentais se proporiam, inicialmente, a prevenir ataques do Estado à esfera de existência individual, seria inegável que estes influenciariam, em todo seu alcance, sobre o ordenamento jurídico em conjunto (HESSE, 2009, p. 34) e, por isso, os direitos fundamentais teriam influência sobre o sistema normativo, em sua totalidade.

Nestes termos, as garantias fundamentais seriam aplicáveis às áreas atípicas, como Direito Administrativo e Processual e não só quando houvesse por objetivo as relações jurídicas dos cidadãos com os poderes públicos, mas também, quando se regulassem relações jurídicas entre os particulares (HESSE, 2009, p. 39).

A tese alemã, então, acabou sendo compartilhada por alguns autores italianos. Pietro Perlingieri, por exemplo, afirma que, sob a ótica das relações civilistas, haver-se-ia de observar uma evidente necessidade de redefinição e ampliação da logística privatista, inserta cada vez mais na unidade e na complexidade do ordenamento. Não se trataria, para este, de um retorno ao privado, mas de progresso para a atuação dos princípios constitucionais (PERLINGIERI, 2007, p. 65-66).

Para o autor italiano, as relações entre contratos e autonomia privada deveriam ser sempre observadas à luz das diretrizes do texto maior romano.

Em outras palavras, pode-se afirmar que Perlingieri reconhece, da mesma forma que os alemães, que os dispositivos constitucionais irradiariam efeitos para todo o ordenamento.

Ainda, Marco Aurélio Nogueira, analisando a obra de Perlingieri, aponta que haveria uma verdadeira crise do Estado Social de Direito em vista à atuação distorcida e parcial do Estado incapaz de equacionar legalidade e justiça social, com a

proliferação caótica de leis esparsas, inúmeras vezes incompatíveis, que, em teoria, deveriam sempre ser orientadas pelas diretrizes do texto maior, às quais devem observância (NOGUEIRA, 2010, p. 583).

Na doutrina francesa, igualmente, diversos são os estudos sobre o tema. Para Favoreu *et.al*, as normas constitucionais por se tratar de fontes normativas primárias ocupariam o título inicial das normas e se colocariam em um local essencial, central e supremo, como fontes primordiais de todo o sistema (FAVOREU, 2019, p 221-231).

Do mesmo entendimento partilham, ainda, Legrand e Wiener, para quem a Constituição em um Estado de direito seria superior as normas inferiores sobre as quais deveriam respeito possuindo, assim, total generalidade (LEGRAND, 2019, p. 10).

O posicionamento do direito estrangeiro não é dispare do que entendem os autores nacionais.

Eros Roberto Grau, por exemplo, assenta que a força normativa da constituição irradiaria seus efeitos a todas as relações do ordenamento, fato esse que seria facilmente observável nas determinações impostas aos bancos comerciais de aplicar parte de seus recursos disponíveis na concessão de crédito rural às pequenas e médias empresas (GRAU, 2006, p. 220-225).

Do mesmo pensamento partilha Luiz Edson Fachin para quem o ordenamento civil estaria obrigado a observar todas as diretrizes do sistema constitucional, ainda que programáticas (FACHIN, 2012, p. 10-49).

Uma das maiores contribuições para o tema, contudo, é creditada (mais uma vez) à doutrina alemã, com Claus Wilhelm Canaris e sua teoria sobre pensamento sistemático, Claus-Wilhelm Canaris expõe que, de uma interpretação do art. 1º, n. 3º, da Lei Fundamental alemã, extrair-se-ia que: os direitos fundamentais vinculariam, como direito imediatamente vigente, não apenas o legislador, mas também, os órgãos jurisdicionais (CANARIS, 2006, p. 39).

Ademais, da invocação do artigo 93 da Lei Fundamental alemã, concluir-se-ia que a queixa constitucional, prevista no texto germânico, com fundamento em eventual lesão a direitos fundamentais pelo poder público, deveria levar ao entendimento teleológico que o legislador ordinário não tinha a intenção de limitar-se aos órgãos da administração, mas, acima disso, a toda a sociedade economicamente organizada.

Por estes termos, a subdivisão do direito entre direito civil, penal, processual, seria, tão somente, didática, porque as disciplinas se intercambiariam como modelos supletivos que favoreceriam a coesão e coerência do sistema, este, nitidamente permeado por princípios - sobretudo de origem constitucional - que garantiriam, cada vez mais, sua integralidade. Assim de modo semelhante, também, a característica da unidade teria a sua correspondência no Direito de modo a garantir que o ordenamento não se dispersasse em uma multiplicidade de valores desconexos.

Assim, considerando que as normas constitucionais (mesmo que se tratassem de normas programáticas) teriam eficácia imediata sobre todo o ordenamento, restaria saber se, para o caso brasileiro, as produções legislativas têm, efetivamente, observado as diretrizes de igualdade impostas pelo constituinte, especificamente no que se refere à necessidade de se proporcionar políticas que promovam condições paritárias mínimas de vida digna às pessoas com deficiência, em manifestação da igualdade material em sentido amplo.

2. A LEGISLAÇÃO ADMINISTRATIVA COMO CONCRETIZADORA DE IGUALDADE MATERIAL

De todos os ramos do direito pátrio, não seria, de todo errado, afirmar que um dos que mais deveriam seguir as diretrizes do constituinte seria o administrativo. Isso porque caberia à Administração Pública proporcionar a efetiva concretude do que previra o legislador, como primordial aplicadora das disposições originárias do ordenamento.

Por isso, alguns autores, como Caio Tácito, prelecionam que, se a lei e a constituição seriam orientadoras para o Direito Privado, para o Direito Público, mostrar-se-iam revestida de total imperatividade (TÁCITO, 1974, p. 52).

O ordenamento administrativo brasileiro, contudo, não restou sintetizado como o fez o legislador civilista ou consumerista, mas é estudado, sobretudo, em um conglomerado de leis esparsas (como o é o direito tributário).

No que se refere, efetivamente, à concretude dos direitos das pessoas com deficiência (e dos demais direitos difusos), aponta a doutrina (CAVALLI, 2000, p. 67; CARVALHO, 2015, p. 34-100) uma série de remédios a conferir-lhes efetividade: a) ação civil pública; b) ação popular e c) mandando de injunção, oponíveis, inclusive, contra a própria Administração, quando em inobservância ou silente face às

respectivas demandas postas em juízo. O tema é, sobretudo, reservado ao estudo do controle administrativo.

Apontam-se, ainda, no direito administrativo, diversos mecanismos de intervenção efetiva e compulsória, pelo poder público, na propriedade privada, de modo a garantir eficácia as tutelas coletivas, dentre eles: a) a servidão administrativa - que permite ao poder público o uso da propriedade do imóvel particular para a execução de obras e serviços de interesses coletivos, mediante justa indenização -; b) as limitações administrativas - que permitem ao poder público impor, unilateralmente, ônus às propriedades privadas, com o intuito de se adequarem ao uso social -; e c) as desapropriações mediante prévia e justa indenização.

Um exemplo prático dessas medidas é visto no caso das calçadas (RECIFE, 2018), que, em regra, pertencem ao proprietário do imóvel, mas cuja fiscalização remanesce na titularidade do poder de polícia da municipalidade, a qual, portanto, poderia, unilateralmente, determinar sua eventual adequação às ulteriores demandas coletivas impostas.

No que tange aos serviços públicos, a nova lei de Serviços Públicos, Lei 13.640 /2018, em art. 5º, inciso X, estabeleceu, expressamente, entre os direitos dos usuários: *a manutenção de instalações salubres, seguras, sinalizadas e acessíveis e adequadas ao serviço.*

No mesmo artigo, o inciso I, prenuncia, ainda, a observância obrigatória, por parte do ofertante de serviços públicos, das diretrizes de: *urbanidade, respeito, acessibilidade e cortesia no atendimento.*

De toda sorte, seria no Estatuto das Cidades - Lei Federal n. 10.257/2001 -, que se chegaria a conferir amplos poderes aos municípios, os quais, através de previsões nos respectivos planos diretores, passaram a poder impor, unilateralmente, às propriedades privadas, a adequada observância destas face às demandas da coletividade, notadamente no que se refere à sua correta adequação às pessoas com deficiência.

A Lei estabelece, em seu artigo 39, que a propriedade urbana cumpriria sua função social quando: *atendesse às exigências fundamentais de ordenação das cidades expressas no plano diretor, assegurando-se, portanto, o atendimento das necessidades de todos os cidadãos, quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas.*

Ademais, o diploma legal prevê uma série de sanções administrativas àqueles que não cumprirem a respectiva função social de sua propriedade, que poderiam se dar, como aponta Georges Louis Hage Humbert, por diversos instrumentos de coerção, como IPTU progressivo, pelo período de 5 (cinco) anos, e eventual desapropriação da propriedade privada, mediante pagamento de títulos públicos regatáveis somente no futuro (HUMBERT, 2017, p 147-185).

Em tese sobre o tema, posteriormente convertida em livro, Sílvia Luís Ferreira da Rocha concluiu que o princípio da função social incidiria, também, sobre os bens de uso *“especial mediante submissão dos referidos bens aos preceitos que disciplinam a função social [e] outrossim, sobre os bens dominicais, conformando-os à função social das cidades”* (ROCHA, 2005, p. 160).

Enfim, o Estatuto das Cidades conferiu uma série de prerrogativas ao poder público municipal (previstos nos planos diretores) na concretização de tutelas difusas e repressão do uso indevido da propriedade, na garantia do uso coletivo e pleno que requer a vida em comunidade – *i. e.* sua função social -.

Também, o ordenamento dos serviços públicos passou a prever o direito à acessibilidade como um direito subjetivamente exigível por parte de todos os usuários.

Os estudos empíricos, contudo, demonstram uma realidade díspar dos normativos infralegais. Pacheco, em análise quantitativa sobre comunidades periféricas do Rio Grande do Sul, chegou à conclusão de que, nas áreas periféricas de Porto Alegre, a total falta de acessibilidade nas escolas e de vagas de estacionamento reservadas às pessoas com deficiência têm se mostrado regra (PACHECO *et. al*, 2010, p. 55).

De similar conclusão, partilha Renato da Silva Lima que, em estudo sobre o desenvolvimento urbano das cidades de Araraquara e São Carlos - SP, chegou à conclusão de que o crescimento desordenado resultara em uma piora significativa nos índices de acessibilidade, fato que não só confirmara a hipótese levantada, como corroborou com a ineficácia normativa evidenciada nos demais estudos sobre o tema (SILVA LIMA, 1998, p. 4-20).

Enfim, em que pese a legislação administrativa ter deixado à cargo dos Municípios, notadamente, no que se refere ao Plano Diretor, a aptidão e o poder de polícia, para assegurar as tutelas efetivas e eficazes no que tange à acessibilidade das pessoas com deficiência, os estudos empíricos demonstram que as disposições legislativas tem se provado inócuas, notadamente face aos crescimentos

desordenados das cidades, o que representa uma lacuna na concretização plena da igualdade material.

3. TRIBUTAÇÃO SOB O CONSUMO E AS POLÍTICAS FISCAIS VOLTADAS ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

A igualdade, em seu aspecto formal, como já apontado, determina que seja ofertado um tratamento isonômico a todo e qualquer cidadão, independentemente de sua condição econômica ou social. Em seus aspectos materiais, por sua vez, poder-se-ia dizer que o tratamento isonômico deveria, ao contrário, ser ofertado em face de sua condição econômica e social.

Nestes termos, tributação seria, essencialmente, regida pela isonomia formal. Assim, o artigo 150, inciso II, da CF/88, vedaria a todos os entes federados a instituição de *“tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos”*.

Em contrapartida, o art. 145, §1º, proclama o caráter pessoal dos impostos, que deveria ser concretizado, sempre que possível, pela graduação *“segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte”*.

O dispositivo, contudo, não é o único parâmetro constitucional a enunciar a necessidade de observância à igualdade material no contexto do direito tributário, complementado, por exemplo, pela progressividade, expressamente prevista para o Imposto de Renda - IR (art. 153, §2º, inciso I), e pela seletividade imposta ao Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI (art. 153, §3º, inciso I) e sugerida, ainda, para o Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS (art. 155, §2º, inciso III).

Em termos gerais, a quebra da isonomia formal tributária ocorre nos contextos em que se faz necessária a garantia a) da igualdade material, seja entre indivíduos, seja b) entre regiões, esta última, ao que se tem denominado de guerra fiscal, enfim, c) nos casos de política fiscal.

A questão, no entanto, se reveste de alta complexidade, na medida em que precisa ser enxergada em sua dupla dimensão: por um lado, a do tributo como fonte de custeio de necessidades públicas; e, por outro, a desoneração tributária como forma de equiparação mais imediata de situações de disparidade (CORREIA NETO, 2017, p. 23)⁶.

O desafio, portanto, estaria em se estabelecer a medida ideal para a maior concretização de direitos fundamentais.

Além da igualdade, as distinções tributárias deveriam observar, a neutralidade econômica dos tributos⁷ em verdadeira interface com o direito econômico e do consumidor (NUSDEO, 2016, p. 306).

Isto porque, seria no ordenamento tributário, que, indiretamente, refletir-se-iam os maiores interesses econômicos do consumidor, notadamente, no que tange à capacidade contributiva, segundo a qual, em termos de alíquotas tributárias, dever-se-ia, sempre, levar em consideração as situações de vulnerabilidade econômica do contribuinte, ou mesmo, equilibrar eventuais encargos com que alguns devem arcar a mais do que outros.

Nestes termos, a capacidade tributária poder ser entendida, nos termos em que expõe Baleeiro, como a capacidade do indivíduo relacionada à sua “*idoneidade econômica para suportar, sem sacrifício [o] indispensável à vida [e] compatível com a dignidade humana.*” (BALEIRO, 1972, p. 272).

Assim, dada a situação das pessoas com deficiência, que precisariam arcar com os encargos de adaptação de boa parte dos bens que consomem, restaria nítido eventual ônus econômico adicional que lhes restariam impostos, aptos, nestes termos, a justificar eventual tratamento tributário diferenciado que lhes seja conferido.

De toda sorte, embora, no plano do direito tributário, não se considere, expressamente, *consumidor*, mas, tão somente, *contribuinte*; no plano fático, toda a carga tributária incidente sobre o consumo (na qualidade de tributo indireto) restaria cobrada diretamente do fornecedor ao longo da cadeia produtiva do bem, e, assim,

⁶ Segundo o autor: a relação entre os tributos e os direitos humanos é mais complexa. Inclui também outras formas de relacionamento, que tomam a norma tributária como meio de financiamento de políticas públicas ou mesmo como instrumento extrafiscal imediato para sua concretização.

⁷ Acerca da definição de neutralidade econômica dos tributos, adota-se a explanação de SCAFF, para quem o princípio constitui requisito da livre-concorrência, com base primordial no princípio da isonomia, sendo encontrado em nosso sistema jurídico, especificamente, a partir da isonomia fiscal (art. 150, II, da CF/88), e, ainda, de modo mais remoto, no princípio da uniformidade (art. 151, I, da CF/88). Os tributos devem ser economicamente neutros para que não venham a distorcer os preços praticados pelas empresas de modo a causar desequilíbrios concorrenciais.

repassada ao consumidor final, posto ser, este, o efetivo adquirente do produto ou serviço posto em circulação.

Desta feita, haveria de se demonstrar que no Brasil, existem 5 (cinco) tributos indiretos clássicos, cujo custo, em tese, restariam suportados pelo consumidor final: IPI, ICMS, ISS, PIS e COFINS.

A relevância desses tributos é evidenciada, assim, na própria estrutura da arrecadação tributária no país que resta pautada, essencialmente no consumo, conforme demonstra a matriz de receita para o exercício de 2017, constituída, essencialmente, de: (i) 48,44% de tributação sobre o consumo; (ii) 19,22 de tributação sobre a renda; (iii) 4,58% de tributação sobre propriedade; e (iv) 1,63% tributação sobre transações financeiras (BRASIL, 2017).

Quadro 001: Série Histórica da Arrecadação

Cód.	Tipo de Base	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	Repres. Gráfica
1000	Renda	20,46%	19,64%	18,22%	19,09%	17,94%	18,17%	18,09%	18,30%	20,01%	19,22%	
2000	Folha de Salários	24,49%	26,54%	26,20%	25,80%	26,61%	25,94%	26,16%	26,09%	26,23%	26,12%	
3000	Propriedade	3,55%	3,89%	3,77%	3,73%	3,88%	3,91%	4,09%	4,43%	4,52%	4,58%	
4000	Bens e Serviços	49,56%	48,26%	49,63%	49,15%	49,65%	50,26%	50,03%	49,40%	47,57%	48,44%	
5000	Trans. Financeiras	2,03%	1,79%	2,10%	2,20%	1,96%	1,68%	1,62%	1,80%	1,66%	1,63%	
9000	Outros Tributos	-0,09%	-0,12%	0,08%	0,03%	-0,03%	0,03%	0,01%	-0,02%	0,01%	0,01%	
0000	Total	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%	

Fonte: Secretária da Receita Federal do Brasil (BRASIL, 2017).

Nesse contexto, o Brasil seria apontado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE - como um dos países que mais tributariam o consumo no mundo.

Desta feita, para o ano de 2013, a carga tributária brasileira sobre o consumo teria alcançado o patamar de aproximadamente de 50% (cinquenta por cento), díspar, portanto, do adotado pela maioria dos demais países membros da organização, cujas médias girariam em torno de 33% (BRASIL, 2015).

Assim, considerando-se que não seria possível estabelecer para o consumo a mesma progressividade que é permitida, por exemplo, no Imposto de Renda, a tributação sobre o consumo e a desigualdade econômica acabar-se-iam por se interrelacionado e se complementando, haja vista que um incremento maior nas

alíquotas tributárias sobre bens de consumo - aplicáveis igualmente a todos os consumidores de um dado bem -, resultaria em um comprometimento maior da renda familiar dos mais pobres – *i. e.* maior regressividade.

Corroborando o dito, os estudos do IPEA apontam que os 10% (dez por cento) mais pobre da população brasileira acaba comprometendo 26,7% (vinte e seis vírgula sete por cento) de sua renda com o pagamento de tributos (diretos e indiretos); enquanto, os 10% (dez por cento) mais ricos destinariam, tão somente, 10% (dez por cento) da renda.

Ou seja: os mais pobres, diante da tributação sobre o consumo, acabam sendo onerados quase duas vezes mais, proporcionalmente à sua renda, do que seus pares mais abastados (JORNAL FOLHA DE SÃO PAULO, 2020).

Nesse contexto, não só se faz necessária o estabelecimento de diferenciações tributárias para correção da desigualdade material entre os cidadãos, como as referidas medidas se tornam ainda mais essenciais diante da regressividade da tributação sobre o consumo

Por exemplo, uma pessoa com deficiência física, diante de sua dificuldade de locomoção, teria mais necessidade de adquirir um veículo automotor do que aqueles indivíduos sem deficiência. Deve-se observar, portanto, a necessidade desse ônus adicional que recairia sobre a maior necessidade de consumo peculiar desses indivíduos.

Nesse contexto, importante observar que, ainda que se entendesse que a seletividade tributária (*i. e.* a incidência da maior carga tributária sobre os bens mais supérfluos e menor carga para os essenciais) fosse aplicada de modo eficaz, a essencialidade de um dado bem para a pessoa com deficiência se mostraria diferente quando comparada com os demais indivíduos, dada a peculiaridade deste tipo de consumidor e de suas respectivas demandas singulares.

A isto deve-se, ainda, acrescentar eventuais dispêndios relativos à veículos adaptados, que poderiam variar desde: a) a inerente necessidade de câmbio automático à b) uma total reconfiguração especial para lhes comportar as respectivas cadeiras de rodas.

Assim, eventuais políticas de isenções fiscais se mostrariam especialmente relevantes para este grupo específico de consumidor, como verdadeiros direitos subjetivos exigíveis, não podendo, portanto, serem confundidas com eventual *caridade* (ou subsídios governamentais), como relembra Allison Christians, ao

discorrer sobre *Fair Tax as a Basic Human Right* - em tradução livre: *Tributação justa como um Direito Humano Básico* - (CHRISTIANS, 2009, p 229).

Nesse sentido, como via de concretização da igualdade material, o legislador infraconstitucional estabeleceu uma série de incentivos fiscais para a aquisição de veículos automotores por pessoas com deficiência, sendo, assim, considerada, uma das políticas fiscais de maior relevância para este segmento.

Resta saber se estas políticas repositórias dos gastos desses indivíduos à suas necessidades, mediante isenções, têm sido eficientes a efetivar a concretização de seus direitos.

3.1 INCENTIVOS FEDERAIS PARA A AQUISIÇÃO DE VEÍCULOS

As políticas fiscais para aquisição de veículos automotores zero km (quilômetros) são comuns às pessoas com deficiência e aos profissionais que exerçam atividade de condutor autônomo, às empresas e aos produtores rurais.

A legislação federal prevê a isenção de IPI, nos termos da Lei 8.989/95, e de IOF (Imposto sobre Operações Financeiras), nos casos de financiamento da compra do bem, nos termos da Lei 8.383/91.

Em ambos os casos, há a especificação de que o veículo seja fabricado no território nacional, para além de outras especificidades técnicas - motor de até 2.000 cm³ (dois mil centímetros cúbicos) e, no mínimo, 4 (quatro) portas, para IPI; e até 127 HP (cento e vinte e sete *horse-power*) de potência bruta para IOF.

Objetiva-se, assim, destinar o incentivo para a aquisição de veículos que não ultrapasse o patamar do essencial para atender às necessidades da pessoa com deficiência, de modo que o Estado não arque com a não-tributação de veículos de luxo - o que fugiria à própria lógica da concessão do incentivo -.

É permitido usufruir do benefício do IPI "*a pessoa com deficiência física, visual, mental severa ou profunda, ou autista, ainda que menor de 18 (dezoito) anos, diretamente ou por intermédio do seu representante legal*" (art. 1º, IV, da Lei 8.989/95), no limite de uma única utilização em cada dois anos (art. 2º). Respeitado esse período, outro veículo pode ser adquirido, independente da venda ou não do anterior.

Essa isenção pode representar cerca de 30% (trinta por cento) do valor do automóvel - que, para fins do benefício do IPI, não tem teto (BRASIL, 2017) -.

O mesmo ocorre para o IOF, com a particularidade de que sua utilização é, em regra, única (art. 72, §1º, alínea a, da Lei 8.383/91), e destina-se, exclusivamente, às

peças com deficiência física, com total incapacidade para dirigir automóveis convencionais e habilitação para dirigir veículo adaptado (art. 72, inciso IV, alíneas a e b).

3.2 INCENTIVOS ESTADUAIS PARA A AQUISIÇÃO DE VEÍCULOS

O cenário é mais conturbado em âmbito estadual, no qual são previstos, por diversos Estados, incentivos relativos ao IPVA (Imposto sobre a Propriedade de Veículo Automotor) – os quais, embora não incidam diretamente sobre a aquisição, acabam influenciando no custo de ter um veículo – e do ICMS -. Assim, seria nessa relação que a situação seria mais delicada e complexa.

Inicialmente, deve-se observar que o artigo 155, § 2º, XII, “g”, da CF/88, determinou que caberia à Lei Complementar “*regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados*” (grifo nosso).

Nesse diapasão, foi recepcionada a Lei Complementar nº 24/1975, que dispõe sobre isenções e outros incentivos do ICMS, permitindo sua concessão tão somente nos casos em que fossem previstos em convênios celebrados, por decisão unânime, pelo Conselho de Política Fazendária (CONFAZ), do qual participam todos os Estados e o Distrito Federal, na tentativa de evitar as chamadas *guerras fiscais*⁸. Assim, foram celebrados convênios instituindo o benefício relativo às pessoas com deficiência, estando atualmente em vigor o Convênio ICMS 38/2012, que contempla deficiências física, visual, mental e autismo, na periodicidade de 4 (quatro) anos (Cláusula quinta, I) (BRASIL, 2012).

Nestes termos, os Estados concederiam o benefício, portanto, nos exatos limites do previsto no convênio, que objetivou garantir a adequação do veículo a um patamar essencial pela determinação de teto do preço de venda ao consumidor sugerido pelo fabricante, de R\$70.000,00 (Cláusula primeira, §2º). Ocorre que, diferente das qualificações técnicas do veículo, o preço de venda se altera com o tempo posto que, enquanto descrições como de “*um motor de até 2.000 cm³*” mantém sua eficácia no tempo, independentemente de qualquer atualização, seu valor nominal, por outro lado, deteriora-se pelo lapso temporal.

⁸ Observe-se que o termo é empregado para designar toda situação irregular de concessão de incentivos fiscais, permeada pela competitividade entre os entes da Federação, o que não se dá exclusivamente com relação ao ICMS, embora ocorra em grau significativamente mais expressivo no âmbito desse imposto.

Essa é a grande crítica que se faz com relação ao incentivo: a ausência de atualização do valor máximo à mais de uma década da tabela de isenção. Observe-se, portanto, que o teto de 70 mil reais já vigorava no normativo anterior ao atualmente vigente (Convênio ICMS 03/07) – ou seja, a partir da alteração realizada em 2009, por meio do Convênio ICMS 52/09 - que aumentou o valor de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), que então vigorava, para os atuais 70 mil. Por estes termos, o valor nominal atualmente aplicável, portanto, fixado em julho de 2009, vem sofrendo, desde então, gradual desvalorização pela corrosão inflacionária de modo que não mais preserva o valor real à época em que fora estabelecida. Isso significa que, no atual ano de 2020, a pessoa com deficiência que faria jus ao incentivo não consegue, atualmente, utilizá-lo na compra de um veículo do mesmo padrão que compraria em 2009, considerada a ausência de reajustes ao longo de mais de uma década. Ao contrário, os R\$70.000,00 (setenta mil reais) ora estipulados correspondem, em valores atuais, à menos de R\$20.000,00 (vinte mil reais), considerando-se a inflação acumulada em quase 80% (oitenta por cento) durante o período.

A afirmação posta, toma como base o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo - IPCA, índice inflacionário oficial do governo brasileiro, produzido pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, que leva em conta a variação do custo de vida médio de famílias com renda mensal de 1 (um) a 40 (quarenta) salários mínimos, de modo a aferir a magnitude dos ajustes de preços realizados pelo mercado e, nesse ínterim, captando, assim, a desvalorização da moeda – *i. e.* o percentual de queda do valor real de uma dada quantia monetária -. Esse parâmetro permite, portanto, identificar a perda de valor real do teto estipulado para os veículos que podem ser adquiridos com isenção, bem como o reajuste que precisaria ter sido realizado para se alcançar o equivalente poder de compra em valores atuais.

Para tal cálculo, foi utilizada como data inicial para o reajuste o mês de agosto de 2009, considerando-se que a última atualização data de julho do referido ano, e para data final o mês de abril de 2020, último valor disponível para o índice no momento da realização do presente estudo. Como resultado, vislumbramos um valor corrigido de aproximadamente R\$125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais).

Figura 1 - Cálculos Atualizados dos valores de isenção

Dados básicos da correção pelo IPCA (IBGE)	
Dados informados	
Data inicial	08/2009
Data final	04/2020
Valor nominal	R\$ 70.000,00 (REAL)
Dados calculados	
Índice de correção no período	1,79272020
Valor percentual correspondente	79,272020 %
Valor corrigido na data final	R\$ 125.490,41 (REAL)

[Fazer nova pesquisa](#) [Imprimir](#)

Fonte: Banco Central do Brasil (BRASIL, 2020).

Percebe-se, portanto, que a ausência de reajustes de referido valor compromete a eficácia de política pública, especialmente se considerado que, quando da fixação do montante, esse era tido como quantia moderada a atender as necessidades da pessoa com deficiência, o que não se mantém nos dias atuais dada a corrosão inflacionária sobre o preço dos veículos.

Isso implica dizer que, atualmente, houve desvalorização média de mais de 80% (oitenta por cento) do valor dos veículos, o representa um retrocesso em termos de política pública e um desvirtuamento da efetiva igualdade material imposta pelo constituinte, que deveria ser, incontestavelmente, observada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o aqui exposto, resta demonstrado que, em que pese a legislação infraconstitucional determinar uma série de medidas ao poder público nacional, a proporcionar uma vida digna em sociedade às pessoas com deficiência, essas têm se mostrando inócuas em boa parte dos casos, especialmente pela falta de atualização.

Em primeiro lugar, a par da nova legislação de serviços públicos e de diversas medidas impositivas previstas no Estatuto das Cidades, a inibir a propriedade privada a adotar sua função social, os estudos empíricos demonstram que a legislação não tem sido de toda adotada.

Da mesma forma, a matriz tributária brasileira tem-se mostrado, fundamentalmente, constituída sobre impostos indiretos incidentes sobre o consumo, onerando, excessivamente, o consumidor, com sua excessiva regressividade.

A seletividade, da mesma forma, não tem sido suficiente para corrigir eventuais distorções às pessoas com deficiência, dada a peculiaridade das suas demandas, que nem sempre correspondem às mesmas demandas do homem-médio, de modo que o que não é essencial para muitos, é essencial para a pessoa com deficiência.

Da mesma forma, em que pese as isenções tributárias preverem certas correções dessas disfunções, notadamente para a aquisição de veículos automotores por pessoas com deficiência, a desatualização do teto de valor aplicável ao ICMS, que permanece inalterado há mais de uma década, tem corroído o poder de compra desse consumidor e a própria efetividade da política fiscal.

Por todo o exposto, resta demonstrado que, em que pese haver diversos mecanismos previstos na legislação a conferir dignidade material às pessoas com deficiência no Brasil, a prática tem demonstrado que a igualdade material tem sido norma mais programática do que, efetivamente, plena.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Banco Central do Brasil. **Calculadora do Cidadão**. [Brasília, DF]: Banco Central do Brasil, 2020. Disponível em: <https://www3.bcb.gov.br/CALCIDADAO/publico/exibirFormCorrecaoValores.do?method=exibirFormCorrecaoValores&aba=1>. Acesso em: 24 mai. 2020.

BRASIL. CONFAZ. **Convênios do Confaz**. Brasília, DF: Conselho Nacional de Política Fazendária, 2012. Disponível em: https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/convenios/2012/CV038_12. Acesso em: 23 mai. 2020.

BRASIL. Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Brasília, DF, **Diário Oficial da União**, 10 jul. 2008. Disponível em: DLG-186-2008 (planalto.gov.br) Acesso em: 21 dez. 2020.

BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Brasília, DF, **Diário Oficial da União**, 20 abr. 2009. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&u>

act=8&ved=2ahUKEwjn6fHiqLjuAhVCHrkGHU63DAwQFjAEegQIChAC&url=http%3A%2F%2Fwww.mpap.mp.br%2Fmenu-legislaao%3Fview%3Darticle%26id%3D6574%3Adec-6949-2009%26catid%3D16&usg=AOvVaw3ogRKil1TFfeIrcIcxQLRq. Acesso em: 22 dez. 2020.

BRASIL. IPEA. **Radar de Tributação**. Brasília, D.F: IPEA, 2015. Disponível em: repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/5714/1/Radar_n41_tributacao.pdf. Acesso em: 20 mai. 2020.

BRASIL. Secretaria da Receita Federal do Brasil. **Série Histórica de Arrecadação**. Brasília, DF: Receita Federal do Brasil, 2017. Disponível em: <http://receita.economia.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil/carga-tributaria-2017.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2020.

BRASIL. Secretaria Especial de Previdência e Trabalho. **Informativo Oficial sobre pessoas com deficiência**. Brasília, DF: Secretaria Especial da Previdência e Trabalho, 2017. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/2017/09/beneficios-conheca-os-beneficios-tributarios-destinados-pessoa-com-deficiencia/> Acesso em: 24 mai. 2020.

BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à Ciência das Finanças**. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Calculadora Cidadã**. Disponível em: <https://www3.bcb.gov.br/CALCIDADAO/publico/exibirFormCorrecaoValores.do?method=exibirFormCorrecaoValores&aba=1>. Acesso em 24 mai. 2020.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Edições Almeida S.A, 2006.

CARVALHO, Gustavo Marinho de. **Precedentes administrativos no direito brasileiro**. São Paulo: Contracorrentes, 2015.

CAVALLI, Cássio. O controle da Discricionariedade administrativa e discricionariedade Técnica, **Revista de Direito Administrativo**. São Paulo, v. 251, p. 61-75, mai. /ago. 2000.

CHRISTIANS, Allison. Fair Tax as a Basic Human Right. *In. International Review of Constitutionalism*, Heathrow, EUA, vol. 9, n. 1, p. 211-230. 2009.

CORREIA NETO, Celso de Barros. **Os Impostos e o Estado de Direito**. São Paulo: Almedina, 2017.

DÜRIG, Günter. **Escritos reunidos: 1952-1983**. São Paulo: Saraiva, 2016.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil: a luz do novo código Civil Brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

FAVOREU, Louis. *et. al.* **Droit Constitutionnel**. 21 ed. Paris, Dalloz: 2019.

GODOI, Marciano Seabra de. **Justiça, Igualdade e direito tributário**. São Paulo: Dialética, 1999.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do direito constitucional**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

HUMBERT. Georges Louis Hage. **Curso de Direito Urbanístico e das cidades**. 1. ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2017.

JORNAL Folha de São Paulo eletrônico. Unificação dos Tributos sobre Consumo e redução de desigualdades. **Jornal Folha de São Paulo**. São Paulo, 21 jan. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/01/unificar-tributos-sobre-consumo-pode-reduzir-a-desigualdade-afirma-estudo.shtml>. Acesso em: 20 mai. 2020.

LEGRAND, André. WIENER, Céline. **Le Droit Public**. Paris, Direction de l'information légale et Administrative, 2019.

NOGUEIRA, Marco Aurélio. Estudos em Homenagem a Pietro Perlingieri: Análise da obra: o direito civil na legalidade constitucional. **Revista da faculdade de direito de Uberlândia**, Uberlândia, v. 38, n. 2. p. 581-604, 2010.

PACHECO, Artmis. *et. al.* Acessibilidade de pessoas com deficiência: o olhar de uma comunidade da periferia de Porto Alegre. **Revista Ciência em Movimento**. [S.], vol. 23, XXI, 2010. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-ipa/index.php/RS/article/viewFile/94/58>. Acesso em: 20 mai. 2020.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

RECIFE. Lei Municipal de Recife nº 16.292/97. Regula as atividades de edificações e instalações, no município do recife, e dá outras providências. Atualizada até 2018. Recife, Pernambuco, **Diário Oficial do Município**, 04 out. 2018. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a1/codigo-de-edificacoes-recife-pe>. Acesso em: 18 mai. 2020.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **Função Social da Propriedade Pública**. 1. ed. São Paulo. Malheiros, 2005.

SCAFF, Fernando Facury. Tributação, Livre-Concorrência e Incentivos Fiscais. *In*. NUSDEO, Fábio (coord.). **O Direito Econômico na Atualidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SILVA LIMA, Renato da. **Expansão urbana e acessibilidade** – o caso das cidades medidas brasileiras. 1998. Dissertação (Mestrado em Engenharia de Transportes) – Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, 1998.

TÁCITO, Caio. **Direito Administrativo**. 1. ed. São Paulo: Saraiva 1974.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

NEM TANTO AO MAR, NEM TANTO À TERRA: AS FAKE NEWS EM TEMPOS DE COVID-19 SOB A ÓTICA DO CONSTITUCIONALISMO MULTINÍVEL¹

Flávio Boson Gambogi²

Jordana Maria Ferreira de Lima³

Rafael Gusmão Rodrigues de Andrade⁴

SUMÁRIO: Introdução. 1. Do Estado Moderno ao Constitucionalismo Multinível. 2. A Resolução n. 1/2020 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. 3. Liberdade de expressão. 4. Redes sociais e as *fake news*. Conclusão. Referências.

RESUMO: Além de crises de ordem sanitária, econômica e social, a pandemia do COVID-19 trouxe um outro efeito deletério que cabe aos estudiosos do direito a reflexão: a profusão de informações de origens e fontes distintas, que ocasiona incerteza por parte de seus destinatários acerca do comportamento a ser adotado. Preocupada com o potencial risco à saúde e à vida das pessoas, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos editou recomendações no sentido da defesa da liberdade de expressão e do compromisso social dos agentes públicos, imprescindíveis diante do novo fenômeno das *fake news*.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalismo multinível – Direitos Humanos – liberdade de expressão – *fake News*

NEITHER TO THE SEA, NOR TO THE LAND: FAKE NEWS IN TIMES OF COVID-19 FROM AN OUTLOOK ON MULTI-LEVEL CONSTITUTIONALISM

ABSTRACT: In addition to health, economic and social crises, the COVID-19 pandemic brought another deleterious effect to Law scholars for reflection: the profusion of information from different origins and sources, which causes uncertainty to its recipients about what behaviour to adopt. Concerned about the potential risk to people's health and life, the Inter-American Commission on Human Rights issued recommendations to defend freedom of speech and the social commitment of public agents, which are essential in face of the new phenomenon of fake news.

PALAVRAS-CHAVE: Multi-level Constitutionalism. Human Rights. Freedom of Speech. Fake News.

¹ Artigo científico apresentado à disciplina Desafios Contemporâneos da Ordem Constitucional, no curso de pós-graduação *strictu sensu* em Direito.

² Advogado, doutorando em Direito, <http://lattes.cnpq.br/9889228618774959>, flavioboson@hotmail.com

³ Assessora-chefe de Conselheiro no Conselho Nacional de Justiça, doutoranda em Direito Constitucional, <http://lattes.cnpq.br/8177156071564396>, limajordana@gmail.com

⁴ Advogado, mestrando em Direito, <http://lattes.cnpq.br/7332769163820379>, rafagusadv@gmail.com

INTRODUÇÃO

A ordem constitucional brasileira ganhou contornos específicos, principalmente após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, momento em que o Estado Democrático de Direito se perpetrou no país, com a finalidade de se dar voz ao cidadão na busca da paz e justiça social.

Muito embora a Constituição brasileira tenha a sua soberania assegurada, maior ainda é a sua adequação também no cenário mundial, principalmente quando os homens alcançam os seus mais esperados ideais de fraternidade na concretização da luta pelos direitos humanos.

Não obstante a caminhada longa e ainda não concluída (e que, espera-se, estará sempre em construção) ainda há muito o que ser feito para que as sociedades consigam viver dentro dos ideais de justiça e paz social.

Essa procura é multifacetária, transfronteiriça, principalmente porque existem direitos, os mais importantes e íntimos, que são inerentes a todos os povos, independentemente de nação, raça, crença ou qualquer outro ponto que os aproximem como humanos.

O Direito Ambiental, a exemplo, é bem comum, e as legislações que o integram devem estar dentro de uma ordem social em nível mundial, a fim de se resguardar as presentes e futuras gerações.

Dentro da matéria, importante mencionar a saúde humana, com relevância ainda maior dentro do cenário atual, onde toda a população mundial se aflige com a pandemia movida pela COVID-19, patologia causada pelo vírus SARS-COV-2, ou novo corona vírus.

A propagação do vírus se esbarra em outro problema social grave: a propagação de notícias infundadas, duvidosas, inconsistentes ou inverídicas. E, ainda, que está acometida pela falha em razão de certas liberdades obtidas na busca pela dignidade da pessoa humana: a liberdade de expressão.

Verifica-se, pois, que existe um sistema que pode se sobrepor a certas garantias constitucionais quando o assunto ultrapassar questões internas de certo Estado. Essa limitação da soberania da constituição de um país a fim de se adequar aos ditames de uma ordem internacional é conhecida como constitucionalismo multinível.

Diante disso, o presente trabalho tem por finalidade a avaliação de questões relativas à liberdade de expressão no contexto da atual pandemia mundial da COVID-19, notadamente considerando os aspectos deletérios das *fake news* em um momento histórico singular, em que a informação sobre os diversos aspectos relacionados à pandemia se torna crucial para seu combate.

Verifica-se que o Brasil, a exemplo, é signatário de tratados internacionais que fazem lei sobre o país. É o caso das convenções da Organização dos Estados Americanos e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, sobretudo com a edição da Resolução nº. 01/2020, que versa sobre possíveis censuras e recomendações a agentes públicos acerca de informações, declarações e outras divulgar informações ao público.

Nesse contexto, o objeto do trabalho é desenvolvido a partir da Recomendações 31, 33 e 34 da Resolução 01/2020 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, para trazer reflexões sobre o posicionamento da Comissão aos riscos que se apresentam para a liberdade de expressão decorrentes do posicionamento de agentes políticos e de leis editadas no contexto da pandemia, com o desenvolvimento do tema da liberdade de expressão diante do problema resultante das *fake news* no contexto das Redes Sociais.

Diante disso, o artigo tem como tema-problema a seguinte perquirição: o a liberdade de expressão, constitucionalmente previsto em determinado Estado, pode ser tolhido por um tratado internacional, sem força sancionatória ou vinculante?

Objetiva-se, desta maneira, demonstrar a importância de uma regulamentação específica para que as declarações de agentes públicos e outros meios de propagação de informações, quando versar sobre direitos constitucionais multiníveis, sejam limitados a fim de se atender uma demanda social mais significativa à simples opinião individual.

Para solucionar o problema proposto, foi necessária ampla pesquisa bibliográfica, doutrinária e também jornalística. Como hipótese, o artigo verifica a necessária intervenção através de tratados internacionais a fim de se resguardar interesses mundiais.

Como marco teórico, utilizou-se a dissertação de Mestrado de Laís Vaz Cordeiro (2015), intitulada “O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos a partir do constitucionalismo multinível, do transconstitucionalismo e da interconstitucionalidade: desafios e limites”, pela Universidade Federal de Goiás.

Para tanto, o presente trabalho se desenvolve em três etapas: no primeiro tópico, desenvolve-se a concepção de constitucionalismo multinível, partindo-se da concepção de Estado Democrático que adveio das revoluções liberais do século XVIII, que foram informados pelos valores da pessoa humana, e do qual adveio o reconhecimento de direitos individuais, dentre os quais o da liberdade. O segundo tópico trata sobre a citada Resolução nº. 01/2020, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, integrante da Organização dos Estados Americanos. O terceiro tópico faz uma breve abordagem sobre a liberdade de expressão e o seu tratamento dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Por fim, no quarto tópico discorre-se acerca das redes sociais e das *fake news*.

Ademais, considera a Constituição de direitos humanos e suas formas de efetivação, limitado no trabalho à rede de proteção regional criada pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos e sua relação com o ordenamento jurídico interno.

1. DO ESTADO DEMOCRÁTICO AO CONSTITUCIONALISMO MULTINÍVEL

A origem do constitucionalismo se relaciona com a formação do Estado Moderno a partir das revoluções liberais do século XVIII, as quais, pouco a pouco nos anos em que sucederam, moldaram o denominado Estado Democrático.

O Estado Democrático teve sua origem no século XVIII e foi alicerçado em valores da pessoa humana. O Estado era, portanto, organizado para a proteção desses valores sob o império da lei por meio de um governo atento aos anseios do povo, conforme dissertou Dallari (1995).

É importante ressaltar, não obstante, que a doutrina traz o ensinamento de que o século XVIII foi o berço das ideias de valorização dos direitos humanos (aqui compreendidos em sua concepção mundial). Entretanto, há parcela considerável que traz a informação de que os direitos humanos, embora não reconhecidos através dessa nomenclatura, ou despercebidos quanto à sua importância, já existia desde os primórdios da humanidade.

Embora não se olvide da importância do histórico dos direitos humanos para que se compreenda o papel a ser desempenhado na sociedade, o presente estudo não se prestará ao seu aprofundamento. Registra-se, por oportuno, que a intenção em escrever tais palavras é justamente instigar maiores pesquisas dentro da matéria.

A cristalização do Estado Democrático deu-se especialmente a partir de três movimentos políticos-sociais de grande notoriedade no século XVIII, como preconiza Dallari (1995), a saber: a Revolução Inglesa, cuja contribuição mais significativa consta do *Bill of Rights*, de 1689; a Revolução Americana, com a Declaração de Independência das Treze Colônias, de 1776; e a Revolução Francesa, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

Para Dallari (1995), a Revolução Inglesa, influenciada pelos anseios da população que clamava a limitação do poder absoluto do monarca e pelo ideário protestante, contribuiu para afirmação dos direitos naturais dos indivíduos, sob a consideração de que eles nascem livres e iguais. Sob esse aspecto, a concepção do governo da maioria se impôs, atribuindo ao poder legislativo o papel de limitar o poder monárquico ao império da lei.

A Revolução Inglesa contribuiu, em parte, para a Revolução Americana, pois o Movimento de Independência das Treze Colônias se apropriaria da experiência inglesa. Entretanto, a independência perseguida pelos ingleses não se coadunava com os anseios daquelas colônias em livrarem-se do domínio colonial e se submeter a um poder absolutista, problema esse que resultou em levar adiante a ideia do governo democrático.

A atenção desses homens a tal preocupação encontra-se consignada na Declaração da Independência, de autoria de Thomas Jefferson, datada em 04 de julho de 1776, no parágrafo segundo do documento, o qual se transcreve:

Consideramos estas verdades como evidentes por si mesmas, que todos os homens são criados iguais, dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a procura da felicidade. Que a fim de assegurar esses direitos, governos são instituídos entre os homens, derivando seus justos poderes do consentimento dos governados; que, sempre que qualquer forma de governo se torne destrutiva de tais fins, cabe ao povo o direito de alterá-la ou aboli-la e instituir novo governo, baseando-o em tais princípios e organizando-lhe os poderes pela forma que lhe pareça mais conveniente para realizar-lhe a segurança e a felicidade.⁵

Evidencia-se do trecho transcrito da Declaração de Independência dos Estados Unidos a premissa da necessária igualdade entre os homens, o que consequentemente resulta em um tratamento igualitário dos homens frente aos poderes instituídos. Não há, pois, desígnios de um deus para legitimar privilégios de uns frente a outros, bem como a atribuição de poderes de uns sobre os outros que

⁵ Tradução livre.

não os decorrentes da ordem instituída. Desse modo, não há poder absoluto; inversamente, isso implica em controle de poder, pilar do constitucionalismo.

Outro aspecto relevante é a concepção de existência de direitos inalienáveis, dentre os quais, a liberdade, expressamente reconhecida como tal na Declaração, direito esse que pode ser invocado perante o Estado e que importa, também, na limitação do poder estatal em face de seus súditos.

Ademais, extrai-se da declaração o aspecto de proteção dos direitos homens em face do poder estatal, o que se perfaz num governo democrático, constituído por homens iguais que se sujeitam a um poder consentido pelos governados.

Como terceiro movimento político-social para a consagração do Estado Democrático, tem-se a Revolução Francesa, cujos protagonistas, além de se oporem ao absolutismo, encontravam-se diante de premente instabilidade política. Tal instabilidade favoreceu a ideia de nação “como centro unificador de vontades e interesses”, conforme preceitua Dallari (1995, p. 127), como forma da manutenção da unidade dos franceses.

O fator religioso também se mostrou relevante na França, pois o Estado e a Igreja tinham posições de rivalidade acentuada, o que inspirou o caráter universal da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, contrapondo-se a conflitos religiosos regionais e locais.

Nesse contexto, a Revolução Francesa consagra, por meio da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a igualdade e a liberdade; a proteção dos direitos naturais e imprescritíveis como a finalidade do governo, e, ao que importa ao presente trabalho, consigna-se como direito natural a liberdade; bem como põe luz à ideia de governo democrático, com base na lei fruto da vontade geral, para a qual todos os homens podem concorrer para sua formação, seja diretamente ou por meio de mandatários.

Desses movimentos, exsurge a construção de uma teoria do poder constituinte, que “estabelece uma relação lógica entre ‘criador’ e ‘criatura’, ou seja, entre poder constituinte e constituição”, como se expressa Canotilho (1999, p. 70). A constituição, em seu entendimento, consagrando os ideais que inspiraram aquelas revoluções ao estabelecer direitos e garantias aos indivíduos.

Por outro turno, essas revoluções têm em comum entre si o reconhecimento de direitos individuais, consagrando no ordenamento jurídico decorrentes das constituições democráticas que se seguiram um núcleo duro de direitos e garantias a

serem invocados em face do poder estatal, de modo a limitá-lo em respeito à pessoa humana.

A despeito de violações anteriormente existentes aos direitos dos indivíduos, a Segunda Guerra Mundial, conhecida como o “holocausto”, provocou uma resposta política num contexto de tentativa de evitar repetir tal experiência em tempos vindouros com a criação dos direitos humanos, agora em caráter universalista (MENDEZ, 2004).

Justifica-se a afirmativa diante da criação da Organização das Nações Unidas (ONU) no período pós-guerra, em uma preocupação com os direitos coletivos tão prejudicados com as ações dos países em disputa. Fala-se que os direitos humanos, compreendidos em três fases, e que inspiraram o lema da Revolução Francesa (Liberdade, Igualdade e Fraternidade) somente alcançaram o terceiro propósito quando houve a catástrofe finalizada em 1945.

Através da criação da ONU, os países signatários passaram a traçar metas para alcançar a paz mundial. Em 1948, publicou-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) qual, embora não obrigatória, prevê atitudes mínimas a serem seguidas pelos países que integram a ONU, aí oficialmente surgindo os direitos humanos em seu caráter universal.

Tais direitos, inicialmente integrantes do sistema jurídico internacional através da DUDH, passou a encontrar abertura nos sistemas jurídicos nacionais por meio de normas constitucionais, dando-se um tratamento privilegiado a estas fontes de direito, a exemplo dos parágrafos 2º e 3º do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CR/88).

A existência de ordens jurídicas nacionais e internacionais no tocante aos direitos humanos traz consigo a necessidade de se preservar o princípio da unidade, próprio de um ordenamento jurídico, de modo a se tornar necessário o desenvolvimento de um método para compatibilização desses sistemas jurídicos e a manter a unidade do ordenamento interno.

A questão acima posta, de se obter a unidade do ordenamento jurídico diante dessa sobreposição de um sistema jurídico internacional, foi objeto de debate na doutrina europeia, ante a necessidade decorrente de integração regional, donde convivem níveis de criação de normas e sistemas de controle de sua aplicação, como se extrai de Cordeiro (2015). Nesse sentido, dentre outras abordagens doutrinárias

para a solução do problema, cunhou-se a expressão constitucionalismo multinível, que, na visão da autora, é como se transcreve:

O constitucionalismo multinível é, no atual cenário mundial em que um mesmo problema constitucional no caso concreto é concomitantemente objeto de diversos ordenamentos, o modelo mais aceito para se explicar o fenômeno da integração constitucional. (CORDEIRO, 2015, p. 7)

E mais:

A integração dos sistemas constitucionais que emergiu ao longo da segunda metade do século XX dá origem ao sistema jurídico multinível, inspirado nos modelos federativos característicos de estados complexos, como o da Alemanha e o dos Estados Unidos. O sistema europeu possui uma lógica parecida a desses sistemas federativos, no entanto, com um maior grau de complexidade. Não é mais possível tratar uma questão jurídica sem levar em conta os diferentes níveis de ordenamentos jurídicos que podem influenciar o objeto de análise no caso concreto. (CORDEIRO, 2015, p. 9)

Ainda sobre a questão de atribuir unidade ao ordenamento jurídico diante dos sistemas existentes da integração europeia e o ordenamento jurídico espanhol, Francisco Balaguer Callejón (2003) expõe:

El sistema constitucional de fuentes del Derecho no está sólo en el texto de la Constitución de 1978 sino también en las remisiones que se operan en ella sobre los diversos niveles ordinamentales que conforman el sistema jurídico español. Pero la Constitución no sólo determina directa o indirectamente las fuentes del derecho, sino que se configura como la primera de las fuentes, al incorporar al ordenamiento normas, de diferente naturaleza, cuya aplicación está garantizada jurisdiccionalmente. La normatividad de la Constitución supuso en el momento de su aprobación, la transformación más relevante del sistema de fuentes. A esa transformación iba unida una ordenación radicalmente distinta del sistema de fuentes basada en el pluralismo: pluralismo ordinamental, pluralidad de fuentes, pluralidad de tipos legales, pluralismo en la interpretación y el control. Esa pluralidad se articula de manera unitaria a través de la Constitución, como centro del ordenamiento jurídico (hasta tanto el principio de unidad se pueda reconstruir a nivel europeo mediante una auténtica Constitución de la Unión Europea). La reconstrucción permanente de esa unidad se formaliza por el Tribunal Constitucional, en cuanto intérprete supremo de la Constitución. (CALLEJÓN, 2003, p. 199)

Nesse sentido, a concepção de constitucionalismo multinível permite manter a unidade do ordenamento, considerando as fontes de direito nacional e internacional, de acordo com as competências próprias de cada sistema, cuja ordem se dá por meio da Constituição estatal que concede abertura ao sistema internacional. A Constituição colmata a aplicação das normas de cada um desses sistemas por meio de sua supremacia no ordenamento jurídico nacional, notadamente pelo filtro da jurisdição constitucional.

2. A RESOLUÇÃO Nº. 1/2020 DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Na esteira do desenvolvimento dos diálogos entre normas de direito humanos e o ordenamento jurídico pátrio sob a ótica do constitucionalismo multinível, tem-se que o Brasil é signatário da Convenção dos Estados Americanos, do qual resulta um sistema regional de proteção dos direitos humanos, inicialmente contemplada com a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), na forma do artigo 106 da Carta⁶. E com o Pacto de San Jose da Costa Rica foi instituída também a Corte Interamericana de Direitos Humanos, além da estipulação de um rol de direitos a serem respeitados pelos Estados signatários.

À luz da proteção à pessoa humana nesse sistema regional de proteção dos direitos humanos, tem-se, um extenso rol de normas a serem observadas, a saber: (i) normas constitucionais que garantem os direitos individuais; (ii) órgãos jurisdicionais para dar efetividade a tais direitos, notadamente por meio da jurisdição constitucional; (iii) abertura constitucional aos tratados de direitos humanos, no art. 5º, parágrafos 2º. e 3º. Da CR/88; (iv) rol de direitos humanos no Pacto de San Jose da Costa Rica; (v) Corte Interamericana de Direitos Humanos, bem como a Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Alia-se a esses pontos elencados o controle de convencionalidade a ser realizado pelos órgãos jurisdicionais nacionais face a direitos previstos nos tratados.

Nesse sentido, vislumbra-se direitos de fonte nacional, internacional, jurisdição nacional para garantia de direitos individuais e garantia aos direitos humanos (esse último por meio de controle de convencionalidade) e, por último, o controle por meio da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o que evidencia níveis de fonte de direito e controle de aplicação de normas, formando uma rede de proteção aos direitos humanos em âmbito regional.

Sobre a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o Pacto de San Jose da Costa Rica dispõe no artigo 41, “b”:

⁶ Artigo 106. Haverá uma Comissão Interamericana de Direitos Humanos que terá por principal função promover o respeito e a defesa dos direitos humanos e servir como órgão consultivo da Organização em tal matéria. Uma convenção interamericana sobre direitos humanos estabelecerá a estrutura, a competência e as normas de funcionamento da referida Comissão, bem como as dos outros órgãos encarregados de tal matéria. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1948)

Art. 41. A Comissão tem a função principal de promover a observância e a defesa dos direitos humanos e, no exercício do seu mandato, tem as seguintes funções e atribuições:

[...]

b. formular recomendações aos governos dos Estados membros, quando o considerar conveniente, no sentido de que adotem medidas progressivas em prol dos direitos humanos no âmbito de suas leis internas e seus preceitos constitucionais, bem como disposições apropriadas para promover o devido respeito a esses direitos; (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969)

Neste contexto, incluem-se na proteção dos direitos humanos na perspectiva do constitucionalismo multinível a prestação de informações de interesse social em grande escala, inclusive no que diz respeito à saúde pública.

Nesse caso, insere-se no atual cenário a quantidade informações prestadas por Estados diferentes, com conteúdo e pesquisas com as mais diversas conclusões acerca da pandemia gerada pelo novo corona vírus.

Nesta senda, a rede de proteção internacional em relação à COVID-19 tem um problema a ser enfrentado pelos Estados no controle dos efeitos deletérios da doença: a profusão de informações de origens e fontes distintas, que ocasiona incerteza por parte de seus destinatários acerca do comportamento a ser adotado.

Nesse aspecto, a informação prestada pelos agentes políticos torna-se de especial importância, porque pode influenciar diretamente no enfrentamento do vírus. Importa, pois, que essas informações sejam claras, coerentes com os fatos e condizentes com a ciência em seu estado da arte.

Diante deste potencial risco à saúde e à vida, a Comissão referida, no exercício da competência atribuída pelo art. 41, “b” do Pacto de San José da Costa Rica, editou a Resolução nº. 1/2020, que dentre diversas recomendações, fez algumas relativamente à propagação de informações através da internet. Abaixo, colaciona-se as pertinentes ao que se pretende debater no presente artigo:

31. Respeitar a proibição de censura prévia e abster-se de bloquear total ou parcialmente sites de meios de comunicação, plataformas ou contas particulares na Internet. Garantir a toda a população o acesso mais amplo e imediato ao serviço de Internet e desenvolver medidas positivas para reduzir de maneira rápida a exclusão digital dos grupos vulneráveis e com menor renda. Não se pode justificar a imposição de restrições ao acesso à Internet por motivos de ordem pública ou segurança nacional.

[...]

33. Assegurar que qualquer responsabilidade ulterior que se pretenda impor pela difusão de informação ou opiniões, com base na proteção dos interesses de saúde pública – mesmo de maneira temporária – seja estabelecida por lei, de modo proporcional ao interesse imperioso que a justifica e se ajuste estreitamente a esse legítimo objetivo.

34. Observar um especial cuidado nos pronunciamentos e declarações dos funcionários públicos com altas responsabilidades a respeito da evolução da

pandemia. Nas atuais circunstâncias as autoridades estatais têm o dever de informar à população; ao pronunciar-se a respeito, devem atuar com diligência e contar de forma razoável com base científica. Também devem recordar que estão expostos a um maior escrutínio e à crítica pública, mesmo em períodos especiais. Os governos e as empresas de Internet devem atender e combater de forma transparente a desinformação que circula a respeito da pandemia. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2020)

Extraí-se dos trechos acima que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, ao tempo que revela sua preocupação com a livre circulação de informações, seja abominando a censura prévia, seja assegurando que eventual responsabilização venha a ser ulterior, faz uma especial recomendação aos agentes públicos, que, diferentemente das pessoas comuns, deveriam ter especial cuidado com as informações que propagam.

No mesmo passo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos veiculou declaração intitulada “COVID-19 e Direitos Humanos: Os problemas e desafios devem ser abordados a partir de uma perspectiva de Direitos Humanos e com respeito às obrigações internacionais”, em que se destaca, para o presente estudo, o seguinte:

O acesso à informação verdadeira e confiável, assim como à Internet, é essencial. Medidas adequadas devem ser tomadas para garantir que o uso da tecnologia de vigilância, para monitorar e rastrear a disseminação do coronavírus COVID-19, seja limitado e proporcional às necessidades de saúde, e não envolva uma interferência desmedida e lesiva à privacidade, à proteção de dados pessoais e à observância ao princípio geral de não-discriminação. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2020)

Aqui se percebe, por sua vez, uma preocupação mais voltada para a qualidade da informação e a internet como serviço essencial, inclusive para eventual controle da população, desde que unicamente para combate à pandemia.

As recomendações da Comissão Interamericana e a Declaração da Corte Interamericana, à primeira vista, e em pleno século XXI, poderiam parecer óbvias, pois tratariam de temas aparentemente já sedimentados em termos de direitos fundamentais. Afinal, grosso modo, o que ali se defende é a liberdade de expressão e o compromisso social dos agentes públicos. Seria assim, por certo, não fosse o fenômeno das chamadas *fake news*.

Como será melhor apresentado adiante, as redes sociais migraram de uma aclamação inicial pelos defensores das democracias liberais, para um problema a este modelo de exercício da vontade popular. Dominadas pelos algoritmos e inteligência artificial, as redes sociais atualmente mais se prestam à desinformação do que à informação e, pior, tornaram-se importante instrumento para a eleição e manutenção de governantes populistas.

Antes de debater sobre esta questão, porém, interessante apresentar os fundamentos da liberdade de expressão, como pressuposto a qualquer sociedade que se diga Democrática de Direito, inclusive no que tange à possibilidade e eventuais limites à livre circulação de ideias.

3. LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Apoiados nos ensinamentos de Mill (2006), podemos afirmar que a liberdade de expressão deve ser exercida da forma mais ampla possível, desde que não produza um argumento que cause danos físico e econômico a terceiros. A defesa firme desta amplitude justifica-se em quatro propósitos para a liberdade de expressão, um instrumento na busca pela verdade. São eles: falibilidade, parcialidade, mercado de ideias e não-dogmatização.

A falibilidade pode ser dividida de duas maneiras: “o prejuízo de silenciar uma opinião que pode ser verdadeira” ou “silenciar uma opinião que seja falsa”. Em ambas, partindo-se da premissa de que o ser humano é falho, é imprescindível sempre ouvir o outro, por mais que se tenha certeza de que determinado discurso seja o melhor ou mais verdadeiro.

A parcialidade se revela na constatação de que não se pode reunir todas as verdades num discurso, e também não há garantia de que o discurso da maioria seja o verdadeiro, razão pela qual faz-se necessário um debate livre que permita a troca do falso pelo verdadeiro.

O mercado de ideias se perfaz como ambiente no qual todas as ideias deverão ser contrastadas, desafiadas a entrar em colisão, a fim de permitir que a ideia considerada superior, ou seja, a que for melhor racionalmente sustentada, sobreponha-se às demais.

Por fim, a não-dogmatização corresponde a não aceitar aquilo que nos é revelado e imposto como uma verdade absoluta, pois caso exclua toda a liberdade de expressão de uma ideia majoritária verdadeira, o que se estará criando é um dogma e não a verdade.

Certo disso, o legislador constituinte brasileiro conferiu tratamento privilegiado à liberdade de expressão da cidadania e da imprensa, com vistas a garantir o fluxo de informações. O constituinte buscou assegurar as liberdades de manifestação do pensamento, o amplo acesso à informação e o direito de resposta, como leciona

Osório (2017). Forma-se aí o sistema constitucional da liberdade de expressão, que incluiria três liberdades: a liberdade de expressão *strictu sensu*, a liberdade de informação e a liberdade de imprensa.

A liberdade de expressão *strictu sensu*, segundo Machado (2002), consiste no direito inerente a todo ser humano de externar e difundir os próprios pensamentos, ideias, criações, opiniões, sentimentos e demais expressões.

Por sua vez, a liberdade de informação corresponde ao direito de transmissão de comunicação de fatos, o que se daria a partir do (i) direito ao acesso à informação, garantindo a liberdade de busca e de investigação de informações por todos os meios lícitos; do (ii) direito de informar, que inclui a liberdade para a transmissão de informações sobre fatos a partir de um determinado meio; e do (iii) direito de ser informado, assegurando a liberdade e prerrogativa dos cidadãos de receberem todo tipo de informação do poder público, dos meios de comunicação e dos demais cidadãos (FARIAS, 2004).

A liberdade de imprensa, por fim, compreende o direito de todos os meios de comunicação social “de exteriorizarem quaisquer ideias, opiniões e manifestações (no exercício da liberdade de expressão em sentido estrito), assim como de divulgar e transmitir os fatos e acontecimentos (no exercício da liberdade de informação)” (OSÓRIO, 2017, p. 46), abrangendo, ainda, uma proteção a todas as pessoas físicas e jurídicas ligadas institucionalmente à imprensa (MACHADO, 2002).

A tutela da liberdade de expressão, por sua vez, tem pilar em três elementos fundamentais: (i) a busca da verdade, (ii) a realização da democracia e (iii) a garantia da dignidade humana.

Com relação ao primeiro fundamento, “a livre discussão e contraposição de ideias seria um instrumento para a obtenção da verdade e para o desenvolvimento do conhecimento” (OSÓRIO, 2017, p. 54).

A liberdade de expressão se apresenta ainda como um instrumento e um valor fundamental de realização da democracia. Em um regime democrático, espera-se que os cidadãos respeitem os direitos de outros para se expressarem publicamente, independentemente de se endossarem as ideias (HARELL, 2010).

Por fim, o terceiro fundamento filosófico da liberdade de expressão, e corolário ao presente estudo, é a dignidade humana. A possibilidade de os indivíduos exprimirem suas visões de mundo, preferências e interesses configura, para Sarmento (2006), uma emanção da dignidade. A liberdade de expressão se revela como um

valor indispensável à realização existencial do homem e ao livre desenvolvimento da sua personalidade (OSÓRIO, 2017). Pertinente aqui a célebre sentença: “condição primeira para cultura é liberdade”⁷.

Não por acaso, o Supremo Tribunal Federal reconhece que o direito fundamental da liberdade de expressão estaria inserido na ordem constitucional em uma posição de precedência (posição preferencial), como ilustra Branco (2020). Essa peculiaridade conferiria uma vantagem no processo de ponderação (primazia *prima face*): o seu afastamento é uma exceção e o ônus argumentativo compete a quem sustenta o direito oposto.

Neste ponto, exsurge a polêmica que motivou o presente estudo. É que, como se viu, dentre as medidas a serem adotadas durante a pandemia, foi sugerido a intolerância com as *fake news* e a exigência de que agentes públicos fossem parcimoniosos em suas manifestações, de modo a não contribuir com a desinformação. Mas seria isso possível?

A despeito da posição preferencial da liberdade de expressão, este direito não é absoluto, comportando, portanto, restrições. A propósito, não há ordenamento jurídico que conceba um direito à liberdade de expressão juridicamente ilimitado, sendo-lhe devidos limites para o harmonizar com outros valores e direitos constitucionalmente tutelados, como preceitua Osório (2017).

Neste sentido, à luz do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, da Convenção Americana, da Corte Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Europeia de Direitos Humanos, Osório (2017) destaca que devem ser reconhecidos como limites para a liberdade de expressão: (i) o respeito ao princípio da reserva do legal, (ii) o objetivo de proteção de outros interesses e valores constitucionalmente tutelados de elevado valor axiológico; e (iii) a observância do princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão, a ver “adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito” (OSÓRIO, 2017, p. 117).

A tanto se acresça o princípio do dano (*harm principle*), desenvolvido por Mill (*apud* BRINK, 2008) como um limite à liberdade. Assim mesmo, somente os danos físicos e econômicos seriam aptos à restrição da liberdade de expressão, porquanto objetivamente mensuráveis.

⁷ Frase do Professor Gerson de Britto Mello Boson, então reitor da Universidade Federal de Minas Gerais, escrita em 1969 no painel de Yara Tupynambá, que ilustra o prédio da Reitoria da Universidade Federal de Minas Gerais. Disponível em: https://prefeitura.pbh.gov.br/sites/default/files/noticia/dossier_yara.pdf. Acesso em: 26 jan. 2021.

Assim é que, a princípio, parecem legítimas e salutares as medidas adotadas pela Comissão e pela Corte Interamericana, no sentido de se frear a desinformação, ao tempo em que repudia qualquer tentativa de censura, sobretudo em tempos de fragmentação da esfera pública por meio do (mau) uso das redes sociais, contaminadas pelas *fake news*.

4. REDES SOCIAIS E AS *FAKE NEWS*

Sobre as mudanças ocorridas na esfera pública, nos lembra Ricardo Campos (2019):

A experiência democrática moderna dentro dos Estados nacionais se deu especialmente na dualidade entre a estruturação plural da esfera pública correlata à institucionalização da política na instituição do parlamento assentado na pluralidade partidária e em eleições periódicas. [...] Nos últimos anos, entretanto, ocorreu mundo afora uma certa ‘perturbação’ nesse modelo, especialmente pela mudança do meio em que se estruturava a esfera pública. Antes centradas em grandes organizações jornalísticas, sejam televisivas, sejam da imprensa escrita, a esfera pública passou a ser mediada por plataformas digitais — Facebook, Twitter e WhatsApp. (CAMPOS, 2019, *online*)

No entanto, conforme Mendes, Doneda e Bachur (2018), tais meios valem-se de mecanismos que, a um só tempo, privilegiam a emoção ao invés da razão, estabelecendo forma de recompensa que inebriam e viciam os usuários. Como efeito colateral, os usuários acabam, inconscientemente, presos à mesma bolha de pensamento, já que tais mecanismos de recompensa desestimulam que se vá em busca do diferente, o que impede o debate salutar, tal como ocorria na esfera pública de Habermas. Pelo contrário, a bolha intelectual é propícia à propagação de *fake news*, como ensina Vesting (2020):

O ganho de importância das redes sociais resulta, ademais, em uma ascensão de particularismos e no retrocesso de uma parte da esfera pública a fóruns de pessoas que pensam da mesma forma. A formação de tais fóruns é reforçada também pela inserção de algoritmos de aprendizagem automática que, de forma direcionada, recompensam contribuições específicas que desencadeiam fortes emoções e interações diretas e terminam por ter como resultado “criar para o usuário individual seu mundo próprio e singular”. Aqui se chega a uma autolimitação temática preocupante, a uma cegueira narcisista em relação às realidades de vida que se encontram fora do próprio grupo e que não permitem mais uma percepção mútua de imagens de mundo e visões de mundo de outros milieus culturais. E, além disso, uma vez que as novas câmaras de eco formalizadas em medidas consideravelmente menores são muito menos institucionalizadas e muito menos estruturadas de acordo com a legislação estatal, quando as comparamos com os meios de comunicação da esfera pública pluralista de grupos, chega-se à situação de que fenômenos muito novos como aqueles das *shitstorms* e dos *fake News* tornaram-se possíveis: uma cultura de permanente transgressão e dissolução

de fronteiras, do constante oscilar entre a expressão de opinião (em conformidade com as regras) e a ofensa (em desconformidade com as regras), entre esfera pública e esfera privada, entre a crítica legítima e suspeitas delirantes etc. (VESTING, 2020, p. 298)

Verdade é que, não obstante a preponderância da liberdade de expressão, seu valor tem sido usado como escudo para disseminação de técnicas que parecem objetivar a implosão das instituições democráticas e, ato contínuo, a própria liberdade de expressão, como confirma Zagrebelsky (2011):

São vários, hoje em dia, os sinais de adulação do povo, como o sentimento generalizado de contrariedade à política organizada, o apelo a uma suposta sabedoria natural das pessoas comuns, que não vai e além dos conceitos e preconceitos individuais, a tendência a dar voz imediata na política a humores pré-políticos, saltando qualquer instância organizada intermediária, considerada diafragma, estorvo ou traição. Tudo na tentativa de manter o povo na condição de menoridade infantil, para melhor controlá-lo. (ZAGREBELSKY, 2011, p. 145)

O ensinamento de Zagrebelsky (2011) se projetava em momento que as redes sociais e as *fake news* encontravam-se em ascensão, sem que se possa comparar à proporção alcançada nos dias atuais.

Relativamente à questão da pandemia, especialmente no Brasil, o que se pôde perceber foi uma pretensa conexão do mau sanitário a disputas políticas, e as declarações constantes e patentes proferidas pelos agentes públicos vem causando graves consequências à coletividade. Destaca-se, pela importância da matéria, as declarações em relação aos meios de se evitar a propagação do vírus e em relação às vacinas.

Sobre isso, Maranhão (2018) afirma:

No ambiente virtual criado pela rede mundial de computadores, particularmente no âmbito da Internet 2.0, em que a produção de conteúdo é pulverizada e sua disseminação, além de abrangente e veloz (viralização), tem seus efeitos potencializados pelas ferramentas de micro-direcionamento, o discurso de natureza enganosa pode ser lesivo à própria liberdade de expressão e à democracia. (MARANHÃO, 2018, p. 217)

A questão ganha especial contorno no cenário mundial, em que se tem governos de vieses autoritários querendo se aproveitar do fenômeno da desinformação para impor censura. O comportamento de tais líderes simplesmente destoa das diretrizes traçadas pela Organização Mundial da Saúde, alguns de forma irresponsável, pois despidas de parâmetros científicos.

A solução para tanto, todavia, não pode ser a censura prévia, sob pena de castrar instrumento fundamental à persecução da verdade. O questionamento livre e racional das medidas de isolamento social e quarentena indicadas pelos organismos

internacionais de saúde é, sem dúvida, a forma mais saudável de se confirmar a hipótese ou refutá-la. Trata-se, inclusive, de algo que já foi feito por alguns veículos de comunicação.

O que não se admite, e daí a pertinência do alerta da Comissão Interamericana, é criminalização da liberdade de expressão sob a (falsa) alegação de que se está a combater a desinformação.

Com efeito, a par de pretensões normativas nesse sentido fugirem à recomendação da Comissão Interamericana, o que já bastaria para um possível controle de convencionalidade em atenção ao constitucionalismo multinível, referidas pretensões esbarrariam também os óbices constitucionais e legais do estado brasileiro.

Nesse diapasão, eventual afastamento do caráter preferencial da liberdade de expressão, além de temporária, deve ter elo fundamental com o alegado combate à pandemia, de modo necessário, adequado e proporcional.

Seria de se questionar, desta forma, se a censura prévia tal como proposta por alguns membros da federação brasileira e tal como já efetivada por alguns Estados nacionais, como acima denunciado, seria a única alternativa para a solução do problema da desinformação na pandemia. E a resposta mais adequada nos parece seja negativa.

Tanto mais num cenário em que diversos agentes públicos, igualmente descumprindo a recomendação da Comissão Interamericana, não tem observado especial cuidado nos pronunciamentos e declarações; pelo contrário, propagam recomendações intuitivas e sem respaldo científico, ou, pior, em falsa ciência. Sobre a gravidade da questão, confira-se Schultz (2018):

Para essa tarefa recorre-se às potencialidades que o desenvolvimento da linguagem humana nos trouxe, segundo a descrição de Yuval Harari. Existe uma falsa ciência que se baseia em manipulação de informações, que está ligada à mesma capacidade da linguagem em descrever fatos científicos. Isso se encontra no âmbito da fraude científica dentro do território da pesquisa e que constitui preocupação crescente devido à perda de rigor com a expansão notável da comunicação científica. Outra categoria de falsa ciência, a pseudociência, está ligada à terceira possibilidade trazida pela linguagem. A ciência é um mito compartilhado pela sociedade, no sentido de um sistema explicativo da natureza, ancorada em métodos rigorosos, sempre aberta a refutações, com mecanismos de autorregulação e reconhecidamente bem-sucedida como pilar de todas as revoluções industriais, associado ao entendimento de suas consequências. É devido a esse sucesso que possivelmente as propostas de sistematização de temas não científicos tentem emular a ciência, buscando com isso sua validação e disseminação na sociedade. (SCHULTZ, 2018, p. 102)

Teme-se, inclusive, que este comportamento seja proposital, pois afetam negativamente a percepção, tomando espaço das notícias verdadeiras, ou, pior, gerando uma situação em que se duvida de todas as notícias, inclusive as verdadeiras. Mediante tática que parece premeditada, são lançadas, ininterruptamente, toda sorte de polêmicas, cujo objetivo é criar um ambiente em que o cidadão não reflete sobre as informações que lhe são reveladas e acaba incapaz de distinguir o verdadeiro do falso (CUEVA, 2019). Referido comportamento nefasto, durante a pandemia, acabou por contribuir negativamente para exacerbação do processo de desinformação e polarização do debate, que deixa de ser científico para se convolar em disputa de poder.

CONCLUSÃO

Verificou-se, durante o estudo, que o Estado Democrático de Direito foi fruto de conquistas advindas de longos períodos da história humana. Em especial, os direitos humanos, basilares para o alcance da finalidade da democracia, que a é paz social, ganharam notoriedade em nível internacional no período pós-guerra, quando diversos tratados e organizações foram formados a fim de igualar o tratamento dado ao ser humano, dentro de suas especificidades.

Avanço importante dessas batalhas foi o direito à liberdade de expressão, incluindo o respeito ao trabalho da imprensa. Para grandes pensadores da história mundial, a formação da cultura depende integralmente da verbalização e propagação de ideias.

Entretanto, o direito não pode ser absoluto. Dentre as mais importantes justificativas para isso está o próprio resguardo à pacificação social. Entretanto, na contramão dessa ideia, o avanço da tecnologia vem demonstrando a necessária intervenção nas garantias de liberdade de expressão, no Brasil assegurada dentro da CR/88.

Razão disso é a constante propagação de *fake news* e opiniões individuais sem qualquer critério científico, que podem trazer insegurança à uma população, sobretudo em tempos de pandemia.

Portanto, seja por meio de um controle de convencionalidade em atenção ao constitucionalismo multinível, seja em respeito às normas internas constitucionais e

legais do Estado brasileiro, é preciso voltar os olhos, nesse momento de pandemia, às *fake news* sobre a COVID-19.

Diante do resultado das pesquisas que embasaram o presente artigo, conclui-se em dar razão à Comissão Interamericana em suas recomendações, bem como à Corte Interamericana em sua declaração. Nem a censura prévia nem a desinformação devem ser toleradas durante a pandemia, mas também tampouco há de se admitir que, em nome da liberdade de expressão, *fake news* sobre a COVID-19 possam ser livremente propaladas, sobretudo por meio de agentes públicos.

REFERÊNCIAS

BARROS, Janete Ricken Lopes de.; ARAÚJO NETO, Olavo Irineu de. Liberdade de expressão e de reunião e a posição de precedência. *In*: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (Org.). **A liberdade de expressão na jurisprudência do STF**. Brasília: IDP, 2012.

BRINK, David O. ***Mill's liberal principles and freedom of expression***. *In*: TEN, C.L. (Ed.) *Mill's On Liberty: A Critical Guide*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. ***Fuentes del Derecho, espacios constitucionales y ordenamientos jurídicos***. Revista Española de Derecho Constitucional, n. 69, p. 181-213, 2003.

CAMPOS, Ricardo. Medida adotada pelo STF para combater fake news é mesmo eficaz? **Consultor Jurídico** (*online*): 22 mar. 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-mar-22/ricardo-campos-medida-stf-combater-fake-news-eficaz#_ftn2%20%E2%80%93%20acesso%20em%2024/05/2020. Acesso em: 26 jan. 2021.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Livraria Almedina: Coimbra – Portugal, 1999.

CORDEIRO, Laís Vaz. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos a partir do constitucionalismo multinível, do transconstitucionalismo e da interconstitucionalidade: desafios e limites**. 2015. 123 f. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) - Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2015. Disponível em: <http://repositorio.bc.ufg.br/tede/handle/tede/5442>. Acesso em: 26 jan. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **COVID-19 e direitos humanos: os problemas e desafios devem ser abordados a partir de uma perspectiva de direitos humanos e com respeito às obrigações internacionais**, publicado em 14 abril de 2020. Disponível em:

https://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_27_2020_port.pdf. Acesso em: 26 jan. 2021.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. **Alternativas para a Remoção de Fake News das Redes Sociais. Reforma do Estado Social no Contexto da Globalização**. Lisboa: FGV Projetos, 2019.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1995.

FARIAS, Edilson pereira de. **Liberdade de expressão e comunicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. **Origem, sentido e futuro dos direitos humanos: reflexões para uma nova agenda**. Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos, v. 1, n. 1, p. 6-19, 2004.

HARELL, Allison. ***The limits of tolerance in diverse societies: hate speech and political tolerance norms among youth***. *Canadian Journal of Political Science / Revue canadienne de Science Politique*, v. 43, n. 2, p. 407-432, jun. 2010.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MARANHÃO, Juliano. CAMPOS, Ricardo. **Fake News e Autoregulação Regulada das Redes Sociais no Brasil: Fundamentos Constitucionais**. In: *Fake News e Regulação*, de Georges Abboud, Nelson Nery Jr. e Ricardo Campos, 217-232. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MENDES, Laura Schertel. DONEDA, Danilo. BACHUR, João Paulo. **Fake news e as eleições 2018 - Notícias e ciências, verdadeiras e falsas: a credibilidade da informação científica**. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, dez. 2018.

MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Tradução de Pedro Madeira. Lisboa, Portugal: Edições 70, 2006

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Carta da Organização dos Estados Americanos**, de 30 de abril de 1948. Disponível em: https://www.oas.org/dil/port/tratados_A-41_Carta_da_Organiza%C3%A7%C3%A3o_dos_Estados_Americanos.pdf. Acesso em: 26 jan. 2021.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos**, de 22 de novembro de 1969. **Pacto de San Jose da Costa Rica**. Recepcionado no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº. 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 26 jan. 2021.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Resolução nº. 01**, de 10 de abril de 2020. Pandemia e Direitos Humanos nas Américas. Aprovada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/pdf/Resolucao-1-20-pt.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2021.

OSÓRIO, Aline. **Direito eleitoral e liberdade de expressão**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do *hate speech*. Rio de Janeiro: **Revista de Direito do Estado**, n. 4, p. 53-106, 2006.

SCHULZ, Peter A. **Fake news e as eleições 2018 - Notícias e ciências, verdadeiras e falsas: a credibilidade da informação científica**. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, dez. 2018.

VESTING, T. A mudança na esfera pública pela inteligência artificial. *In*: ABBOUD, G., NERY JR., N. e CAMPOS, R. Fake News e Regulação. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2020.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **A Crucificação e a Democracia**. São Paulo: Saraiva, 2011.

idp

www.idp.edu.br