Universidade Estadual de Londrina

Revista do DIREITO PÚBLICO

ISSN 1980-551X

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
STRICTO SENSU EM
DIREITO NEGOCIAL

ISSN 1980-511X

v. 20, n. 2, ago. 2025

REITORA
Prof. Drª. Marta Regina Gimenez Favaro

VICE-REITOR
Prof. Dr. Airton José Petris

PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
Pró-Reitora: Profª. Drª. Silvia Márcia Ferreira Meletti
Diretora de Pós-Graduação: Profª Mariana Aparecida Bologna Soares de Andrade
Diretor de Pesquisa: Prof. Eduardo José de Almeida Araújo

CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS
Diretor: Prof. Me. Miguel Belinati Piccirillo
Vice-Diretor: Prof. Dr. Carlos Eduardo Caldarelli
Chefe do Departamento de Direito Privado: Prof. Me. Claudio César Machado Moreno
Chefe do Departamento de Direito Público: Prof. Dra. Ana Cláudia Duarte

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM DIREITO NEGOCIAL
Coordenador: Prof. Dr. Clodomiro José Bannwart Júnior
Vice-Coordenadora: Profa. Dra. Patricia Ayub da Costa Ligmanovski

Catalogação elaborada pela Divisão de Processos Técnicos da Biblioteca Central da Universidade Estadual de Londrina
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Revista do Direito Público / Universidade Estadual de Londrina
Centro de Estudos Sociais Aplicados. Departamento de Direito Público. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial
Universidade Estadual de Londrina. – Vol. 1, N. 1 (Jul./Dez. 1997)
Londrina : Ed. da UEL, 1997; .v.3 : 29 cm

Quadrimestral.
Descrição baseada em: v. 20, n. 2, ago (2025)
ISSN 1980-511X (online)
1. Direito Público – Periódicos. I. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicados. Departamento de Direito Público. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial.

CDU-342

Ficha Catalográfica elaborada por Ilza Almeida de Andrade CRB 9/882

Esta revista não assume a responsabilidade das ideias emitidas nos diversos artigos, cabendo-as exclusivamente aos autores. / É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta revista desde que seja citada a fonte.

Indexada em: LivRe (Brasil), Doaj (Suécia), Latindex (México), SHERPA RoMEO (Inglaterra), Portal de Periódicos CAPES (Brasil), WorldCat (EUA), TULIPS-Linker (Japão), Aladin (EUA), New Jour (EUA), BASE (Alemanha).

Disponível nos catálogos digitais das bibliotecas: HKU Librarie (Hong Kong), Charles University (Rep. Checa), Gorky St. Petersburg State University (Rússia), Hebrew University of Jerusalem (Israel), Miami University Libraries (EUA), Yale University (EUA), Universidad Nacional Autónoma de México (México), Universidade do Porto (Portugal), University of Tsukuba (Japão).

Revista do DIREITO PÚBLICO

ISSN 1980-551X

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
STRICTO SENSU EM
DIREITO NEGOCIAL

UNIVERSIDADE ESTADUAL DE LONDRINA

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM DIREITO NEGOCIAL
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO

ISSN 1980-511X (eletrônico)
Revista do Direito Público do Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina

CORPO EDITORIAL

EDITOR-CHEFE

Dr. Luiz Fernando Bellinetti

Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR)

EDITOR-ADJUNTO

José Ricardo Suter
Patrícia Ayub da Costa

Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR)

EDITORES DE SEÇÃO

Ana Lúcia Maso Borba Navolar
Flávio Henrique Caetano de Paula Maimone
Franciele Barbosa Santos
Guilherme Henrique Giacomino Ferreira
Isabela Nabas Schiavon
Lucas Mendonça Trevisan
Maria Eduarda Gobbo Andrades
Thaise Rocha Ferreira

Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR)

ASSESSORES TÉCNICOS

Bruna Faria (Tradução)
Eduardo Bueno Rodrigues (Projeto Gráfico e Diagramação)
Elaine Cristina de Souza Silva Arvelino (Suporte editorial)
Natali Silvana Zwaretch (Bibliotecária)

Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR)

CONSELHO EDITORIAL

Eduardo Reale Ferrari - Universidade de São Paulo (USP/SP)
Francisco Emílio Baleotti - Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR)
Irene Patrícia Nohara - Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM/MG)
Maria Auxiliadora Minahim - Universidade Federal da Bahia (UFBA/BA)
Tânia Lobo Muniz - Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR)
Thais Bernardes Maganhini - Universidade Federal de Rondônia (UNIR/RO)
Wilson Engelmann – Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS/RS)

CONSELHO CONSULTIVO

Adriana Campos – Universidade Federal de Minas Gerais
Adriano da Silva Ribeiro – Universidade Federal Fluminense
Alaerte Antonio Martelli Contini – Universidade Federal da Grande Dourados
Alberto Paulo Neto – Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Alessandra Cristina Furlan – Universidade Estadual do Norte do Paraná
Alexis Couto de Brito – Universidade Presbiteriana Mackenzie
Ana Claudia Pompeu Andreucci – Universidade Presbiteriana Mackenzie
Ana Paula de Fátima Coelho – Universidade do Estado de Minas Gerais
Ana Paula Gonçalves Pereira de Barcellos – Universidade do Estado do Rio de Janeiro
Anderson Vichinkeski Teixeira – Universidade do Vale do Rio dos Sinos
André Felipe Soares de Arruda – Universidade Federal de Goiás
Angelo Ricardo Christoffoli – Universidade do Vale do Itajaí
Bruno César Lorencini – Universidade Presbiteriana Mackenzie
Carla Marshall – Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais/RJ
Carlos Alberto Pereira das Neves Bolonha – Universidade Federal do Rio de Janeiro
Carlos Augusto de Assis – Universidade Presbiteriana Mackenzie
Carlos Henrique Ramos – Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais/RJ
Carlos Mauricio Lociks de Araújo – Universidade de Brasília
Carmen Beatriz de Lemos Tiburcio Rodrigues – Universidade Estadual do Rio de Janeiro
Celso Hiroshi Iocohama – Universidade Paranaense
Clarice Beatriz da Costa Sohngen – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
Claudia Aguiar Silva Britto – Universidade Federal Fluminense
Cláudio Machado Maia – Universidade Comunitária da Região de Chapecó
Cleber Sanfelici Otero – Unicesumar
Cristiano Gomes de Brito – Universidade Federal de Uberlândia
Cristina Godoy Bernardo de Oliveira – Universidade de São Paulo
Daniela Braga Paiano - Universidade Estadual de Londrina
Daiane Moura de Aguiar – Universidade Anhembi Morumbi
Diego Richard Ronconi – Universidade do Vale do Itajaí
Dirce Nazare de Andrade Ferreira – Universidade Federal do Espírito Santo
Edilton Meireles de Oliveira Santos – Universidade Federal da Bahia
Edna Raquel Hogemann – Universidade Estácio de Sá e Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro
Eduardo Garcia Ribeiro Lopes Domingues – Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro
Eloy Pereira Lemos Junior – Fundação Universidade de Itaúna
Fabiano Dolenc Del Masso – Universidade Presbiteriana Mackenzie
Fábio Guedes de Paula Machado – Universidade Federal de Uberlândia
Fernanda Andrade Almeida – Universidade Federal Fluminense
Fernando Angelo Ribeiro Leal – Fundação Getúlio Vargas/RJ
Flávio Couto Bernardes – Universidade Federal de Minas Gerais e Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais
Francisco Antônio de Barros e Silva Neto – Universidade Federal de Pernambuco
Geziela Iensue – Universidade Federal do Mato Grosso do Sul
Gustavo Osna – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
Hector Luiz Martins Figueira – Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais/RJ, Centro Universitário de Valença
Henrique Viana Pereira – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais
Jamile Gonçalves Calissi – Universidade do Estado de Minas Gerais
João da Cruz Gonçalves Neto – Universidade Federal de Goiás
João Porto Silvério Junior – Universidade de rio Verde
Jorge Luis Mialhe – Universidade de São Paulo
José Carlos Francisco – Universidade Presbiteriana Mackenzie
José Eduardo Lourenço dos Santos – Centro Universitário Eurípedes de Marília
Juliana Marteli Fais Feriato – Universidade Estadual de Maringá
Karinne Emanoela Goettems dos Santos – Universidade Federal de Pelotas
Loiane da Ponte Souza Prado Verbicaro – Centro Universitário do Pará
Loreci Gottschalk Nolasco – Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul
Lucas Galvão de Britto – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Luis Alberto Reichelt – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
Luiz Alberto Blanchet – Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Luiza Landerdahl Christmann – Centro Universitário Católico de Santa Catarina
Marcelo Negri Soares – Universidade Federal do Rio de Janeiro
Marcelo Paulo Maggio – Fundação Escola Superior do Ministério Público/PR
Márcia Cristina Xavier de Souza – Universidade Gama Filho
Mariana Barboza Baeta Neves Matsushita – Universidade Presbiteriana Mackenzie
Maurinice Evaristo Wenceslau – Universidade Federal do Mato Grosso do Sul
Monica Paraguassu Correia da Silva – Universidade Federal Fluminense
Nelson Finotti Silva – Centro Universitário Eurípedes de Marília
Osvaldo Ferreira de Carvalho – Universidade Estácio de Sá/GO
Raquel Von Hohendorff – Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Rene Erick Sampar – Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Roberto de Paula – Universidade Federal do Paraná
Rogerio Mollica – Universidade de Marília

Rogerio Montai de Lima – Universidade Federal de Rondônia
Ronaldo Lindimar José Marton – Universidade Católica de Brasília
Rubens Beçak – Universidade de São Paulo
Sérgio Urquhart de Cademartori – Universidade Federal de Santa Catarina
Thais Bernardes Maganhini – Universidade Federal de Rondônia
Thami Covatti Piaia – Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai/RS
Tula Wesendonck – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
Wilson Engelmann – Universidade do Vale do Rio dos Sino

Pós-Gradução *stricto sensu* em Direito Negocial
Universidade Estadual de Londrina/ Centro de Estudos Sociais Aplicados – CESA
Campus Universidade – CEP 86051-990 – Londrina – Paraná – Brasil
Fone/Fax: (43) 3371-4693 – E-mail: mestrados@uel.br Home page: http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/index

SUMÁRIO | TABLE OF CONTENTS

EDITORIAL 9

PRINCIPAIS CAUSAS E CONSEQUÊNCIAS DA REPROVAÇÃO DAS CONTAS PÚBLICAS PRESTADAS POR PREFEITOS 11

MAIN CAUSES AND CONSEQUENCES OF THE REPROVAL OF PUBLIC ACCOUNTS PROVIDED BY MAYORS

Willian Alves de Souza
Jaime Domingues Brito

SOBRE IMPARCIALIDADE JUDICIAL E TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA 27

JUDICIAL IMPARTIALITY AND COGNITIVE DISSONANCE THEORY

Simone de Sá Rosa Figueirêdo
Vanessa Viana de Melo Wu

A MITIGAÇÃO DE DANOS NO DIREITO BRASILEIRO: ENTRE O ÔNUS DO CREDOR E A JUSTIÇA DO DANO INJUSTO 45

DAMAGE MITIGATION IN BRAZILIAN LAW: BETWEEN THE CREDITOR'S BURDEN AND THE CONCEPT OF UNJUST DAMAGE

Ana Lúcia Maso Borba Navolar
Roberto Wagner Marquesi *(in memoriam)*

A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E OS DESAFIOS DE REGULAÇÃO DAS PLATAFORMAS DIGITAIS 57

FREEDOM OF SPEECH AND THE REGULATORY CHALLENGES OF DIGITAL PLATFORMS

Ricardo De Moraes
Jorge Shiguemitsu Fujita

ALTAS HABILIDADES OU SUPERDOTAÇÃO NO CONTEXTO BRASILEIRO: UM ESTUDO DOCUMENTAL 68

GIFTEDNESS IN THE BRAZILIAN CONTEXT: A DOCUMENTARY STUDY

Josana Carla Gomes Silva
Carlos Eduardo Montes Netto

A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 572: UM ESTUDO SOBRE A APLICAÇÃO (OU NÃO) DO MÉTODO DO JUIZ HÉRCULES DE RONALD DWORKIN 83

THE CLAIM OF NON-COMPLIANCE WITH BASIC PRECEPT 572: A STUDY ABOUT THE APPLICATION (OR NOT) OF THE JUDGE METHOD FROM RONALD DWORKIN'S HERCULES

Giovanne Henrique Bressan Schiavon
Laura Balbino Altmann

A COMPETÊNCIA LEGISLATIVA MUNICIPAL EM MATÉRIA DE LICITAÇÕES E CONTRATOS E O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE: INTERLOCUÇÕES NECESSÁRIAS A PARTIR DO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADI 3110 101

MUNICIPAL LEGISLATIVE COMPETENCE IN BIDDING AND CONTRACTS AND THE PRINCIPLE OF SUBSIDIARITY: AN ANALYSIS BASED ON THE SUPREME COURT'S OPINION IN ADI 3110

Alice Wisniewski
Ricardo Hermany

SOBRE A INTERPRETAÇÃO EVOLUTIVA DE NORMAS DE COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA 115

ON THE EVOLUTIONARY INTERPRETATION OF TAX COMPETENCE RULES

Jules Silva

O MAGISTRADO DO TRABALHO E O PAPEL DAS ESCOLAS JUDICIAIS COMO INDUTORAS DA BOA GOVERNANÇA 134

THE ROLE OF LABOR JUDGES AND FEDERAL JUDICIAL INSTITUTIONS IN PROMOTING GOOD GOVERNANCE THE ROLE OF LABOR JUDGES AND FEDERAL JUDICIAL INSTITUTIONS IN PROMOTING GOOD GOVERNANCE

Ediandro Martins
Silvia Regina Siqueira Loureiro

O CONTROLE LEGISLATIVO DE CONVENCIONALIDADE NO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO (2010-2020) 151

LEGISLATIVE CONTROL OF CONVENTIONALITY IN THE CITY OF SÃO PAULO (2010 - 2020)

Danilo Garnica Simini

INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA E A DEFINIÇÃO DE "POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO DO BRASIL" 170

THE DISPLACEMENT OF JURISDICTION INCIDENT AND DEFINING THE "POTENTIAL FOR BRAZIL'S INTERNATIONAL ACCOUNTABILITY"

Carol Peruzzi Saleh
Daniel Lena Marchiori Neto

CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES PROCESSUAIS PENAIS PELA CORTE INTERAMERICANA NO CASO FAVELA NOVA BRASÍLIA VS BRASIL 189

COMPLIANCE WITH THE INTER-AMERICAN COURT'S CRIMINAL PROCEDURAL OBLIGATIONS IN THE FAVELA NOVA BRASÍLIA V. BRAZIL CASE

Gustavo Henrique de Andrade Cordeiro

CONTROLE SOCIAL COMO PARTICIPAÇÃO CIDADÃ: ANÁLISE DO CONSELHO DE USUÁRIO DE SERVIÇOS PÚBLICOS NA CONTROLADORIA GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO..... 205

SOCIAL CONTROL AS CITIZEN PARTICIPATION: ANALYSIS OF THE PUBLIC SERVICES USER COUNCIL IN THE MUNICIPAL COMPTROLLER'S OFFICE OF SÃO PAULO

Dirce Nazare de Andrade Ferreira

POLÍTICAS PÚBLICAS DE INTELIGÊNCIA E O DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA NO BRASIL: UMA ANÁLISE SISTÊMICA A PARTIR DO REGIME JURÍDICO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS 220

PUBLIC POLICIES RELATED TO INTELLIGENCE AND THE FUNDAMENTAL RIGHT TO SECURITY IN BRAZIL: A SYSTEMIC ANALYSIS FROM THE LEGAL REGIME OF PUBLIC POLICIES

Pedro Henrique Hermes
Rogério Gesta Leal

PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NA SOCIEDADE ÓRFÃ: UM ESTUDO DE CASO NA PERSPECTIVA TEÓRICA DE MAUS..... 233

PRESUMPTION OF INNOCENCE IN AN ORPHAN SOCIETY: A MAUSIAN THEORETICAL CASE STUDY

Adamilton Lima Borgneth
Deborah Dettmam
Olívia Brandão Melo Campelo

RESENHAS

CAPÍTULO XIII - INTERPRETATIVISMO E NÃO INTERPRETATIVISMO, DA OBRA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL DE SAMUEL SALES FONTELES 248

Maurício Lerand Araujo Oliveira
Jussara Romero Sanches

CAPÍTULO II - A DIALÉTICA DO ACESSO: UMA ANÁLISE CRÍTICA DOS OBSTÁCULOS À EFETIVIDADE DA JUSTIÇA NO PENSAMENTO DE CAPPELLETTI E GARTH 250

José Ricardo Suter
Larissa Manetta da Cunha Suter

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

EDITORIAL

Apresentamos aos leitores a segunda edição de 2025 (v. 20, n. 2) da Revista do Direito Público da Universidade Estadual de Londrina. Reafirmamos, com este número, o compromisso da Revista com a difusão de pesquisas jurídicas de excelência, que buscam não apenas compreender, mas também problematizar os desafios contemporâneos do Direito em sua interface com a política, a economia e a sociedade.

No campo das políticas públicas e da governança, temos o artigo “Políticas públicas de inteligência e o direito fundamental à segurança no Brasil: uma análise sistêmica a partir do regime jurídico das políticas públicas”, que examina a segurança nacional sob a perspectiva do regime jurídico das políticas públicas. O tema da boa governança também se faz presente em “O magistrado do trabalho e o papel das escolas judiciais como indutoras da boa governança”, em que se discute a relevância da formação continuada de magistrados para a eficiência institucional.

A educação é analisada sob um viés específico em “Altas habilidades ou superdotação no contexto brasileiro: um estado documental”, que traça um panorama das políticas educacionais voltadas a esse grupo, ainda marcado por invisibilidade. No mesmo eixo de cidadania, o artigo “Controle social como participação cidadã: análise do conselho de usuário de serviços públicos na controladoria geral do município de São Paulo” explora mecanismos de participação popular no âmbito do controle da administração pública.

A seara da responsabilidade administrativa e financeira é contemplada em “Principais causas e consequências da reprovação das contas públicas prestadas por prefeitos”, texto que examina falhas recorrentes na gestão orçamentária e seus impactos na governança local.

Na dimensão jurisdicional e processual, destacamos “Sobre imparcialidade judicial e teoria da dissonância cognitiva”, que problematiza a atuação do julgador e “A ausência do dano injusto como fundamento da teoria da mitigação dos danos”, reflexão que contribui para o amadurecimento do debate sobre responsabilidade civil. Ainda nesse eixo, “A liberdade de expressão e os desafios de regulação das plataformas digitais” propõe uma análise contemporânea sobre a relação entre democracia, internet e regulação estatal.

O campo da interpretação constitucional e do controle de constitucionalidade está representado por importantes contribuições. O artigo “A arguição de descumprimento de preceito fundamental 572: um estudo sobre a aplicação (ou não) do método do juiz Hércules de Ronald Dworkin” dialoga com a filosofia do direito ao analisar caso emblemático do Supremo Tribunal Federal. Em “Sobre a interpretação evolutiva de normas de competência tributária”, os autores defendem uma hermenêutica dinâmica aplicada ao Direito Tributário. Já “O controle legislativo de convencionalidade no município de São Paulo (2010-2020)” discute experiências locais de incorporação de tratados internacionais de direitos humanos.

Na interface entre direitos humanos e jurisdição internacional, o artigo “Incidente de deslocamento de competência e a definição de ‘possibilidade de responsabilização do Brasil’” investiga os limites da atuação federal diante de violações graves de direitos fundamentais. A mesma temática é aprofundada em “Cumprimento das obrigações processuais penais pela Corte Interamericana no caso Favela Nova Brasília vs Brasil”, que analisa decisão paradigmática da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A reflexão sobre garantias fundamentais é retomada em “Presunção de inocência na sociedade órfã: um estudo de caso na perspectiva teórica de Maus”, estudo que busca compreender a crise das garantias penais na contemporaneidade. Por fim, o artigo “A competência legislativa municipal em matéria de licitações e contratos e o princípio da subsidiariedade: interlocuções necessárias a partir do entendimento do Supremo Tribunal Federal na ADI 3110” examina a autonomia dos entes municipais no desenho normativo das contratações públicas, articulando o princípio federativo à subsidiariedade.

CC BY NC ND

REVISTA DO DIREITO PÚBLICO, Londrina, v. 20, n. 2, p. 9-10, ago. 2025. DOI: 10.5433/1980-511X.2025.v20.n2.EDITORIAL_2025_02.

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

A edição também traz duas resenhas críticas. A primeira, “A dialética do acesso: uma análise crítica dos obstáculos à efetividade da justiça no pensamento de Cappelletti e Garth”, revisita a clássica contribuição dos autores ao debate sobre acesso à justiça. A segunda, “Capítulo XIII – Interpretativismo e não interpretativismo, da obra Hermenêutica Constitucional de Samuel Sales Fonteles”, aprofunda-se em uma discussão hermenêutica central para a compreensão do papel da Constituição e dos intérpretes no Estado Democrático de Direito.

A diversidade temática desta edição reafirma a vocação da Revista do Direito Público da UEL como espaço de debate acadêmico qualificado. Reiteramos nosso agradecimento aos autores que contribuíram com seus trabalhos e aos leitores que acompanham nossa trajetória.

Desejamos uma excelente leitura!

Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti

Editor-chefe

Revista do Direito Público

CC BY NC ND

REVISTA DO DIREITO PÚBLICO, Londrina, v. 20, n. 2, p. 9-10, ago. 2025. DOI: 10.5433/1980-511X.2025.v20.n2.EDITORIAL_2025_02.

DOI: 10.5433/1980-511X.2025.V20.N1.45854

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

PRINCIPAIS CAUSAS E CONSEQUÊNCIAS DA REPROVAÇÃO DAS CONTAS PÚBLICAS PRESTADAS POR PREFEITOS

MAIN CAUSES AND CONSEQUENCES OF THE REPROVAL OF PUBLIC ACCOUNTS PROVIDED BY MAYORS

Willian Alves de Souza

Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Especialista em Direito Público pela UNIAMÉRICA, PR. Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Advogado Público. E-mail: williansouza_52@hotmail.com

Jaime Domingues Brito

Doutor em Direito pela ITE de Bauru, SP. Mestre em Direito pela UENP. Professor da graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Advogado. E-mail: jaimedbrito@hotmail.com

Como citar: SOUZA, Willian Alves de; BRITO, Jaime Domingues. Principais causas e consequências da reprovação das contas públicas prestadas por prefeitos. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 20, n. 2, p. 11-26, ago. 2025. DOI: 10.5433/1980-511X.2025.v20.n2.45854. ISSN: 1980-511X.

Recebido em: 16/11/2022
Aceito em: 22/04/2025

Resumo: Esta pesquisa busca demonstrar quais são as causas mais frequentes que ensejam Parecer Prévio desfavorável das contas dos Prefeitos por parte dos Tribunais de Contas, bem como as consequências advindas da reprovação das mesmas quando realizada pelo órgão competente. Explica-se sobre o dever de prestar contas, tanto em relação às de governo quanto às de gestão, bem como estabelece, a partir de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em julgamento de Recurso Extraordinário com Repercussão Geral, o órgão competente para o julgamento das contas dos Prefeitos. Para tanto, emprega-se, como fundamentação teórica, análise de textos normativos extraídos do ordenamento jurídico nacional, bem como ensinamentos da Doutrina e precedentes firmados pelos Tribunais pátrios. Utiliza-se o procedimento técnico de pesquisa bibliográfica, com objetivo exploratório e abordagem qualitativa, empregando-se o método dedutivo. Por fim, a pesquisa é concluída trazendo como resultado a necessidade de se desenvolver uma boa administração pública, com o correto emprego dos recursos públicos, para se evitar Parecer Prévio desfavorável e a consequente reprovação das contas.

Palavras-chave: prestação de contas; reprovação; causas e consequências.

Abstract: This research identifies the most frequent causes that lead to unfavorable preliminary opinions on mayors' accounts by the Courts of Accounts, as well as the consequences arising from their final disapproval by the competent body. The study explains the duty of accountability in both governmental and managerial contexts and, based on a landmark Federal Supreme Court ruling with general repercussion, establishes which body is competent for the final judgment of mayors' accounts. For this purpose, the theoretical foundation is based on an analysis of normative texts from the national legal system, as well as legal doctrine and precedents from Brazilian courts. The study uses a deductive method, employing bibliographic research with an exploratory objective and a qualitative approach. Finally, the research concludes by highlighting the need for sound public administration and the proper use of public resources to avoid unfavorable preliminary opinions and the consequent disapproval of accounts.

Keywords: accountability; disapproval; causes and consequences.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

INTRODUÇÃO

O presente trabalho utiliza-se do método dedutivo e tem, como objetivo principal, demonstrar aos leitores a importância da boa administração e gestão dos recursos públicos por parte dos Prefeitos, principalmente no cenário atual da Administração Pública nacional, no qual é notório supervisão e fiscalização exercida por diversos órgãos de controle e, sobretudo, pela população, que está cada dia mais interessada e preocupada com o bom andamento da máquina pública e com a correta destinação do dinheiro público.

Primeiramente, traz-se à tona a obrigação do chefe do Poder Executivo de prestar contas sempre que arrecadar, utilizar, administrar ou gerenciar dinheiro, bens e valores públicos. Este dever decorre do comando previsto no parágrafo único do art. 70 da Constituição da República (Brasil, 1988). Além disso, em seguida, demonstra-se qual é o órgão competente para efetuar o julgamento das contas de Prefeitos, conforme entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal em julgamento de Recurso Extraordinário com Repercussão Geral reconhecida, em que fixou-se tese sobre o assunto.

Em segundo lugar, trabalha-se com as causas mais frequentes que ensejam o Parecer Prévio desfavorável por parte dos Tribunais de Contas. Entre os principais motivos, ganham destaque os seguintes: não aplicação do mínimo constitucional na educação e na saúde, superação do limite de despesa com pessoal, repasse excessivo à Câmara Municipal, déficit orçamentário, falta de repasse previdenciário, inclusão de despesas em restos a pagar sem cobertura no final do mandato.

Posteriormente, faz-se a análise das possíveis consequências advindas da reprovação das contas prestadas por Prefeitos e, entre elas, destacam-se as seguintes: imputação de multa, ato de improbidade administrativa, ressarcimento do dano causado ao patrimônio público, crime comum, crime de responsabilidade (e infração político-administrativa) e, ainda, uma das sanções mais pesadas para o agente político, que é a suspensão de seus direitos políticos passivos, acarretando em sua inelegibilidade.

Sendo assim, por intermédio deste trabalho, torna-se possível entender, de forma mais clara e objetiva, o instituto da prestação das contas públicas, bem como ela pode causar impactos positivos (quando o administrador público age com responsabilidade, licitude e eficiência, demonstrando para todos sua boa gestão da coisa pública) ou negativos (quando o administrador público atua de forma irregular, ilícita ou ineficiente, causando prejuízos ao patrimônio público), e, neste caso, pode acarretar a reprovação das contas, acompanhada de uma série de consequências indesejáveis.

1 DEVER DE PRESTAR CONTAS E ÓRGÃO COMPETENTE PARA JULGAMENTO DAS CONTAS DE PREFEITOS

O parágrafo único do art. 70 da República (Brasil, 1988) estabelece que deverá prestar contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária. Em que pese o referido dispositivo referir-se à União, trata-se de norma de observância obrigatória e, por conta do Princípio da Simetria, aplica-se aos Estados, Distrito Federal e Municípios. Segundo Furtado (2007, p. 62), “[...] a prestação de contas, conforme se vê na Constituição da República (Brasil, 1988), pode ser exigida de pessoa física ou jurídica, dependendo de como é constituída a relação jurídica entre devedor e credor da obrigação de prestar contas”.

Dessa forma, o Prefeito, por utilizar, arrecadar, guardar, gerenciar ou administrar recursos público, deve prestar contas da sua destinação para que, assim, os órgãos responsáveis possam exercer um controle mais efetivo da administração pública, e aqui inclui-se, também, o controle social. Porém, se o Prefeito se recusar ou, por qualquer outro motivo, não prestar contas, é possível a realização da tomada de contas especial.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

O caput do art. 71 da Constituição da República (Brasil, 1988) dispõe que o controle externo do Poder Executivo será feito pelo Poder Legislativo com o auxílio do Tribunal de Contas da União. Por sua vez, enquanto o inciso I confere ao Tribunal de Contas a competência para apreciar as contas prestadas anualmente pelo chefe do Poder Executivo, mediante parecer prévio, o inciso II estabelece que a Corte de Contas deverá julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público. Assim, nota-se que existem dois tipos de contas a serem prestadas pelo chefe do Poder Executivo, a saber: contas de governo, no art. 71, I, da Constituição da República (Brasil, 1988) e contas de gestão, prevista no art. 71, II, da Constituição da República (Brasil, 1988).

Antes de avançar, importante traçar a diferenciação entre contas de governo e contas de gestão e, para isso, lança-se mão das lições do Ministro Luís Roberto Barroso em seu voto no julgamento do Recurso Extraordinário 848.826/CE (Brasil, 2017), que assim explica:

> 3. As contas de governo, também denominadas contas de desempenho ou de resultados, objetivam demonstrar o cumprimento do orçamento, dos planos e programas de governo. Referem-se, portanto, à atuação do chefe do Executivo como agente político. A Constituição reserva à Casa Legislativa correspondente a competência para julgá-las em definitivo, mediante parecer prévio do Tribunal de Contas, conforme determina o art. 71, I da Constituição Federal.
>
> 4. Já as contas de gestão, também chamadas de contas de ordenação de despesas, possibilitam o exame, não dos gastos globais, mas de cada ato administrativo que compõe a gestão contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do ente público, quanto à legalidade, legitimidade e economicidade. A competência para julgá-las é do Tribunal de Contas, em definitivo - portanto, sem a participação da Casa Legislativa respectiva -, conforme determina o art. 71, II da Constituição Federal.

Fixada a premissa de que o Prefeito deve prestar contas, tanto as de governo quanto as de gestão, necessário estabelecer qual o Órgão competente para julgá-las, se Câmara Municipal ou se Tribunal de Contas. Visando findar a discussão acerca do assunto, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 848.826/CE (Brasil, 2017) realizado em 2016, com Repercussão Geral, por maioria de 6 votos a favor e cinco votos contra, fixou a seguinte tese:

> Para fins do art. 1º, inciso I, alínea g, da Lei Complementar 64, de 18 de maio de 1990, alterado pela Complementar 135, de 4 de junho de 2010, a apreciação das contas de prefeito, tanto as de governo quanto as de gestão, será exercida pelas Câmaras Municipais, com o auxílio dos Tribunais de Contas competentes, cujo parecer prévio somente deixará de prevalecer por decisão de 2/3 dos vereadores.

O voto vencido, conduzido pelo Ministro Luís Roberto Barroso, estabelecia o Órgão competente para o julgamento das contas em função da natureza das contas prestadas (e não do cargo ocupado pelo administrador), de forma que as contas de governo deveriam ser julgadas pela Câmara Municipal após Parecer Prévio do Tribunal de Contas , nos termos do inciso I do art. 71 da Constituição das República (Brasil, 1988), enquanto as contas de gestão seriam julgadas pelo Tribunal de Contas, conforme inciso II do art. 71 da Constituição das República (Brasil, 1988). Por sua vez, o voto vencedor, proferido pelo Ministro Ricardo Lewandowski, conferiu à Câmara Municipal a competência para julgamento das contas dos Prefeitos (tanto as de governo quanto as de gestão), ou seja, de acordo com Lewandowski, a competência não é determinada pela natureza das contas (se de gestão ou de governo), mas sim pelo cargo ocupado por quem as presta, no caso, os Prefeitos municipais.

Logo, a partir do julgamento supracitado, o STF pacificou a controvérsia sobre a competência para o julgamento das contas prestadas por Prefeitos, estabelecendo que tal mister é atribuição da Câmara Municipal, por ser o órgão que representa a soberania popular. Dessa forma, em todo início de ano, o Chefe do Poder Executivo deve enviar ao Tribunal de Contas informações sobre as contas do Município referente ao exercício financeiro anterior, competindo a Corte de Contas realizar a análise contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial para, então, emitir um Parecer Prévio sobre as contas prestadas, o qual será remetido à Câmara Municipal para julgamento, deixando de prevalecer por

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

decisão de dois terços dos Vereadores em sentido contrário, conforme preconiza o §2º do art. 31 da República (Brasil, 1988).

2 CAUSAS MAIS FREQUENTES QUE ENSEJAM PARECER PRÉVIO DESFAVORÁVEL DAS CONTAS DOS PREFEITOS

Vários são os motivos que ensejam a constatação de irregularidades na prestação de contas dos Prefeitos, os quais são apontados no Parecer Prévio emitido pelo Tribunal de Contas. Essas irregularidades podem estar relacionadas ao descumprimento dos comandos constitucionais e legais ou, ainda, à violação de outros Princípios da Administração Pública, como a moralidade, publicidade e eficiência. A partir de agora serão pontuadas as causas que, com maior frequência, ensejam a irregularidade das Contas públicas municipais.

2.1 Não aplicação do mínimo constitucional na educação

Nos termos do art. 212, caput, da Constituição das República (Brasil, 1988), os Municípios devem aplicar, anualmente, no mínimo, 25% (vinte e cinco por cento) da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento da educação infantil e do ensino fundamental. Além disso, conforme regra estabelecida no art. 212-A, XI, da Constituição das República (Brasil, 1988), os Municípios devem aplicar 70% (setenta por cento) do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (FUNDEB) no pagamento dos profissionais da educação básica em efetivo exercício.

É preciso ressaltar ainda que, com as novas regras atinentes ao FUNDEB, inseridas na Carta Magna por força da Emenda Constitucional nº 108/2020, certos percentuais do eventual complemento federal VAAT (valor anual total por aluno) são estritamente vinculados, sendo que 15% (quinze por cento) deve ser investido em despesas de capital na rede escolar (art. 212-A, XI, da Constituição das República) e 50% (cinquenta por cento) vincula-se à educação infantil (art. 212-A, §3º, Constituição das República) (Brasil, 1988, 2020).

Quanto ao limite mínimo de 25% (vinte e cinco por cento) aplicável à manutenção e desenvolvimento da educação infantil e do ensino fundamental, tal percentual incide sobre a receita resultante dos impostos arrecadados diretamente pela Administração Pública municipal, como IPTU, ISS, ITBI e IRRF dos servidores públicos municipais, somado aos impostos transferidos pela União e Estado, como FPM[1], ITR, ICMS, IPVA, IPI/Exportação, ITCMD.

O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, por intermédio do Manual de Gestão Financeira de Prefeituras e Câmaras Municipais (São Paulo, 2021, p. 66-69), elenca algumas despesas que não devem compor o percentual mínimo de 25% (vinte e cinco por cento) e que, se forem consideradas para esse fim, podem gerar Parecer Prévio desfavorável, sendo elas: despesas com pessoal em desvio de função; despesas com alimentação infantil e uniforme escolar; insumos e equipamentos utilizados na merenda escolar; despesas com pessoal da merenda escolar terceirizada; construção e manutenção de bibliotecas, museus e ginásios esportivos; custos proporcionais da Secretaria Municipal da Educação com transporte e bolsas de estudo para alunos do ensino médio e superior; aquisições globais de bens e serviços que também servem a vários outros setores da Administração (p. ex.: combustíveis, material de escritório ou de limpeza, peças de reposição da frota); despesas empenhadas em dotações estranhas às da educação; aquisição de veículos escolares sem as condições exigidas no Código Brasileiro de Trânsito; vale-refeição, cesta-básica, vale-transporte nos 70% do FUNDEB destinados aos profissionais da educação básica; entre outras despesas irregulares.

Nota-se que o objetivo do constituinte não é apenas a aplicação dos percentuais mínimos na educação. Pois é necessário que a educação infantil e o ensino fundamental sejam oferecidos de forma regular e obrigatórios, sob pena de responsabilidade do Prefeito.

1 Fundo de Participação dos Municípios (art. 159, I, “d” e “e”, da Constituição da República).

REVISTA DO DIREITO PÚBLICO, Londrina, v. 20, n. 2, p. 11-26, ago. 2025. DOI: 10.5433/1980-511X.2025.v20.n2.45854.

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

> [...] o oferecimento do ensino obrigatório não está limitado ou vinculado ao investimento do percentual constitucional mínimo em educação. Explica-se melhor. Ainda que os recursos correspondentes aos percentuais mínimos fixados pela Constituição tenham sido efetivamente aplicados, se persistir o oferecimento irregular ou a falta do ensino obrigatório, tal circunstância continua a acarretar a responsabilidade da autoridade competente (Barcellos, 2002, p. 176).

Assim, tem-se que, além da não aplicação anual do mínimo constitucionalmente exigido na educação, é possível verificar que a utilização de recursos destinados à educação para a realização de despesas estranhas às finalidades constitucional e legalmente previstas podem ensejar a emissão de Parecer Prévio desfavorável pela Corte de Contas.

2.2 Não aplicação do mínimo constitucional na saúde

O art. 198, §2º da Constituição das República (Brasil, 1988), incluído pela Emenda Constitucional nº 29/2000 (Brasil, 2000), estabelece que os Municípios devem aplicar, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, I, "b" e §3º da Constituição das República (Brasil, 1988). Além disso, o inciso I do §3º do art. 198 da Carta Magna (Brasil, 1988) estabelece que compete à Lei Complementar, a ser reavaliada a cada 5 anos, estabelecer esses percentuais mínimos.

Para dar concretude ao referido comando normativo, a Emenda Constitucional nº 29/2000 (Brasil, 2000) incluiu o art. 77 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) onde, em seu inciso III, ficou estabelecido que até o exercício financeiro de 2004, os recursos mínimos aplicados pelos Municípios nas ações e serviços públicos de saúde serão de 15% (quinze por cento). Além disso, o §3º do art. 77 do ADCT estabelece que, na ausência da Lei Complementar específica, a partir do exercício financeiro de 2005, aplicar-se-á à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios o percentual estabelecido em suas disposições, ou seja, o limite mínimo de 15%.

Foi somente em 2012 que a surgiu a Lei Complementar referida no inciso I do §3º do art. 198 da Constituição das República (Brasil, 1988), a saber, a Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012 (Brasil, 2012), estabelecendo, em seu art. 7º, que os Municípios aplicarão anualmente em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 15% (quinze por cento) da arrecadação dos impostos próprios (IPTU, ISS, ITBI e IRRF dos servidores públicos municipais) e dos recursos provenientes de transferências constitucionais (FPM, ITR, ICMS, IPVA, IPI/Exportação, ITCMD).

Esse longo período entre a publicação da Emenda Constitucional nº 29/2000 (Brasil, 2000) e a criação da Lei Complementar nº 141/2012 (Brasil, 2012) demonstrou a despreocupação do Poder Público em implementar de forma adequada políticas públicas de saúde no Brasil. Tanto é assim que, se não fosse pela regra transitória prevista no art. 77 do ADCT, os dispositivos da Constituição da República dando tratamento ao direito à saúde, incluídos pela Emenda Constitucional nº 29/2000 (Brasil, 2000), acabariam se tornando normas com eficácia totalmente limitada (Pinto, 2017, p. 119).

O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (2021, p. 73-74) elenca algumas despesas que não devem compor o percentual mínimo de 15% (quinze por cento) e que, se forem consideradas para esse fim, podem gerar Parecer Prévio desfavorável, sendo elas: despesas com pessoal em desvio de função; planos fechados de saúde para servidores; aquisições globais de bens e serviços, que também servem vários outros setores da Administração (p. ex.: material de escritório, limpeza, combustíveis, reparos em viaturas); limpeza urbana e remoção de resíduos sólidos (lixo), entre outras despesas irregulares.

Assim, percebe-se que, da mesma forma como ocorre com a educação, além da não aplicação anual do mínimo constitucionalmente exigido na saúde, é possível verificar que a utilização de recursos destinados à saúde para a realização

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

de despesas estranhas às finalidades constitucional e legalmente previstas podem resultar na irregularidade das contas do Prefeito perante o Tribunal de Contas.

2.3 Superação do limite de despesa com pessoal

O art. 169, caput, da Constituição das República (Brasil, 1988) estabelece que a despesa com pessoal ativo e inativo e pensionistas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não pode exceder os limites estabelecidos em Lei Complementar.

Para dar concretude ao dispositivo constitucional supracitado, em 4 de maio de 2000 foi publicada a Lei Complementar nº 101 (Brasil, 2000), tendo recebido a alcunha de "Lei de Responsabilidade Fiscal" (LRF). O art.19, caput, do referido diploma dispõe que, nos Municípios, a despesa total com pessoal, em cada período de apuração, não poderá exceder 60% (sessenta por cento) da receita corrente líquida[2]. Em complemento, o art. 20, III, da mesma Lei Complementar estabeleceu que a divisão do limite de 60% (sessenta por cento) não poderá exceder, na esfera municipal, o montante de 54% (cinquenta e quatro por cento) para o Poder Executivo e de 6% (seis por cento) para o Poder Legislativo (Brasil, 2000).

Além disso, o caput do art. 22 da LRF exige que a verificação do cumprimento dos limites estabelecidos nos arts. 19 e 20 seja realizada ao final de cada quadrimestre (em abril, agosto e dezembro) (Brasil, 2000). A título de informação, Harrisson Leite (2016, p. 328) ensina que "[...] esse limite de despesa tem como referência a despesa do mês analisado (mês em referência) com as dos últimos onze meses imediatamente anteriores. Aqui a importância do parâmetro, pois não se analisa pura e simplesmente a despesa do ano civil".

A Lei Complementar nº 101/2000 (Brasil, 2000) também trouxe, no art. 59, §1º, II, o "limite de alerta", ou seja, sempre que o Tribunal de Contas verificar que o montante da despesa total com pessoal ultrapassou 90% (noventa por cento) do limite previsto (que, no Município, seria 48,6% para o Executivo e 5,4% para o Legislativo, considerando-se a receita corrente líquida), deverá emitir um "alerta" aos Poderes ou Órgãos referidos no art. 20.

Continuando na preservação da prudência fiscal, o parágrafo único do art. 22 da Lei Complementar nº 101/2000 (Brasil, 2000) trouxe o "limite prudencial". Assim, se a despesa total com pessoal exceder a 95% do limite previsto (que, no Município, seria 51,3% para o Executivo e 5,7% para o Legislativo, considerando-se a receita corrente líquida), os Poder ou Órgão referido no art. 20 que houver incorrido no excesso estão proibidos de: conceder vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração a qualquer título, salvo os derivados de sentença judicial ou de determinação legal ou contratual, ressalvada a revisão prevista no inciso X do art. 37 da Constituição da República (Brasil, 1988); criar cargo, emprego ou função; alterar a estrutura de carreira que implique aumento de despesa; prover cargo público, admitir ou contratar pessoal a qualquer título, ressalvada a reposição decorrente de aposentadoria ou falecimento de servidores das áreas de educação, saúde e segurança; contratar de hora extra, salvo no caso do disposto no inciso II do §6o do art. 57 da Constituição da República (Brasil, 1988) e as situações previstas na Lei de Diretrizes Orçamentárias.

Percebe-se que o "limite de alerta" não se confunde com o "limite prudencial", pois o primeiro é emitido quando o total da despesa com pessoal atinge 90% (noventa por cento) do limite e não acarreta qualquer restrição ao Poder ou Órgão. Já o segundo é emitido quando o total da despesa com pessoal atinge 95% (noventa e cinco por cento) do limite e, além disso, vem acompanhado de uma série de restrições (Pascoal, 2015, p. 98).

2 O conceito de receita corrente líquida é anunciado pelo art. 2º, IV da Lei Complementar nº 101/2000:
Art. 2º. Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se como:
IV - receita corrente líquida: somatório das receitas tributárias, de contribuições, patrimoniais, industriais, agropecuárias, de serviços, transferências correntes e outras receitas também correntes, deduzidos:
a) na União, os valores transferidos aos Estados e Municípios por determinação constitucional ou legal, e as contribuições mencionadas na alínea a do inciso I e no inciso II do art. 195, e no art. 239 da Constituição;
b) nos Estados, as parcelas entregues aos Municípios por determinação constitucional;
c) na União, nos Estados e nos Municípios, a contribuição dos servidores para o custeio do seu sistema de previdência e assistência social e as receitas provenientes da compensação financeira citada no §9º do art. 201 da Constituição (Brasil, 2000).

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

Porém, mesmo após ser notificado sobre os limites "de alerta" e "prudencial", caso o Poder ou Órgão continue gastando desenfreadamente e supere o teto de gasto total com pessoal previstos no art. 19 c/c o art. 20 da LRF, além das restrições previstas no parágrafo único do art. 22 da Lei Complementar nº 101/2000 (Brasil, 2000), o caput do art. 23 da mesma Lei Complementar estabelece o dever de eliminação do percentual excedente nos 8 meses seguintes, sendo que pelo menos 1/3 (um terço) do excesso deve ser eliminado já nos primeiros 4 meses e, para isso, é aconselhável que se adote as providências previstas nos §§ 3º e 4º do art. 169 da Constituição da República (Brasil, 1988), a saber: 1º) Redução de, no mínimo, 20% dos cargos em comissão e das funções de confiança; 2º) Exoneração dos servidores não estáveis e; 3º) Exoneração dos servidores estáveis.

Contudo, se durante esses 2 quadrimestres o Poder ou Órgão não conseguir reduzir o excedente e retornar ao limite total de gasto, o art. 23, §3º da Lei Complementar nº 101/2000 (Brasil, 2000) determina a imposição de algumas sanções (proibição de: receber transferências voluntária; obter garantia, direta ou indireta, de outro Ente e; contratar operações de crédito), salvo se ocorrer as situações previstas nos §§ 5º e 6º do mesmo art. 23, incluídos na LRF pela Lei Complementar nº 164/2018 (Brasil, 2018).

Intrigante é a situação da Revisão Geral Anual, pois o parágrafo único do art. 22 da LRF considera tal instituto como uma exceção às restrições impostas ao Poder ou Órgão quando atingido o limite prudencial (95%), porém, se optar por concedê-la, o gestor público poderá ultrapassar o limite total de gasto com pessoal previsto nos art. 20. Nesse caso, como o gestor deve proceder? Para responder essa indagação, transcreve-se abaixo as lições de Harrison Leite.

> Sendo assim, por cumprir uma norma, a de que o reajuste (revisão geral anual) é direito do servidor e deve ser dado independente do limite prudencial, o gestor acaba por infringir outra, a do limite total de gastos com pessoal. Essa violação, por implicar rejeição de suas contas, deve ser sopesada, no sentido de a regra permissiva do reajuste não ser aplicada na hipótese que o limite máximo de 54%, no caso dos entes municipais, resta atingido. Assim, enquanto não ultrapassado o teto, o reajuste serve de exceção ao limite prudencial. Alcançando-o, até os reajustes restam mitigados, sob pena de se levar o gestor a ter verdadeiras sanções políticas e jurídicas pelo próprio cumprimento da norma legal (Leite, 2016, p. 332).

Diante das regras estabelecidas no ordenamento jurídico e dos argumentos supracitados, é possível reconhecer que o gestor público deve primar pelo Princípio da Prudência Fiscal, sendo cauteloso em relação aos gastos com folha de pagamento de pessoal, sob pena de, em casos de irresponsabilidade fiscal, ultrapassar os limites legais impostos e, assim, receber um Parecer Prévio atestando a irregularidade de suas contas.

2.4 Repasse excessivo à Câmara Municipal

De forma resumida, o art. 168 da Constituição da República (Brasil, 1988) estabelece que os recursos correspondentes às dotações orçamentárias destinados ao Poder Legislativo devem ser repassados até o dia 20 de cada mês na forma de duodécimos. Para Costa (2001, p. 104), duodécimo seria "[...] a transferência mensal feita pelo Executivo, obrigatoriamente até o dia 20 de cada mês, dos recursos correspondentes às dotações orçamentárias destinadas aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário e do Ministério Público".

Especificamente em relação aos Municípios, o art. 29-A da Constituição da República (Brasil, 1988) dispõe que o duodécimo a ser transferido para a Câmara Municipal corresponde a determinado percentual (7%, 6%, 5%, 4,5%, 4% e 3,5%), a depender da quantidade de habitantes no Município, tendo, como base de cálculo a soma da receita tributária própria e das transferências constitucionais (arts. 153, §5º, 158 e 159 da Constituição da República) (Brasil, 1988) efetivamente realizada no exercício financeiro anterior.

> Depreende-se ainda da análise dos arts. 29-A e 168 que os recursos a serem repassados pelo Poder Executivo à Câmara Municipal, sob a forma de duodécimos mensais, são os valores aprovados no orçamento municipal ou aqueles que o modificam, e não os valores financeiros, gerados a partir da execução orçamentária do exercício anterior. Em outras palavras, a base de cálculo, no momento de elaboração da lei orçamentária, para o cálculo do montante de recurso disponível para o financiamento das atividades desempenhadas

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

> pelo Executivo, será a receita efetivamente realizada no exercício anterior, devendo, pois, ser essa receita usada no cálculo do duodécimo a ser repassado às Câmaras Municipais no exercício seguinte (Biondini; Duarte, 2019, p. 93).

Além disso, o §2º do art. 29-A Constituição da República (Brasil, 1988) tipifica como crime de responsabilidade do Prefeito Municipal as condutas de: efetuar repasse que supere os limites definidos pela Constituição da República; não enviar o repasse até o dia vinte de cada mês; ou enviá-lo a menor em relação à proporção fixada na Lei Orçamentária.

Assim, resta claro que se o Prefeito repassar à Câmara Municipal, à título de duodécimo, valores superiores àqueles resultantes do cálculo em percentual realizado com base no caput e incisos do art. 29-A da Constituição da República (Brasil, 1988), além de incorrer em crime de responsabilidade, certamente terá suas contas rejeitadas pelo Parecer Prévio do Tribunal de Contas.

2.5 Déficit orçamentário

O orçamento público nada mais é do que a previsão para a arrecadação de receitas e realização despesas do Poder Público, geralmente fixada para o exercício financeiro. Para Loureiro, Santin e Lima (2020, p. 30), "[...] o orçamento é o instrumento adequado para previsão de gastos públicos, contendo a discriminação dos propósitos e das ações de governo, tais como melhoramentos nas áreas da educação e saúde".

Assim, os problemas de déficit orçamentário estão diretamente relacionados à execução do orçamento público. Porém, antes de se analisar o déficit orçamentário propriamente dito, faz-se oportuno estudar o Princípio do Equilíbrio Orçamentário, que trata do balanço ideal que deve existir entre receita e despesa pública.

A Lei nº 4.320/1964 (Brasil, 1964), no §1º do art. 7º, faz menção a este Princípio ao estabelecer que, em casos de déficit, a Lei Orçamentária indicará as fontes de recursos a serem utilizadas pelo Poder Executivo para atender a sua cobertura. No mesmo sentido, a Lei Complementar nº 101/2000 (LRF) emprega o referido Princípio em seu art. 4º, I, "a" (a Lei de Diretrizes Orçamentárias disporá sobre o equilíbrio entre receitas e despesas) e, também, no art. 9º (verificando-se que, ao final de um bimestre, houve queda na arrecadação das receitas previstas, deve-se promover, nos 30 dias seguinte, limitação de empenho e movimentação financeira) (Brasil, 2000). Nota-se que, para reforçar o Princípio do Equilíbrio Orçamentário, a LRF estabelece que, sempre que houver aumento das despesas continuadas, deve-se adotar medidas para elevar as receitas de forma permanentes, visando obter uma compensação (Luque; Silva, 2004, p. 418).

Diante das normas legais supracitadas, pode-se conceituar o Princípio do Equilíbrio Orçamentário como sendo um balanço equilibrado entre despesas e receitas públicas, de modo a não se arrecadar mais do que se gasta, nem gastar mais do que se arrecada. Para Oswaldo Maldonado Sanches (2004, p. 141), trata-se de "[...] princípio orçamentário, de natureza complementar, segundo o qual, no orçamento público, deve haver equilíbrio financeiro entre receita e despesa". No mesmo sentido, Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2000, p. 88) leciona que "[...] este princípio está vocacionado à sustentação de uma qualidade indispensável na gestão financeiro-orçamentária, que é a relação estável entre os elementos fundamentais do crédito público, das despesas públicas e do endividamento público".

Então, é preciso que a execução do orçamento público seja equilibrada, ou seja, o ideal é que as receitas arrecadas sejam equivalestes às despesas realizadas. Partindo desta premissa, se as receitas estimadas superam as despesas autorizadas, tem-se o superávit orçamentário, que também não é desejado, já que esta receita excedente poderia ser melhor distribuída para a formulação e execução de políticas públicas objetivando a realização mais digna dos direitos fundamentais, principalmente aqueles de caráter social. Por outro lado, quando as receitas estimadas são inferiores às despesas autorizadas, ocorre o déficit orçamentário, gerando uma situação crítica do ciclo orçamentário, que demanda o contingenciamento de despesas, conforme determinação do art. 9º da LRF e, ainda, acarreta um desfalque na prestação de serviços públicos à sociedade, comprometendo,

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

assim, o Princípio da Eficiência na prestação de serviços públicos, já que, segundo Valter Foleto Santin (2013, p. 81), "[...] o princípio da eficiência decorre da conjugação da eficiência da gestão orçamentária, financeira e patrimonial (art. 74, II, da Constituição da República) [...]".

> O desequilíbrio orçamentário verifica-se: (a) quando o montante da despesa autorizada for superior à receita estimada), ocorrendo aí o déficit; (b) quando a estimativa da receita supera a despesa autorizada, caso em que se tem superávit. Ambas as formas eram e ainda são condenadas, mas a primeira é que se tinha (e se tem, ainda) como grave (Silva, 2016, p. 754).

Assim, o gestor público deve evitar o déficit orçamentário porque, caso evidenciado tal situação, o Tribunal de Contas certamente emitirá Parecer Prévio opinando pela rejeição das contas, tanto por violação das disposições da Lei nº 4.320/1964 (Brasil, 1964) e da Lei Complementar nº 101/2000 (Basil, 2000), quanto pelo desrespeito ao Princípio da Eficiência.

2.6 Falta de repasse previdenciário

Atualmente, o Brasil possui dois Regimes de Previdência, o Regime Geral (previsto no arts. 201 e 202 da Constituição da República) e administrado pelo INSS) e o Regime Próprio (com previsão no art. 40 da Constituição da República) e gerido pela Administração indireta do Ente que, geralmente, é uma Autarquia) (Brasil, 1988).

> O Direito brasileiro conhece dois regimes previdenciários distintos, conhecidos, respectivamente, por Regime Geral de Previdência Social (RGPS) e Regime Próprio de Previdência Social (RPPS). O primeiro, dos trabalhadores da iniciativa privada e algumas modalidades de servidores públicos, entre os quais os ocupantes de empregos públicos, cargos temporários e cargos em comissão (que não sejam efetivos da administração), além dos ocupantes de mandato eletivo. O RPPS é típico do servidor público estrito senso, ou seja, investido em cargo público, após concurso regular, a eles equiparando-se os membros de poder e os titulares de cargos do Ministério Público. O RGPS reporta-se aos arts. 201 e segs. da Constituição Federal, enquanto o RPPS se acha previsto no art. 40 da mesma Carta Magna (Felipe, 2019, p. 94).

Tanto a Lei nº 8.212/1991 (Brasil, 1991), que regulamenta o Regime Geral de Previdência Social (RGPS), quanto a Lei nº 9.717/1998 (Brasil, 1998), que traça as normas gerais do Regime Próprio de Previdência Social (RPPS), estabelecem uma quota de contribuição previdenciária a ser paga pelo empregador (contribuição patronal) e outra a ser paga pelo empregado/servidor público (contribuição funcional). Assim, caso o Prefeito não efetue o repasse das quotas patronais e funcionais à respectiva Entidade gestora do regime previdência (INSS ou Fundo de Previdência municipal), haverá um aumento da dívida municipal, acarretando prejuízos ao Município, já que não conseguirá obter o Certificado de Regularidade Previdenciária e, assim, estará impedido de receber transferências voluntárias da União e empréstimos de instituições federais, bem como não conseguirá realizar a compensação financeira entre regimes de previdência.

Para o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (2021, p. 59), "[...] parcelamentos posteriores dessa lacuna, em regra, não solvem o desacerto, conquanto, no ano de competência, a omissão restou patente, fazendo aumentar a dívida municipal, o que, no futuro, compromete o financiamento de programas governamentais".

Ainda, o Código Penal (Brasil, 1940), em seu art. 168-A, tipifica como crime de apropriação indébita previdenciária, punido com reclusão, de 2 a 5 anos e multa, a conduta de "[...] deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional".

Por fim, não bastasse a conduta criminosa, a falta de repasse previdenciário ainda enseja motivo relevante para que a Corte de Contas elabore Parecer Prévio opinando pela irregularidade das contas anuais do Prefeito Municipal.

2.7 Inclusão de despesas em restos a pagar sem cobertura no final do mandato

O caput do art. 42 da Lei Complementar nº 101/2000 (Brasil, 2000) dispõe que, nos últimos 08 meses do mandato, é proibido contrair obrigação de despesa que não possa ser cumprida integralmente dentro do exercício financeiro, ou

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

que tenha parcelas a serem pagas no exercício financeiro seguinte sem que haja suficiente disponibilidade de caixa para isto.

Então, no último ano de mandato, entre os meses de maio e dezembro, o Prefeito deve quitar as despesas que já foram empenhadas e liquidadas ou, então, não sendo possível o pagamento integral dentro do exercício financeiro, deve reservar disponibilidade de caixa para que assim o faça o próximo mandatário. Caso não proceda dessa forma, o Prefeito está criando despesa sem cobertura suficiente de caixa para pagamento e, consequentemente, transferindo mais dívida ao seu sucessor.

Ao realizar uma despesa pública nos últimos 8 meses do mandato e, não havendo tempo hábil para pagamento naquele mesmo exercício financeiro, mas havendo disponibilidade de caixa para tanto, deve o Prefeito determinar a inclusão dessa despesa nos "restos a pagar". Conforme definição trazida pelo art. 36, da Lei nº 4.320/1964 (Brasil, 1964), consideram-se restos a pagar as despesas empenhadas mas não pagas até o dia 31 de dezembro, distinguindo-se as processadas (despesas liquidadas e não pagas) das não processadas (despesas não liquidadas e não pagas).

No que tange ao art. 42 da LRF (Brasil, 2000), o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (2021, p. 77) assim entende:

> Tal preceito alcança, somente, despesas empenhadas e liquidadas nos oito últimos meses do mandato e, não, os compromissos que se realizarão, fisicamente, somente nos anos seguintes;
>
> Da disponibilidade de caixa são excluídos os dinheiros estritamente vinculados: os do regime próprio de previdência e os relativos a débitos extraorçamentários (depósitos de terceiros, consignações, débitos de tesouraria, entre outros);
>
> O cancelamento de empenhos aptos a pagamento (liquidados) é prática absolutamente irregular; distorce os fundamentais resultados contábeis e, se feito, enseja retificações da Fiscalização e, na maioria dos casos, parecer desfavorável desta Corte de Contas;

Caso o Prefeito inclua despesas em restos a pagar nos últimos meses do mandato sem suficiente disponibilidade de caixa para pagamento, incorrerá no crime previsto no art. 359-C do Código Penal (Brasil, 1940), que prevê pena de reclusão de 1 a 4 anos para aquele que ordenar ou autorizar a assunção de obrigação, nos 2 últimos quadrimestres do último ano do mandato, cuja despesa não possa ser paga no mesmo exercício financeiro ou, caso reste parcela a ser paga no exercício seguinte, que não tenha contrapartida suficiente de disponibilidade de caixa.

Além disso, o descumprimento do art. 42 da LRF (Brasil, 2000) demonstra um relevante crescimento da despesa líquida a ser paga pelo Ente e, portanto, diante da irregularidade orçamentária verificada, dá ensejo ao Parecer Prévio desfavorável pelo Tribunal de Contas.

3 CONSEQUÊNCIAS DA REPROVAÇÃO DAS CONTAS DOS PREFEITOS

Em que pese algumas divergências existentes no âmbito dos Tribunais de Contas, já ficou estabelecido que, por força do julgamento do Recurso Extraordinário 848.826/CE (Brasil, 2017), o Tribunal Pleno do STF fixou a tese de que, para fins de inelegibilidade, o órgão competente para o julgamento das contas do Prefeito, tanto as de governo quanto as de gestão, é a Câmara Municipal.

Porém, para a realização completa do controle externo sobre as contas do Prefeito, antes do julgamento realizado pela Câmara Municipal, é necessária uma análise prévia pelo Tribunal de Contas. Assim, caso o Tribunal de Contas constate vícios insanáveis e emita Parecer Prévio pela irregularidade das contas, uma série de consequências podem atingir o Prefeito, a saber: imputação de multa, ato de improbidade administrativa, ressarcimento do dano causado ao erário, crime comum, crime de responsabilidade e inelegibilidade.

No que tange à aplicação de multa, sua possibilidade está chancelada nas Leis Orgânicas do Tribunal de Contas da União (Brasil, 1991, art. 57) e dos Tribunais de Contas dos Estados. A multa aplicada pelo Tribunal de Contas através do Acórdão de Parecer Prévio é um título executivo extrajudicial, podendo ser executado pelas regras do Código de Processo Civil. Isso significa que não é

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

obrigatório sua inscrição em Dívida Ativa, mas, caso haja a opção por inscrevê-la, será executada nos termos da Lei nº 6.830/1980 (Brasil, 1980)[3].

Quanto à legitimidade para a execução da multa aplicada pelo Tribunal de Contas do Estado, tem prevalecido o entendimento (p. ex.: Agravo regimental no Recurso Extraordinário 606.306/RS, 1ª Turma do STF) de que compete ao Ente público beneficiário da condenação (no caso, o Município). Porém, há quem sustente que, em razão da multa ter sido aplicada por um órgão estadual, o Estado teria legitimidade para executá-la[4]. Em razão dessa divergência, o STF reconheceu o tema como sendo de Repercussão Geral (Tema 642)[5]. Até a presente data (18/05/2021), votaram a favor da legitimidade do Estado os Ministros Marco Aurélio e Edson Fachin e, ao contrário, votaram a favor da legitimidade do Município os Ministros Alexandre de Moraes, Rosa Weber, Luís Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski. O processo encontra-se suspenso em razão de pedido de vista do Ministro Gilmar Mendes.

Por outro lado, é pacífico no âmbito do STF o entendimento de que o Ministério Público não possui legitimidade para a execução da multa aplicada pelo Tribunal de Contas[6]. Da mesma forma, a própria Corte de Contas também não detém esta legitimidade[7].

Também é possível que o Prefeito cujas contas foram julgadas irregulares responda por ato de improbidade administrativa. Para isso, basta que a conduta viciada na administração ou gestão das contas seja dolosa e se amolde a alguma daquelas descritas nos arts. 9º, 10, ou 11 da Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992 (Brasil, 1992) e, caso isso ocorra, poderá sofrer alguma(s) ou todas as sanções previstas no art. 12 do mesmo diploma legal, desde que condenado de forma definitiva e irrecorrível.

Quanto ao ressarcimento integral do dano, o art. 12 da Lei nº 8.429/1992 (Brasil, 1992) já prevê esta consequência, mas desde que a conduta irregular na administração ou gestão das contas configure ato de improbidade administrativa. Porém, caso a falha na prestação de contas não esteja tipificada como ato de improbidade administrativa, mas tenha causado, de alguma forma, prejuízos ao patrimônio público, é possível que o Ente público prejudicado e/ou o Ministério Público ajuízem Ação Civil Pública visando o ressarcimento do dano causado. Inclusive, neste ponto, o STF já entendeu que é prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas[8], desde que a conduta não configure ato doloso tipificado na Lei como de improbidade administrativa, ocasião em que a pretensão seria imprescritível[9].

Pode acontecer também de a conduta irregular na prestação de contas do Prefeito estar tipificada como crime no Código Penal (Brasil, 1940), principalmente entre os arts. 359-A à 359-H, que tratam dos crimes contra as finanças públicas. Além disso, pode acontecer de, indiretamente a ação ou omissão do gestor público se amoldar a alguns dos tipos penais previstos entre o art. 312 e 326 do Código Penal (Brasil, 1940).

É possível ainda que o Prefeito responda por crime de responsabilidade, de competência do Poder Judiciário, desde que a conduta geradora da irregularidade de suas contas se relacione às disposições constantes dos incisos do art. 1º do Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967 (Brasil, 1967). Porém, se a conduta viciada na administração ou gestão das contas se subsumir às disposições descritas nos incisos do art. 4º do mesmo Decreto-Lei, o Prefeito poderá responder por infração político-administrativa, cuja competência para julgamento é da Câmara Municipal, podendo acarretar a cassação do mandato.

3 STJ. REsp 1390993/RJ. 2ª Turma. Rel.: Min. Mauro Campbell Marques, julg. 10/09/2013, DJe 17/09/2013.

4 TJMG. AC 10396110022664001. 8ª Câm. Cív. Rel.: Des. Carlos Roberto de Faria, julg. 08/02/2018, Pub. 26/02/2018.

5 STF. RE 1.003.433/RJ, Tema 642: "Definição do legitimado para a execução de crédito decorrente de multa aplicada por Tribunal de Contas Estadual a agente público municipal, em razão de danos causados ao erário municipal".

6 STF. ARE 791.577 AgR/MA, 2ª Turma, Rel.: Min. Ricardo Lewandowski, julg. 12/08/2014, pub. DJe 21/08/2014.

7 STF. AI 826.676 AgR/MG. 2ª Turma. Rel.: Min. Gilmar Mendes, julg. 08/02/2011, pub. DJe 24/02/2011.

8 STF. RE 636.886/AL. Plenário. Rel.: Min. Alexandre de Moraes, julg. 20/04/2020, pub. DJe 24/06/2020.

9 STF. RE 852.475/SP. Plenário. Rel.: Min. Alexandre de Moraes, julg 08/08/2018, pub. DJe 23/01/2019.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

Por fim, o Prefeito pode ainda ter, como consequência pela irregularidade de suas contas, uma das piores sanções aplicáveis ao agente político, que é a inelegibilidade. Assim, de acordo com o art. 1º, I, "g" da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990 (Brasil, 1990), alterado pela Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010 (Brasil, 2010), são inelegíveis, para qualquer cargo, os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição.

Percebe-se, pelo texto legal, que não é qualquer reprovação das contas que enseja a inelegibilidade, ou seja, para suspensão dos direitos políticos passivos do Prefeito, é necessário que a reprovação das contas esteja alinhada a 4 outros fatores: 1º) Que essa irregularidade seja insanável; 2º) Que essa irregularidade configure ato doloso de improbidade administrativa; 3º) Que a reprovação das contas tenha sido realizada pela Câmara Municipal em decisão irrecorrível; 4º) Que a decisão da Câmara Municipal que reprovou as contas não tenha sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário.

Quanto à expressão "irregularidade insanável", tem-se que:

> Uma irregularidade é dita insanável quando não puder ser convalidada. Ou seja, quando se tratar de irregularidade que não envolva apenas violação a aspectos formais, mas que está contida na essência do próprio ato examinado, impossível de ser corrigida [...] Observa-se que o traço distintivo de uma irregularidade sanável de outra dita insanável está, portanto, não apenas vinculada à questão da correção do ato, mas também na nota de má-fé por parte do agente (Freitas, 2010, p. 10-11).

Ante o exposto, percebe-se que são inúmeras as possíveis consequências advindas das irregularidades praticadas pelo Prefeito na administração e/ou gestão das contas do Município, as quais podem incidir de forma isolada ou combinada e, ainda variar em sua gradação, a depender se a irregularidade se caracteriza como leve, média, grave ou gravíssima.

CC BY NC ND

REVISTA DO DIREITO PÚBLICO, Londrina, v. 20, n. 2, p. 11-26, ago. 2025. DOI: 10.5433/1980-511X.2025.v20.n2.45854.

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

CONCLUSÃO

No que tange às principais causas e consequências da reprovação das contas públicas prestadas por Prefeitos, percebe-se que o tema passa por caminhos certa vezes tormentosos, já que sempre houve debate doutrinário e jurisprudencial sobre o órgão competente para realizar o julgamento das referidas contas, tendo sido a referida questão decidida apenas em 2016, no julgamento do Recurso Extraordinário 848.826/CE (Brasil, 2017), ocasião em que o STF firmou a competência da Câmara Municipal para julgar as contas de governo e de gestão prestadas por Prefeitos.

Em relação às causas mais frequentes que ensejam a emissão de Parecer Prévio pela Corte de Contas apontando a irregularidade das contas dos Prefeitos, percebe-se que grande parte dos motivos se relacionam ao descumprimento de comandos constitucionais e legais, somados à violação de Princípios da Administração Pública (moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência). Inclusive, atualmente, a eficiência vem sendo constantemente exigida dos administradores públicos, pois é necessário que a gestão pública consiga atingir os melhores resultados a partir do emprego de menor quantidade de recursos possíveis.

Já em relação às consequências da reprovação das contas dos Prefeitos, nota-se a preocupação em se criar mecanismos que, além de sancionatórios, sirvam como medidas pedagógicas, no sentido de influenciar o administrado público a agir sempre da melhor forma e com a máxima correção e licitude possível, evitando-se, assim, causar danos ao patrimônio público para que, ao final, o maior beneficiário seja a coletividade. Além disso, ao realizar uma administração responsável, fazendo sempre o melhor uso dos recursos públicos, o Prefeito certamente terá suas contas julgadas regulares e, assim, escapará das consequências trágicas advindas da reprovação das contas.

Neste sentido, conclui-se que, ao gerir a máquina administrativa, utilizando recursos públicos, o Prefeito deve sempre cumprir os comandos constitucionais e legais e, ainda, observar e seguir os Princípios atinentes à Administração Pública, para, assim, alcançar o principal objetivo de uma gestão de qualidade, que é a satisfação do interesse público.

CC BY NC ND

REVISTA DO DIREITO PÚBLICO, Londrina, v. 20, n. 2, p. 11-26, ago. 2025. DOI: 10.5433/1980-511X.2025.v20.n2.45854.

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BIONDINI, Isabella Virgínia Freire; DUARTE, Lídia Cristina Duarte. A transferência do duodécimo ao poder legislativo municipal: divergentes entendimentos sobre sua forma de apuração. Cadernos da Escola do Legislativo, Belo Horizonte, v. 21, n. 36, p. 73-110, jul./dez. 2019. Disponível em: https://cadernosdolegislativo.almg.gov.br/cadernos-ele/article/view/374. Acesso em: 8 abr. 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 5 abr. 2021.

BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 8 abr. 2021.

BRASIL. Decreto-lei n. 201, de 27 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a responsabilidade dos prefeitos e vereadores, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1967. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0201.htm. Acesso em: 5 abr. 2021.

BRASIL. Emenda constitucional n. 108, de 26 de agosto de 2020. Altera a constituição federal para estabelecer critérios de distribuição da cota municipal do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS), para disciplinar a disponibilização de dados contábeis pelos entes federados, para tratar do planejamento na ordem social e para dispor sobre o fundo de manutenção e desenvolvimento da educação básica e de valorização dos profissionais da educação (Fundeb); altera o ato das disposições constitucionais transitórias; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc108.htm. Acesso em: 5 abr. 2021.

BRASIL. Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em: 5 abr. 2021.

BRASIL. Lei complementar n. 135, de 4 de junho de 2010. Altera a lei complementar no 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9o do art. 14 da constituição federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato. Brasília, DF: Presidência da República, 2010. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp135.htm. Acesso em: 5 abr. 2021.

BRASIL. Lei Complementar n. 141, de 13 de janeiro de 2012. Regulamenta o § 3o do art. 198 da constituição federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das leis nos 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de 1993; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp141.htm. Acesso em: 5 abr. 2021.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

BRASIL. Lei complementar n. 164, de 18 de dezembro de 2018. Acrescenta §§ 5. e 6. ao art. 23 da lei complementar n. 101, de 4 de maio de 2000 (lei de responsabilidade fiscal), para vedar a aplicação de sanções a Município que ultrapasse o limite para a despesa total com pessoal nos casos de queda de receita que especifica. Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp164.htm. Acesso em: 5 abr. 2021.

BRASIL. Lei complementar n. 64, de 18 de maio de 1990. Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9. da constituição federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm. Acesso em: 12 abr. 2021.

BRASIL. Lei n. 4.320, de 17 de março de 1964. Estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e contrôle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1964. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4320.htm. Acesso em: 8 abr. 2021.

BRASIL. Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre a organização da seguridade social, institui plano de custeio, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm. Acesso em: 8 abr. 2021.

BRASIL. Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4. do art. 37 da constituição federal; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 5 abr. 2021.

BRASIL. Lei n. 9.717, de 27 de novembro de 1998. Dispõe sobre regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9717.htm. Acesso em: 8 abr. 2021.

BRASIL. Lei no 6.830, de 22 de setembro de 1980. Dispõe sobre a cobrança judicial da dívida ativa da fazenda pública, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1980. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6830.htm. Acesso em: 5 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 848.826/CE. Recurso extraordinário. prestação de contas do chefe do poder executivo municipal. parecer prévio do tribunal de contas. eficácia sujeita ao crivo parlamentar. competência da câmara municipal para o julgamento das contas de governo e de gestão. lei complementar 64/1990, alterada pela lei complementar 135/2010. inelegibilidade. decisão irrecorrível. atribuição do legislativo local. recurso extraordinário conhecido e provido. Requerente: José Rocha Neto. Requerido: Ministério Público Eleitoral. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 24 ago. 2017. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur371897/false. Acesso em: 5 abr. 2021.

COSTA, José Rubens. Manual do prefeito e do vereador: com pareceres sobre a lei de responsabilidade fiscal, subsídios, previdência e tributos. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

FELIPE, Jorge Franklin Alves. Previdência do servidor público: recentes alterações: a nova previdência complementar dos servidores federais e a emenda constitucional n. 70. Amagis Jurídica, Belo Horizonte, n. 7, p. 93-116, ago.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

2019. Disponível em: https://revista.amagis.com.br/index.php/amagis-juridica/article/view/153. Acesso em: 8 abr. 2021.

FREITAS, Adrian Soares Amorim de. A inelegibilidade decorrente da rejeição de contas por irregularidade insanável. Revista do TCU, Brasília, DF, n. 118, p. 7-16, maio/ago. 2010. Disponível em: https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/228. Acesso em: 12 abr. 2021.

FURTADO, José de Ribamar Caldas. Os regimes de contas públicas: contas de governo e contas de gestão. Revista do TCU, Brasília, DF, n. 109, p. 61-89, maio/ago. 2007. Disponível em: https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/438. Acesso em: 5 abr. 2021.

LEITE, Harrison. Manual de direito financeiro. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

LOUREIRO, Caio Marcio; SANTIN, Valter Foleto; LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. Remanejamento orçamentário entre elementos de despesa para atendimento ao mínimo existencial em época de pandemia. Revista de Direito Sociais e Políticas Públicas, Florianópolis, v. 6, n. 2, p. 19-39, jul./dez. 2020. DOI: http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2525-9881/2020.v6i2.7071.

LUQUE, Carlos Antonio; SILVA, Vera Martins da. A lei de responsabilidade na gestão fiscal: combatendo falhas de governo à brasileira. Revista de Economia Política, São Paulo, v. 24, n. 3, p. 413-432, jul./set. 2004. DOI: https://doi.org/10.1590/0101-35172004-1614.

MOREIRA NETO, Digo de Figueiredo. A lei de responsabilidade fiscal e seus princípios jurídicos. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 221, p. 71-93, jul. 2000. DOI: https://doi.org/10.12660/rda.v221.2000.47557.

PASCOAL, Valdecir. Direito financeiro e controle externo. 9. ed. São Paulo: Método, 2015.

PINTO, Élida Graziane. Financiamento dos direitos à saúde e à educação: uma perspectiva constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

SANCHES, Osvaldo Maldonado. Dicionário de orçamento, planejamento e áreas afins. 2. ed. Brasília, DF: OMS, 2004.

SANTIN, Valter Foleto. Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2013.

SÃO PAULO. Tribunal de Contas do Estado. Manual de gestão financeira de prefeituras e câmaras municipais. São Paulo: TCE, 2021. Disponível em: https://www.tce.sp.gov.br/sites/default/files/publicacoes/Manual_GestaoFinanceira_TCESP_2021.pdf. Acesso em: 5 abr. 2021.

SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

CC BY NC ND

DOI: 10.5433/1980-511X.2025.V20.N1.46597

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

SOBRE IMPARCIALIDADE JUDICIAL E TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA

JUDICIAL IMPARTIALITY AND COGNITIVE DISSONANCE THEORY

Simone de Sá Rosa Figueirêdo

Pós-doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Doutora e Mestra em Direito Penal pela Universidade Federal de Pernambuco. Professora do curso de Direito da Faculdade Damas Recife-PE e da Pós-graduação em Direito Penal e Processo Penal. Revisora da Revista Delictae - QUALIS A1. Membro de Corpo Editorial da Revista Ciências Criminais em Perspectiva. Avaliadora do MEC para cursos de Direito. Advogada. E-mail: simonedesarf@yahoo.com.br.

Vanessa Viana de Melo Wu

Especialista em Fundamentos Modernos do Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade Damas da Instrução Cristã. Graduada em Psicologia pela Faculdade Frassinetti do Recife. Graduada em Direito pela Faculdade Damas da Instrução Cristã. E-mail: vanessavianawu@gmail.com.

Como citar: FIGUEIRÊDO, Simone de Sá Rosa; WU, Vanessa Viana de Melo. Sobre imparcialidade judicial e teoria da dissonância cognitiva. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 20, n. 2, p. 27-44, ago. 2025. DOI: 10.5433/1980-511X.2025.v20.n2.46597. ISSN: 1980-511X.

Recebido em: 23/092022
Aceito em: 22/04/2025

Resumo: Este trabalho objetiva examinar a impossibilidade de aplicação plena do princípio da imparcialidade ao direito processual brasileiro, com base nas pesquisas da teoria da dissonância cognitiva. Para melhor compreensão do tema, a pesquisa trata primeiramente sobre a teoria da dissonância cognitiva e os motivos que impossibilitam a imparcialidade do juiz na dialética do sistema processual penal. Posteriormente analisa a tomada de decisão e a dinamicidade como mecanismo de interação humana, esclarecendo como as escolhas a nível inconsciente afetam o processo decisório. Ao final, a partir do substrato teórico trabalhado, a imparcialidade como exigência para a tomada de decisão à luz da teoria da dissonância cognitiva é defendida. O artigo utiliza metodologia descritiva, de natureza qualitativa. Por meio de uma pesquisa bibliográfica exploratória, apresenta reflexões sobre a imparcialidade do julgador na perspectiva normativa e prática, concluindo que há desconformidade entre as expectativas normativas e a ordem prática, o que acarreta prejuízos significativos ao sistema processual penal.

Palavras-chave: imparcialidade; teoria da dissonância cognitiva; tomada de decisão.

Abstract: This paper examines the inherent difficulty of fully applying the principle of impartiality within Brazilian procedural law, drawing on research from the theory of cognitive dissonance. The research first addresses the theory itself and the reasons it challenges a judge's ability to be impartial within the dialectic of the criminal procedural system. Subsequently, it analyzes the dynamics of decision-making as a mechanism of human interaction, clarifying how unconscious choices affect the adjudicative process. Finally, based on the theoretical framework developed, the paper defends impartiality as a crucial requirement for judicial decision-making, even in light of the challenges posed by cognitive dissonance theory. The article uses a qualitative, descriptive methodology. Through exploratory bibliographic research, it reflects on judicial impartiality from both normative and practical perspectives, concluding that a discrepancy exists between normative expectations and practical reality, which causes significant harm to the criminal procedural system.

Keywords: neutral point of view; cognitive dissonance theory; decision making.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

INTRODUÇÃO

O presente texto visa trazer à baila reflexão acerca da imparcialidade judicial a partir da avaliação da figura do juiz consciente, que procura de toda forma se manter afastado dos sujeitos processuais, assumindo a postura de um terceiro imparcial, com o objetivo de não privilegiar nenhuma das partes durante o processo.

A imparcialidade judicial é princípio constitucional basilar do sistema processual penal. Visa garantir a distância entre o julgador, as partes e os elementos do processo, a fim de garantir condução com o máximo de isenção possível. Além de garantia constitucional, a imparcialidade do juiz determina a validade do processo, se afigurando como pressuposto para justiça da decisão.

Entretanto, o objeto desta pesquisa enfrenta um problema que conflita com a condição humana, pois é comprovadamente impossível que o juiz lide de forma absolutamente neutra ao decidir casos concretos, posto que, por sua condição, mesmo de maneira inconsciente, são acionadas todas as suas experiências, vivências, valores, crenças e ideologias de vida no caso concreto, tornando utópico um julgamento plenamente adstrito à aplicação de normas.

Nesta conjuntura, a prática vigente, limitada pela Constituição Federal, fomenta importante discussão acerca do conflito existente entre o princípio da imparcialidade e a viabilidade do magistrado, humano, ser apto a concretizá-lo, considerando a existência de um arcabouço pessoal de pré-julgamentos, bem como opinião pessoal definida sobre princípios e valores que inevitavelmente vêm a interferir sobre os casos concretos, conforme a Teoria da Dissonância Cognitiva, abordada pela Psicologia Cognitiva Comportamental.

Para analisar a discussão apontada no parágrafo anterior o presente estudo utiliza a metodologia descritiva, de natureza qualitativa através de uma pesquisa bibliográfica, com método dedutivo, por meio de uma pesquisa exploratória para trazer conclusões acerca da imparcialidade do julgador na perspectiva normativa, bem como a compreensão dos institutos que a circundam, e a possibilidade de executar esse princípio dentro do sistema penal brasileiro.

A pesquisa se divide em três capítulos. O primeiro deles aborda os aspectos gerais da exigência de imparcialidade no processo penal, apresentando brevemente os aspectos históricos que influenciaram o sistema utilizado nos tempos atuais, os impactos que os modelos acusatórios e inquisitórios têm sobre nossa cultura até os dias atuais, bem como as principais considerações da imparcialidade como princípio.

O segundo capítulo se propõe a explicar sobre a Teoria da Dissonância Cognitiva criada por um Psicólogo Social, estimulando a necessidade da interdisciplinaridade para compreensão do processo psíquico no que tange aos motivos que impossibilitam a neutralidade do juiz diante de um caso concreto e a correlação subjetiva com a construção técnica da imparcialidade dentro do sistema processual penal, para isso pretende-se trabalhar com alguns doutrinadores que abordam essa temática em suas pesquisas, como falado anteriormente.

O terceiro capítulo adentra na discussão proposta, qual seja, sobre a imparcialidade como exigência para a tomada de decisão à luz da teoria da dissonância cognitiva, apresentando crítica com base nas teorias abordadas nos capítulos anteriores, percorrendo ainda os elementos do Processo Penal que influenciam a tomada de decisão do juiz que, por sua vez, obedeceram aos requisitos constitucionais democráticos e processuais para efetiva garantia os direitos fundamentais.

Sem a pretensão de esgotar discussões sobre o tema, a pesquisa conclui que há verdadeiro abismo entre o princípio da imparcialidade e a realidade da tomada das decisões penais. Considera-se que atribuição dada ao magistrado, ser humano, acresce a exigência de se despir da sua própria subjetividade quando está no exercício da função a fim de contemplar o princípio da imparcialidade, o que lhe é impossível.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

1 ASPECTOS GERAIS DA EXIGÊNCIA DE IMPARCIALIDADE NO PROCESSO PENAL

Compreender os sistemas processuais penais é essencial para entender a função do princípio da imparcialidade no processo. Para além da análise dos principais aspectos desses divergentes modelos processuais, os deslindes encontrados no terreno do processo penal durante a evolução da sociedade, explanados aqui por meio de precedentes históricos, tem o intuito de proporcionar o estímulo à inclusão de aspectos práticos em pesquisas.

A princípio, era comum em comunidades primitivas, a utilização da própria força para reparação do dano sofrido por algum membro. Com isso, a "justiça" era repleta de elementos tais quais foram um duelo ou a utilização da vingança. Assim, visava-se o bem comum do grupo lesionado. Conforme visto, em um mesmo plano fático era possível ver sujeito, vítima e o juiz.

Assim, com o advento da Lei de Talião, o início de um processo começou a nascer. Em outras palavras, uma ação em que enseja um dano causado poder-se-ia respondê-la diante de uma mesma proporção. Dessa maneira, um agente em que cortava um dedo a família da vítima poderia responder proporcionalmente ao dano à família do sujeito ativo do ora delito, "[...] art. 196 - Se um homem destruiu o olho de outro homem, destruirão o seu olho [...] art. 200 – Se um homem arrancou o dente de outro homem livre igual a ele, arrancarão o seu dente" (Vieira, 2011, p. 31).

À primitiva solução do problema da pena referida e conhecida como lei do talião possui uma raiz tão profunda que ainda não foi completamente eliminada nos ditos povos civilizados. No decorrer dos séculos, tivemos diversas alterações na estrutura do processo penal. Até meados do século XII prevaleceu o sistema acusatório, e paulatinamente ocorreu uma transição para o modelo inquisitório que se firmou até o final do século XVII (Lopes, 2021a, p. 28).

Foi somente no início do século XIX, juntamente com a Revolução Francesa, que passou a existir o reconhecimento do homem e apreciação por movimentos filosóficos, que reverberaram em críticas ao sistema inquisitivo e passou-se por um novo ciclo de mudança para o sistema que conhecemos hoje como misto (Flores, 2009, p. 8).

Antes de progredir, é fundamental compreender a linha tênue e complexa da imparcialidade objetiva e subjetiva do julgador a fim de que se torne evidente o posicionamento do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) desde 1984 até os dias atuais sobre os limites que norteiam a defesa pela democracia.

Partindo do pressuposto que a palavra "parcialidade" nos remete à um estado psíquico emocional de envolvimento e a palavra "imparcialidade" reflete a uma situação de que está apartado ou terceirizado, Coutinho (2015, p. 32) complementa essa premissa afirmando que o sujeito imparcial está mais do que alheio aos interesses das partes na causa, na verdade ele está para além dos interesses delas.

Isto posto, entende-se que imparcialidade objetiva faz menção ao juiz que oferece garantias suficiente para que não se gere dúvidas da sua integridade e postura de alheamento adequado nos seus atos processuais. Enquanto na imparcialidade subjetiva, aduz ao juiz que age sobre a influência pessoal com o caso concreto, seja por um motivo decorrente de um vínculo adquirido com as partes processuais ou pelos pré-julgamentos inconscientes inscritos no nosso psiquismo sobre nossos conceitos pessoais de valores morais que se revelam no momento da tomada de decisão (Coutinho, 2015, p. 37).

Esclarecido que a imparcialidade jurisdicional nada tem a ver com o conceito de neutralidade, faz-se necessário enfatizar de que ausência de neutralidade não implica a necessidade de uma postura ativa no processo, sob pena de incorrer na violação do princípio acusatório, observemos a decisão do Tribunal Europeu de Direitos Humanos sobre o caso *Piersack v. Bélgica* que deu origem a distinção entre imparcialidade objetiva *versus* subjetiva, *in verbis*:

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

O Tribunal especifica, em primeiro lugar, o duplo aspecto subjetivo e objetivo com que deve ser analisada a imparcialidade dos Tribunais. Subjetiva em termos de convicção pessoal de determinado juiz em determinado caso. Objetivo na medida em que um juiz oferece garantias suficientes para excluir qualquer dúvida legítima sobre a imparcialidade de seu desempenho. Não é suficiente para o juiz agir imparcialmente, mas não deve haver aparência de imparcialidade; 'Nesse quesito, até as aparências são importantes', pois 'o que está em jogo é a confiança que os Tribunais devem inspirar aos cidadãos em uma sociedade democrática' (Council of Europe, 1984, tradução nossa).

Para fins de melhor compreensão, o caso *Piersack v. Bélgica1* consiste em um processo penal em que um cidadão belga apresenta uma reclamação contra a Bélgica por ausência de um "tribunal independente e imparcial estabelecido por lei", no decurso do processo em que esteve envolvido, uma vez que o Presidente do Tribunal que o julgou e condenou por um crime de homicídio tinha feito parte do Ministério Público na fase de investigação de seu caso.

Portanto, o Sr. Piersack alegou a violação do direito a um julgamento justo, uma vez que a imparcialidade do tribunal que decidiu sobre o mérito deveria ser questionada.

Em sua petição de 15 de março de 1979 perante a Comissão (nº 8692/1979), o senhor Piersack alegou ter sido vítima de uma violação do artigo 6.1 da Convenção; sustentou que o seu caso não tinha sido apreciado por um 'tribunal independente e imparcial estabelecido por lei', uma vez que o Sr. Van de Walle, presidente do tribunal criminal que o condenou, esteve envolvido no caso numa fase anterior, por o cargo de primeiro adjunto do advogado do rei. A Comissão admitiu a demanda em 15 de junho de 1980. Em seu relatório de 13 de maio de 1981 [artigo 31 da Convenção (RCL 1979, 2421 e ApNDL 3627)], manifestou sua opinião unânime de que houve violação um dos requisitos do artigo 6.1, especificamente a imparcialidade do tribunal (Council of Europe, 1984, tradução nossa).

A Corte concluiu que as circunstâncias descritas acima foram suficientes para suscitar dúvidas razoáveis sobre as garantias de imparcialidade exigidas tanto pelo artigo 6.1 da Convenção quanto pelo princípio geral do direito a um exame imparcial de litígios pelos Tribunais.

O Tribunal também afirmou que ambas as normas obrigam os juízes a abster-se de participar de uma decisão se houver motivos legítimos para duvidar das garantias de imparcialidade a que o acusado tem direito, resultando, desta forma, em uma decisão unânime do Tribunal de ter havido violação do artigo 6.1 do contrato supramencionado.

Desde este caso emblemático, adverte-se sobre a importante distinção entre a imparcialidade objetiva e subjetiva acima mencionadas e traz uma terceira reflexão que diz respeito a preocupação do mesmo Tribunal sobre a "aparência de imparcialidade".

De acordo com Martins (2019, p. 13), o discernimento entre viés objetivo e subjetivo da imparcialidade do magistrado só foi possível porque o debate sobre este tema é extremamente rico e amplo no âmbito internacional.

Isto significa dizer que foi constatado que a proteção da imparcialidade subjetiva ainda não é o suficiente, tendo em vista que em cada caso concreto haverá a incerteza nas instituições de que o juiz decidiu com pleno alheamento.

Quando falamos na função do magistrado dentro do Processo Penal, é inevitável observar que este ofício emana um sentimento social de poder e status perante a sociedade. Por esta razão, constitui-se indispensável explorar e ponderar sobre os limites e de que forma a condição inata da predisposição humana de inclinar-se a uma posição de autoridade pode reverberar negativamente na estrutura processual penal.

1 Caso Piersack contra Bélgica: https://blog.uclm.es/cienciaspenales/files/2016/10/6caso-piersack-contra-belgica-derecho-a-un-proceso-independiente-e-imparcial.pdf

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

Afinal, o que se pretende, através da instrumentalidade constitucional democrática é proteger o sistema processual penal almejando impedir, ou ao menos, exercer uma política de redução de danos no que concerne aos excessos praticados por parte do poder estatal.

No aspecto técnico processual penal não podemos esquecer de quem o magistrado está à serviço, isto é, é necessário trazer à tona o princípio do juiz natural que elenca os preceitos fundamentais que este está compelido a exercer.

No rol que estabelece a tríplice função do juiz natural, estão inseridos: a impossibilidade de juízos ou tribunais de exceção, sob pena de ferir o art. 5°, XXXVII da Constituição Federal; vedação de julgamento após o fato, principalmente no que diz respeito ao impedimento de retroagir para prejudicar o réu, e a subordinação à impraticabilidade de ação discricionária quanto a ordem de competência entre os juízes pré-constituídos, inexistindo, deste modo, qualquer tipo de cenário excepcional de possibilidade de escolha.

É importante nesse sentido serem citadas as chamadas “garantias orgânicas”, que são voltadas para uma independência, isto é, um juiz natural, que seja capaz de desempenhar sua função de garantidor no processo penal sem se deixar afetar por manipulações externas de cunho político, entre outros.

Naturalmente que não está se buscando algo impossível, que seria um juiz neutro. No entanto, faz-se imprescindível que o magistrado seja capaz de formar sua livre convicção. Liberdade no sentido de que o juiz deve ter por obrigação de não tomar uma decisão baseada em um desejo de uma maioria, assim como não deve sucumbir às pressões políticas, vez que a sua legitimidade está limitada à sua atuação constitucional.

Para isso, é indispensável relatar as supramencionadas funções denominadas de “garantias orgânicas da magistratura” que são estipuladas por Luigi Ferrajoli (1997, p. 57) que define tal instituto como inerente à formação do juiz, no tocante às suas atribuições e funções nas relações com os demais poderes. Diante deste aspecto o autor busca tratar da independência, imparcialidade, responsabilidade, separação entre juiz e acusação, juiz natural e entre outros requisitos igualmente importantes, diferenciando as garantias processuais para as garantias orgânicas, onde a primeira são as necessárias para a formação do processo, tais como coleta de prova, exercício do direito da defesa, contraditório, onde todos são igualmente essenciais e imprescindíveis para a resolução do julgador.

Seguindo esta lógica, resta clarividente o elo entre os pressupostos elencados no princípio do juiz natural e as garantias orgânicas da magistratura (Ferrajoli, 1997, p. 61), visto que ambos os institutos têm o dever legal de atuar como “[...] garantidor da eficácia do sistema de direitos e garantias fundamentais do acusado no processo penal” (Lopes, 2021a, p. 61).

É indispensável esclarecer que a independência do magistrado deve obediência absoluta às garantias fundamentais e que apresente motivação legítima, estando o juiz restrito a decidir em conformidade pelos preceitos da atividade jurisdicional.

Contudo, a existência da garantia da jurisdição não é satisfatória, pois a necessidade vai além da existência de um juiz, faz-se necessário ter alguns requisitos que o tornem apto a exercer o seu papel de garantidor, tais como um juiz natural, imparcial e compromissado com a máxima eficácia da Carta Magna.

Isto implica dizer que embora a atividade do juiz privilegie a garantia dos direitos fundamentais assegurados em um caso concreto, ainda assim este magistrado não pode ser considerado integralmente isento de imparcialidade.

Diante disto, é de extrema relevância refletir sobre a imparcialidade dentro de um contexto que não haja separação de funções de acusador e julgador, bem como avaliar que não tenha claro afastamento da figura do juiz com poderes investigatórios/instrutórios, pois tal exercício se desconecta completamente do sistema acusatório, uma vez que a iniciativa probatória incorre no âmago do sistema inquisitório.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

Lopes (2019, p. 48), relata que desta forma se consagra a figura do juiz-instrutor-inquisidor, eivado de parcialidade, prestes a elaborar uma decisão que apenas reafirme um pré-julgamento, decorrente da ausência do alheamento necessário para fazer a devida valoração da prova.

A consequência é a obstrução do desenvolvimento justo do processo revestido de um estado subjetivo e emocional, isto é, parcialidade. Logo, entende-se que o modelo que se segue desenha um processo inquisitório que infringe as principais garantias jurisdicionais.

Embora não esteja previsto expressamente na Constituição Federal, o Princípio da Imparcialidade é garantia fundamental e está consagrado na nossa Carta Magna através de artigos que dispõem sobre garantias aos juízes, como forma de assegurar a independência e evitar influências externas em suas decisões, bem como artigos que asseguram às partes serem tratadas com isonomia, entre outros direcionamentos que comprovam o interesse de garantir o máximo de alheamento possível por parte do juiz no exercício de sua atividade jurisdicional.

Ademais, os dispositivos constitucionais afirmam que não bastam apenas a existência de um juiz, faz-se necessário observar os requisitos que compõem o Princípio do Juiz Natural (Brasil, 1988, art. 5, inciso 53) que prima pela exclusividade do juiz legalmente para atuar em determinado processo, vedando completamente a criação do tribunal de exceção (Brasil, 1988, art. 5, inciso 37); ressalta que ninguém poderá ser processado e julgado por órgão instituído após o fato, e por fim, impõe um rol taxativo de competência dos juízes com a finalidade de impedir toda e qualquer possibilidade de escolha das partes ou de terceiros (Lopes, 2021b, p. 68).

Além das supramencionadas previsões constitucionais, o Brasil é signatário da Declaração Universal dos Direitos Humanos[2], do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos[3] e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos[4], que são tratados internacionais, devidamente incorporados à nossa Carta Magna, conforme preconiza o artigo 5º, §3[5], garantem a forma igualitária e julgamento por tribunal independente e imparcial a todo e qualquer ser humano.

Resta evidente que não se trata de um problema de solução simplória, o que nos leva a realizar uma leitura sob interdisciplinar, sobretudo no que a psicologia têm a nos oferecer a fim de evitarmos o reducionismo, ou a chamada “estética de imparcialidade” termo usado pelo professor Aury Lopes que significa passar a impressão de que existe um “juiz imparcial”, mas que na realidade houve contaminação do processo através de prévio envolvimento com o caso penal, decretando prisões cautelares na fase pré-processual a título de exemplo, provocando os prejuízos cognitivos aos quais estamos buscando nos distanciarmos.

Não há intenção de obstruir o acesso do juiz aos acontecimentos do mundo dos fatos, posto que seria impossível impedir seu acesso ao que ocorre na vida em sociedade através das redes sociais, mídias, dentre outros diversos meios de comunicação.

Isto posto, é crucial compreender a diferença de uma cognição generalizada para a pretendida originalidade cognitiva[6], que tem como cerne da questão entender que o juiz só deve conhecer dos fatos em termos processuais e probatórios do caso que irá julgar na fase da instrução, jamais antes.

2 Artigo 10°: “Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida”.

3 Artigo 14: “Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil.

4 Artigo 8: “Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.

5 Artigo 5º, § 3º, CF: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais” (Brasil, 1988).

6 A garantia da originalidade cognitiva exige que o juiz criminal – para efetivamente ser juiz e, portanto, imparcial – conheça do caso penal originariamente no processo (na fase processual, na instrução). Deve formar sua convicção pela prova colhida originariamente no contraditório judicial, sem pré-juízos e pré-cognições acerca do objeto do processo (Lopes, 2021a, p. 71).

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

Deste modo, para evitar cair nas inevitáveis teias do inconsciente, deve-se reconhecer que o processo seja de fato imparcial, faz-se, portanto, necessário que o magistrado forme sua convicção através das provas colhidas originariamente no contraditório, sem interferências externas que afetem o processo cognitivo.

Deve-se ter em vista que, compreender a seriedade do tema e o reconhecimento da necessidade de existir uma originalidade cognitiva é um desafio necessário para construir um sistema com condições de conceber um juiz imparcial.

2 TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA

A teoria da dissonância cognitiva foi desenvolvida pelo psicólogo social León Festinger em 1962 e trata de um estudo da cognição e do comportamento humano. Em sua obra, o autor explica que as emoções angústia, desconforto e/ou ansiedade são provocadas quando há uma inconsistência entre as cognições.

A magnitude variará de acordo com a importância e principalmente a discrepância entre as cognições. Uma vez ativada na psique do indivíduo, a dissonância cognitiva desencadeia mecanismos psicológicos para mitigá-la ou eliminá-la.

A título de exemplo, o autor traz a situação em que o sujeito é obrigado a fazer um discurso sobre um assunto com o qual discorda veementemente, situação que leva o indivíduo a experimentar um estado psicológico de dissonância.

Diante desta situação desagradável, ele fará o que puder para aliviar o desconforto e retornar à posição consonante. Festinger (1962, p. 44) ressalta que o desconforto psicológico causado pela dissonância cognitiva motiva o indivíduo a criar mecanismos para restabelecer sua harmonia interior, e para atingir esse objetivo, procuram acrescentar informações compatíveis às suas crenças e conceitos.

Desta forma, é comum observar mudanças nas atitudes de sujeitos que estão em estado de dissonância e buscam justificativas para sustentar a decisão dissonante. Consequentemente é bastante comum culpar circunstâncias externas para fazer parecer que o sujeito não teve escolha e foi forçado a agir de tal forma.

A essência da teoria, portanto, consiste em dois pressupostos básicos: uma pressão automática e involuntária por parte do indivíduo para reduzir quando se confronta com ela e a evitação de maneira ativa de situações e informações que possam desencadear a dissonância.

De acordo com Festinger (1962, p. 49) os termos “dissonância” e “consonância” remetem às relações estabelecidas entre pares de elementos cognitivos, ou seja, o que uma pessoa sabe sobre si mesma, seu comportamento e o mundo ao seu redor.

Segundo a teoria da dissonância cognitiva de Festinger (1975, p. 128), quanto maior o número de cognições inconsistentes com uma determinada decisão, maior o conflito antes da decisão e maior a dissonância cognitiva depois. Em outras palavras, quanto mais, ou maiores, forem as vantagens que têm de ser trocadas entre opções, maior é o conflito sentido pelo decisor.

A maioria das teorias sobre a tomada de decisão são consistentes com esta perspectiva, defendendo a existência de uma relação positiva entre conflito e tamanho de troca entre os atributos, isto é, quanto maiores são as trocas, mais sacrifícios temos de aceitar ao escolher uma opção em detrimento de outra e, consequentemente, maior é o grau de conflito sentido pelos decisores.

De acordo com a teoria da dissonância cognitiva de Festinger (1975, p. 133), um indivíduo sente conflito antes da escolha e sente dissonância depois, quando pelo menos dois elementos cognitivos não são coerentes, isto é, há um conflito interno entre seus conhecimentos, opiniões e/ou crenças, as quais o sujeito não consegue reconhecer ou identificar em um nível consciente.

Nesta acepção, Festinger (1975, p. 142) aponta que o referido processo de busca da harmonia é absolutamente involuntário, pois atinge o subconsciente humano e se assemelha a um impulso natural de não se contradizer consigo mesmo.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

Sob esta perspectiva, Lopes Júnior e Gloeckner (2014, p. 143) explica que a teoria da dissonância cognitiva, desenvolvida a partir da psicologia social, analisa na introdução a forma como um indivíduo responde a dois pensamentos, crenças ou opiniões opostas que criariam uma situação de desconforto mental.

Dessa forma, a exploração do estado de coerência envolve a inserção de elementos de harmonia na busca de acabar com a incoerência (dissonância) ou pelo menos reduzi-la. Isso pode ser chamado de mecanismo de autodefesa que busca involuntariamente o equilíbrio, amenizando o nível de inconsistência entre seus conhecimentos, opiniões e comportamentos.

Nesse sentido, Festinger (1975, p. 143) considera aconselhável rever mentalmente o pouco que vimos, a partir do fato de que quando existe um estado de dissonância, inicia-se um processo involuntário que visa reduzir ou eliminar completamente essa dissonância.

O autor ressalta que, por ser psicologicamente desconfortável, o estado de dissonância motiva a pessoa a reduzi-lo e a buscar a consonância, sempre evitando a assimilação de informações que possam reforçar ainda mais essa dissonância.

Para ilustrar, devemos trazer para a pesquisa o exemplo clássico do fumante, que se depara com a informação de que fumar (comportamento) faz mal à saúde e que pode levar à morte, já que ele não quer morrer (elemento dissonante).

Tal comportamento é evidentemente contraditório, posto que se viver fosse o desejo do fumante, ele não deveria fumar. Logo, poderia mudar seu comportamento parando de fumar, extinguindo a dissonância, ou optar pelo discurso de que os resultados dessas pesquisas são falsos, tendo em vista a quantidade de pessoas que fumam há anos e não apresentam problemas, como uma forma de reduzir a dissonância inserindo elementos consonantes. Esclarecido isto, é pertinente explorar os meios implementados para que essa redução ocorra.

De acordo com Festinger (1975, p. 156) existem quatro elementos principais que são usados nesse processo de busca pela consonância, também conhecidos na psicologia como mecanismos de defesa.

O primeiro é feito alterando elementos cognitivos dissonantes, o segundo desvalorizando elementos cognitivos dissonantes, o terceiro adicionando ou inserindo elementos consonantais, e por fim, o quarto, evitando ativamente o aumento desses elementos dissonantes.

A mudança nos elementos cognitivos dissonantes, primeira característica do processo de busca de consonância, pode ser explicada a partir do exemplo do fumante dado acima, pois tão logo seja obtida a informação dissonante sobre os danos à saúde que o cigarro acarreta, a extinção do elemento dissonante, como parar de fumar neste caso, eliminaria a dissonância do fumante.

Podemos, portanto, concluir que não há mudança no fato (o cigarro faz mal à saúde), mas no comportamento, o que acaba por caracterizar perfeitamente a chamada mudança dissonante do elemento cognitivo, que, neste caso, foi o hábito de fumar quando se quer viver de forma saudável e sustentável (Martins, 2019, p. 16).

O segundo ponto, conhecido como desvalorização dos elementos dissonantes, também se reflete no exemplo do fumante, objeto de estudo desta pesquisa. Imagine a mesma situação: O desejo de viver saudável e longamente, mas ter o hábito de fumar.

Nesse mecanismo o indivíduo não altera o elemento dissonante, o hábito de fumar, mas se utiliza de informações que desacreditam a informação dissonante. Desta feita, em vez de parar de fumar para preservar sua saúde, o sujeito utiliza elementos ou informações que desvalorizam a informação que gera dissonância (Martins, 2019, p. 17).

No exemplo do fumante, o indivíduo argumenta que esse tipo de dado não é preciso, que seu cigarro tem uma redução no conteúdo químico ou que o fumo nunca foi demonstrado que realmente cause a morte de alguém. A busca por uma vida saudável já não soa tão contraditória, quando as pessoas argumentam que

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

não há como evitar todos os eventos perigosos da vida, então não faria sentido parar de fumar e isso não impediria de ter uma vida longeva.

O terceiro elemento em análise diz respeito a adição de elementos que proporcionem o estado de consonância. Neste caso, a ideia principal é trazer elementos de crença que diminuam a dissonância, através da inserção de elementos consonantes, geradores da sensação de coerência (Festinger, 1975, p. 154).

Para ilustrar adequadamente esse elemento, contaremos com um experimento conduzido pelo mentor intelectual da teoria Léon Festinger em meados de década de 1950, com seu colega Sr. Carlsmith, ao reunir um determinado grupo de alunos para participar de uma atividade, dividindo-os em dois grandes grupos (Festinger, 1962, p. 61).

O primeiro grupo de alunos foi submetido individualmente a um experimento preparado para ser extremamente entediante, no entanto, Festinger solicita a cada um que mentisse para o próximo que entrasse na sala dizendo que a experiência teria sido divertida, e em troca ele lhe pagaria vinte dólares americanos. Os alunos aceitaram e acreditaram que a referida quantia seria um bom incentivo para mentir, mesmo tendo plena consciência de que o experimento era absolutamente chato (Festinger, 1962, p. 64).

O segundo grupo, por outro lado, recebeu exatamente a mesma oferta, mas Festinger ofereceu-lhes 1 dólar americano para fazê-lo. A dissonância vem do fato de que a experiência foi chata e o incentivo de um dólar foi totalmente insuficiente para fazê-los mentir, então muitos deles acabaram se convencendo de que a experiência não foi tão chata, tentando preencher a lacuna entre sua crença (que a atividade foi chata) e seu comportamento (dizer que a atividade foi divertida), começando assim a acreditar em uma grande mentira, por um pequeno incentivo (Festinger, 1962, p. 65).

Ao contrário do grupo que recebeu vinte dólares, eles não sofreram dissonância, pois tinham plena consciência de que o negócio era chato e só mentiriam pelo bom incentivo representado pelo dinheiro que receberiam. Sentiam-se confortáveis em mentir apenas pelo dinheiro, logo não há contradição (Festinger, 1962, p. 62).

Assim, conclui, citando o grupo que recebeu um dólar, dizendo que quando há dois pensamentos divergentes sem que o incentivo (dinheiro) seja suficiente para mentir, e ainda o fazem, a tendência é que mudem de mente sobre a experiência, passando a aceitar que era divertida, justamente para atingir o estado de coerência com a opinião que davam aos demais alunos (Festinger, 1962, p. 63).

Festinger (1962, p. 72) destaca que a inserção de elementos consonantes, além de involuntária, é extremamente eficaz quando se trata de eliminar ou reduzir a dissonância cognitiva.

O quarto e último elemento é a evitação ativa de elementos cognitivos dissonantes, comportamento que pode ser considerado omisso, pois o objetivo não é essencialmente eliminar ou reduzir a dissonância, mas impedir seu aumento) (Festinger, 1962, p. 70).

Por fim, observe que esse tipo de comportamento é perfeitamente compatível com a teoria aqui estudada, pois é coerente com o objetivo principal de reduzir ou eliminar a dissonância.

Schünemann e Greco (2013, p. 22)[7] faz parte do rol de juristas que contestam as convicções jurídicas da sociedade moderna sobre a neutralidade e imparcialidade tida como infalível, amplamente garantida no direito positivo acerca da instituição do juiz natural.

Em decorrência da vigência prolongada do sistema inquisitório na história cronológica do direito penal, tendo vigorado na Alemanha até o século XIX, atualmente ainda temos um conflito de papéis tanto por parte da ciência processual quanto dos advogados criminalistas, que não raramente, relevam ou até mesmo compactuam com a problemática da cumulação de papéis do magistrado.

7 Bernd Schünemann é um jurista alemão e filósofo jurídico com doutorado em Direito Penal sob a orientação de Claus Roxin.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

Sob a perspectiva do autor, o juiz acaba sujeito ao que já foi determinado desde a investigação preliminar, isto é, em uma etapa construída unilateralmente e quase que exclusivamente pela polícia, ressoando, portanto, em pouca, ou quase nula influência de defesa.

Certo de que a visão do magistrado sobre os fatos prevalece o cenário previamente apresentado pela polícia, o autor trabalhou na construção da teoria da informação na década de 80, e que mais tarde, passou a harmonizar com a teoria da dissonância cognitiva, na qual passou a realizar uma série de experiências científicas relatadas em suas obras.

Alicerçado na Teoria da Dissonância Cognitiva, formulada por Festinger, o jurista Schünemman desenvolveu seus experimentos e hipóteses consciente de que toda pessoa procura um equilíbrio em seu sistema cognitivo, isto é, uma relação não contraditória entre seu conhecimento e suas opiniões. No caso de uma dissonância cognitiva, surge para o sujeito um motivo no sentido de reduzi-la e de restaurar a consonância, isto é, de fazer desaparecer as contradições.

Por outro lado, segundo o princípio da busca seletiva de informações, procuram-se, predominantemente, informações que confirmam a hipótese que, em algum momento prévio, fora aceita, ou seja, acolhida pelo psiquismo do sujeito, tratem-se elas de informações consoantes, ou de informações dissonantes, desde que, contudo, sejam facilmente refutáveis, de modo que elas acabem tendo um efeito igualmente confirmador.

Aplicando essas considerações à posição e à função do magistrado alemão, em uma audiência de instrução e julgamento, o jurista entendeu que uma vez que a leitura dos autos faz surgir no juiz uma imagem do fato, é de se supor que, tendencialmente, o juiz a ela se apegará de modo que ele tentará confirmá-la na audiência, isto é, tendencialmente deverá superestimar as informações consoantes e menosprezar as informações dissonantes.

Schünemann (2012, p. 76) reitera que os magistrados se respaldam na crença de que a formação profissional constrói o sujeito comprometido com a objetividade. Contudo, o autor revela que o argumento é ingênuo, vez que se desconsidera completamente a influência do inconsciente que atravessa toda a linguagem, inclusive a “razão”.

Partindo da Teoria da Dissonância Cognitiva, o autor pactua com o entendimento de que o sujeito está sempre em busca de encontrar um equilíbrio em seu sistema cognitivo, de forma que reduza as divergências entre a sua opinião e seu discurso e quando diante de duas ideias antagônicas, o psiquismo por contra própria busca inserir elementos consonantes, pois este tem a função de evitar situações desconfortáveis e que gerem estresse ao indivíduo.

O jurista alemão aplicou a Teoria da Dissonância Cognitiva no campo do processo penal, onde constantemente o magistrado precisa lidar com pelo menos duas “opiniões” antagônicas, quais sejam, as teses de acusação e de defesa. Para além destas, mistura-se também a opinião do próprio magistrado, que não raramente encontrará divergências com as duas teses primárias.

Diante desta situação, o autor afirma que quando o juiz constrói uma imagem mental desde os autos do inquérito policial, torna-se inevitável o pré-julgamento, fato que se torna ainda mais danoso quando o juiz decide anteriormente sobre prisão preventiva, entre outros.

As pesquisas desenvolvidas pelo jurista em casos concretos confirmaram que o juiz que atuou na fase pré-processual, apresentou maior tendência a ocupar a posição de parte contrária diante do acusado.

Afirmou ainda o autor que grande parte deste problema vem do costume dos juízes primeiramente ler o inquérito policial para decidir se recebe ou não a denúncia. Isto é, formulando, antecipadamente, uma imagem mental dos fatos para posteriormente entrar na fase que ele chama de “busca por confirmação” das hipóteses previamente elaboradas na instrução.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

Aprofundando em suas pesquisas empíricas, o autor ainda relata que "[...] os juízes dotados de conhecimentos dos autos não apreenderam e não armazenaram corretamente o conteúdo defensivo" presente na instrução, vez que eles só armazenavam as informações incriminadoras, preservando inconscientemente, a manutenção da consonância, que neste cenário implica na condenação do acusado Schünemann (2012, p. 76).

Por estes mesmos motivos, o magistrado passa a enxergar no promotor a pessoa que serve como "padrão de orientação", provocando o que o autor chama de "efeito aliança" que o juiz estabelece ao se orientar pela avaliação realizada pelo promotor.

Uma das constatações feitas por Schünemman (2012, p. 78) sobre o tema é a de que o juiz é "[...] um terceiro inconscientemente manipulado pelos autos da investigação preliminar".

O autor realiza pesquisas sobre a interdisciplinaridade do processo penal e a psicologia social desde os anos 80 e vêm contribuindo amplamente para a inserção deste conhecimento de importância significativa para a manutenção das garantias processuais na prática processual.

Rosa (2018, p. 46) pontua que a cognição e o comportamento humano estão vinculados de maneira tão estreita que se faz necessária uma reorganização mental com a finalidade de justificar a coerência interna. Em suas palavras:

> Se buscarmos manter a coerência interna, tenderemos a mitigar a dissonância com a modificação do comportamento, a invalidação do argumento novo, o acolhimento da nova informação, mas com a desqualificação (da fonte/conteúdo) ou criando uma exceção, evitando a dissonância (Rosa, 2018, p. 56).

Este pensamento corrobora com os estudos de Ritter (2016, p. 89), que frente aos processos cognitivo-comportamentais oriundos da tentativa de retomada ao estado de coerência pelo sujeito, dividiu tais mecanismos em quatro. São eles: (1) mudança de elementos cognitivos dissonantes; (2) desvalorização de elementos cognitivos dissonantes; (3) adição de novos elementos cognitivos dissonantes com a cognição existente; e, (4) evitação ativa do aumento desses elementos dissonantes.

Esses mecanismos implicam dizer que, a fim de manter a crença na sua opinião ou atitude, o sujeito manipula, de modo consciente ou inconsciente, as suas próprias razões, evitando, portanto, o que não o convêm para se convencer de que está certo.

Rosa (2016, p. 42) exemplifica que no processo de comprar uma casa, nos deparamos com inúmeras opções, no entanto, depois que efetuamos a compra, passamos a enaltecer os aspectos positivos para confirmarmos para nós mesmos que fizemos a escolha acertada. Esse mecanismo é aplicado em várias outras áreas de nossas vidas, seja profissional, pessoal, viagens etc. O objetivo sempre é de tornar a decisão coerente internamente através de uma seleção dos fatos mais convenientes que confirme positivamente a nossa escolha.

Cabe destacar que o autor, também chama atenção para o viés retrospectivo, que significa dizer que a explicação póstuma de uma situação dá ao narrador uma maior facilidade de alterar os fatos, e articular uma versão enganadora, mas que seja coerente com suas decisões. A explicação de trás para frente permite que possamos nos justificar, seja de maneira retórica ou através de manipulação dos fatos. Isto é, em vez de narrar um processo do passado para o presente, o que ocorre na realidade é a imposição de razões estabelecidas após o evento.

É importante ressaltar outro ponto nessa reflexão, onde geralmente adotamos o padrão coletivo de pensamento de maneira automática, sem sequer questionar ou criticar sobre a pertinência ou relevância dos fatos que nos são apresentados. De acordo com o autor, se tivéssemos o hábito de interrogar sobre os nossos supostos acertos, andaríamos mais em direção e consonância cognitiva. No entanto, existe uma pressão social, como reflete:

> Haverá, todavia, a pressão do grupo, da maioria, para que pensemos como pensam, tendencialmente buscando manter a consonância cognitiva. Aliás, será bem mais confortável

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

> não se opor, adotar o que já está consolidado. É nesse momento que importam as heurísticas e vieses (Rosa, 2018, p. 48).

Diante disso, conclui, portanto, o seu pensamento, afirmando que a heurística nada mais é que um mecanismo que diminui a carga de trabalho mental no nosso dia a dia. Isso acontece porque, dentro da limitação humana, é necessário criar padrões de comportamento decisório. Adicionado à realidade de tempos de velocidade, trata-se de uma armadilha psíquica/cognitiva aparentemente confortável mascarada de suposta eficiência e solução (Rosa, 2018, p. 61).

O reconhecimento e estudo profícuo da interferência do inconsciente no processo penal certamente foram significativos para a evolução do processo penal no âmbito brasileiro, posto que os referidos juristas, juntamente com Jacinto Coutinho, foram pioneiros na inserção deste tema em diversos debates, livros e produções acadêmicas.

Rosa (2018, p. 79) esclarece que é no processo decisório que se manifesta as escolhas realizadas a nível inconsciente, ou até mesmo consciente, dos julgadores após a coleta de informações acerca de um processo. Em decorrência disto, são utilizadas das mais diversas estratégicas com o intuito de interferir nas condutas processuais e a subsequente decisão.

Cabe, portanto, ao tomador da decisão, saber discernir quais são as informações substancialmente relevantes capazes de colaborar com sua linha argumentativa, das diversas outras que surgirão apenas com o intuito de macular a consonância cognitiva.

O autor também atenta para o fato de que o ser humano tende a optar naturalmente pelo conforto cognitivo, o que torna o exercício de reconhecimento dos artifícios psíquicos uma atividade verdadeiramente complexa.

Especialmente se tratando de processo penal, em que não raramente a vida do sujeito está em risco, se faz necessário uma maior vigilância às chances de incorrer em erro, haja vista a pluralidade de informações absorvidas pelo julgador, que necessita criar mecanismos hábeis a lidar com o ímpeto de ceder à conveniência psíquica que o levará a recair em uma dissonância cognitiva.

Desta forma, é certo que o processo de tomada de decisão não se esgota no encaixe entre a norma e o fato, pois este método gera uma tomada de decisão estática, impossibilitando de perceber as nuances da intervenção subjetiva que não raramente prejudica a vida de vários acusados.

Por outro lado, quando os mecanismos da interação humana são analisados como parte do processo penal, é possível compreender as peculiaridades das facetas subjetivas da condição humana dentro do caso concreto e julgar com a consciência de que as premissas da decisão se modificam constantemente (Rosa, 2018, p. 71).

Rosa (2018, p. 66) explica que a cognição e o comportamento humano possuem vínculo forte o suficiente para observar com mais atenção quais são os fatores externos capazes de alterar a tomada de decisão do magistrado quando diante de novas informações, argumentos, provas, entre tantos outros elementos dinâmicos.

Um argumento novo, quando em dissonância com a cognição pré-existente, leva o magistrado a uma situação de desconforto psíquico e consequentemente este buscará um mecanismo interno que reduza a sua dissonância cognitiva.

Este conflito, na maioria das vezes, leva ao juiz convencer-se de que o correto é a manutenção da premissa obtida primariamente, a fim de manter a consonância cognitiva e evitar novos conflitos inconscientes, fato suficiente para macular toda capacidade de agir de forma imparcial, vez que a informação contrária provoca inquietude e resulta em uma decisão manipulada (Rosa, 2018, p. 73).

O jurista ensina os pré-conceitos inscritos no inconsciente de cada sujeito, ora magistrado, no caso do responsável pela decisão no processo penal, implica o conjunto de opiniões, crenças, comportamentos e atitudes que este acumulou durante a vida.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

A partir do processo de aceitação dos operadores de direito e compreensão da inevitável interferência da cognição psíquica no procedimento processual, torna-se cada vez mais possível perceber uma mudança relevante nos resultados, tal qual preceitua o instituto do juiz das garantias, instituto que apresenta uma aplicação do princípio da imparcialidade de maneira muito mais efetiva do que a que fora praticada até então.

3 SOBRE A IMPARCIALIDADE COMO EXIGÊNCIA PARA A TOMADA DE DECISÃO À LUZ DA TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA

Ao relacionarmos a Teoria da Dissonância Cognitiva da psicologia social para o processo penal, torna-se inevitável falar da originalidade cognitiva, e da importância de sua manutenção no inconsciente do magistrado, condição *sine qua non* para a preservação da imparcialidade, isto é, mantendo-o como terceiro alheio.

A originalidade cognitiva pode ser mensurada quando o juiz se afasta de todos os elementos que possam causar dissonância com o caso penal.

Não pode haver, consciente ou inconscientemente, nenhuma convicção ou julgamento preventivo sobre os fatos (Lopes Júnior; Morais da Rosa, 2018, p. 121).

A originalidade cognitiva esta ontologicamente ligada à ignorância do juiz com o processo, possuindo sua mente limpa de qualquer pré-juízo, pré-compreensão. As partes possuem a gestão da prova, e devem levar ao conhecimento (cognição) do juiz, para que aí sim exerça ser convencimento exteriorizado através de uma decisão, neste passo, pode-se dizer que o juiz jamais terá uma cognição direta com o fato, pois neste caso ele seria vítima, autor ou testemunha, não podendo em nenhum dos casos, julgar.

Assim, é muito claro que a cognição do magistrado deve, necessariamente, advir das provas trazidas pelas partes, e é tão somente este contato que deve ter o juiz com o caso criminoso (Lopes Júnior; Morais da Rosa, 2018, p. 133).

Ante todo o exposto, faz-se necessária uma breve retrospectiva do presente capítulo, para que possamos tratar com um pouco mais de profundidade esse fenômeno no contexto do processo penal brasileiro.

Tratamos aqui de uma teoria que explicitou claramente a busca involuntária do estado harmônico de consonância (coerência), demonstrando 4 (quatro) elementos principais que o indivíduo desenvolve para eliminar ou reduzir a dissonância cognitiva (incoerência), que muitas vezes permeia o ser humano, principalmente quando precisa tomar uma decisão, tendendo, com base na teoria, a buscar elementos para se convencer de que tomou a decisão certa (Festinger, 1975, p. 129).

No que concerne à teoria da dissonância cognitiva, vimos através da lição de Festinger (1975, p. 141) que todo ser humano passa pelo processo inconsciente de buscar estar sempre em estado de consonância sempre que enfrenta situações antagônicas.

Ao trazermos essa condição subjetiva do sujeito para a prática processual penal, conseguimos enxergar mais claramente que a situação de acusação versus defesa, por serem antagônicas, são capazes de gerar um desconforto mental que levará o juiz a acolher inconscientemente um dos lados que lhe foi apresentado.

Isto posto, é indubitável que o juiz que tem contato com o inquérito, desenvolve pré-julgamentos fundamentados nas suas próprias inscrições psíquicas que o levaram a decretar prisões e outras medidas cautelares, tornando, desta forma, inevitável a violação do princípio da imparcialidade se este mesmo magistrado proceder atuando na fase processual, por mais que este apresente boa-fé em um nível cognitivo consciente.

Ao acatarmos essa condição, teremos um julgador que já realizou um juízo mental de culpabilidade, desde a decisão pela prisão cautelar, por exemplo, levando-o a aceitação mais confortável e dissonante pela acusação.

Posto que Festinger (1975, p. 164) citou quatro elementos que direcionam para a eliminação ou redução da dissonância, quais sejam: mudança, desvalori-

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

zação, adição e evitação dos elementos dissonantes, é evidente que o juiz que já assumiu uma posição pré-processual por um lado, seus mecanismos de defesa continuarão trabalhando de forma a manter que todos os atos subsequentes tenham coerência com a sua primeira decisão, só assim o inconsciente se sentirá confortável em ter evitado a dissonância, quarto elemento.

Ciente de que o nosso psiquismo sempre buscará estes elementos com a finalidade de confirmar nossas próprias hipóteses, jamais contradizê-las, chegamos à conclusão lógica de que dificilmente o juiz fará um grande contraponto a si mesmo e decida absolver um acusado que ele decretou uma prisão cautelar na fase pré-processual, posto que este comportamento reflete a desconfortável dissonância que o inconsciente tanto busca evitar.

Sobre este tema, Martins (2019, p. 18) afirma que um juiz que já tenha acatado uma hipótese acusatória no inquérito, e por conseguinte se distanciado da possibilidade de terceiro alheio, já aniquilou integralmente o direito fundamental que o sujeito na condição de réu tem de ser julgado por um tribunal imparcial.

Uma vez que ele admitiu anteriormente uma possibilidade acusatória, inconscientemente irá duvidar de todas as hipóteses de tese defensiva, pois o colocaria em uma posição dissonante que o seu psiquismo trabalharia o máximo possível para evitar, a fim de manter preservada a consonância cognitiva.

Por fim, Lopes Junior (2019, p. 66) considera a exclusão física do inquérito policial como requisito essencial à manutenção da imparcialidade. Com o advento da Lei 13.964/19 popularmente conhecida como “pacote anticrime” criou-se a figura do juiz das garantias, que como já vimos, os artigos que se referem a este instituto foram revogados pelo então ministro relator, Luiz Fux, em janeiro de 2020 (Brasil, 2019).

Contudo, os referidos artigos tratam da regra de que os autos que compõem as matérias de competência do juiz que atuaria na fase de investigação não poderiam ser apensados aos autos principais, isto é, não seriam encaminhados ao juiz responsável pela fase de instrução e julgamento.

Importante ressaltar que quando falamos em exclusão física dos registros investigativos, isso obviamente não inclui itens urgentes que não podem ser repetidos no processo, como por exemplo um exame forense, entre outras provas chamadas de “provas irrepetíveis”.

As normas dispunham sobre a função do juiz das garantias, qual seja, aquele que atua na fase de investigação realizando um controle de legalidade e das garantias dos direitos fundamentais das partes. Para tanto, considera-se necessário que os autos de competência do juiz das garantias não sejam integrados aos autos principais a ser processados pelo juiz de instrução e julgamento.

Esta medida é entendida como uma evolução em matéria processual penal, posto que o julgador do mérito da causa não teria como ser contaminado pela influência subjetiva pelos elementos produzidos na fase pré-processual. Desta forma, garante-se a paridade de armas e a imparcialidade do julgador que desconheceria completamente das provas que foram produzidas na ausência da defesa e do acusado.

No momento em que se divide a atuação de magistrados em cada fase processual e os elementos entre elas não se conectam, é possível obter o tão buscado princípio da imparcialidade em matéria penal, pois é a única forma de garantir que não haverá influência subjetiva sob a tomada de decisões tomadas pelo juiz que teve o primeiro contato com o caso concreto.

O artigo 155 do Código Penal dispõe que:

> O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas (Brasil, 1940).

Na própria redação do artigo podemos observar que a prova deve ser produzida em contraditório, isto é, na fase processual.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

Lopes Junior e Gloeckner (2014, p. 73) ensina que a fase pré-processual serve tão somente para gerar atos de investigação, ou seja, aqueles atos que não se referem a uma afirmação, mas a uma hipótese; assim como servem para demonstrar uma probabilidade do *fumus comissi delicti* e posteriormente, o início da ação penal ou arquivamento do inquérito.

Ciente também de que o inquérito policial possui caráter meramente administrativo, que na maioria das vezes foi realizado isento de contraditório ou defesa do acusado, comprovando que não cabe levar os elementos da do inquérito ao processo.

O autor explica também que a prática processual penal brasileira ainda é mais grave quando se trata do tribunal do júri, posto que os jurados julgam com base em qualquer dos elementos que integram os autos, incluindo-se os do inquérito policial.

É certo que no processo de tomada de decisão dos jurados leigos deve ser revestida de um cuidado para evitar as indesejáveis confusões de fontes cognoscitivas, devendo, portanto, orientar sobre o alcance e a finalidade da prática probatórias realizada no debate perante os jurados (Lopes Junior; Gloeckner, 2014).

Ferrajoli (2010, p. 236) explica que o objetivo é alcançar a absoluta originalidade do processo penal, e para tanto, a fase pré-processual deve limitar-se a recolher elementos que sejam úteis para a identificação da probabilidade de fato e autoria em grau que justifique a ação penal, de modo que a coleta de provas sejam atos exclusivos da fase processual, onde haverá todas as garantias ao exercício da jurisdição.

O jurista italiano também ensina que a única prova válida para uma condenação é a "[...] prueba empírica llevada por uma acusación ante um juez imparcial, em um proceso público y contradictorio com la defensa y mediante procedimentos legalmente preestabelecidos" Ferrajoli (2010, p. 236).

A valoração probatória exclusivamente sobre os atos praticados na fase processual garante a originalidade, o que trabalhado conjuntamente com as contribuições da teoria da dissonância cognitiva proporcionará uma tomada de decisão livre de contaminações e consequentemente mais propensa a atender os requisitos do princípio da imparcialidade (Lopes Junior; Gloeckner, 2014, p. 76).

Portanto, é de suma importância compreendermos que os casos concretos que ocorrem no processo penal vão muito além da ciência do direito, sendo imprescindível o estudo combinado com elementos psicanalíticos, antropológicos e sociológicos, para que evitamos limitar a compreensão das circunstâncias do crime aos olhos do direito penal.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

CONCLUSÃO

A interdisciplinaridade entre a ciência jurídica e a Psicologia é relevante desde o momento em que foi atribuído ao homem o poder de julgar; tendo, contudo, este mesmo homem, sido incumbido de fazê-lo isento de paixões e desejos.

Este pressuposto é condição fundamental estabelecida nos ordenamentos jurídicos de vários países, vez que o princípio da imparcialidade nos remete a ideia de homem racional, aquele que é capaz de se livrar da sua própria subjetividade quando está no exercício da sua função de juiz.

O propósito fundamental é proporcionar ao sujeito a garantia de ser julgado com o máximo de alheamento possível, o que vimos que não significa obtenção da imparcialidade plena, mas aplicar o máximo possível diante de cada caso concreto.

Após uma breve análise dos modelos processuais penais, restou claro que ainda estamos distantes da obediência à aplicação dos princípios e normas positivadas, o que acaba por resultar em pré-juízos significativos analisados sob o viés psicológico da teoria da dissonância cognitiva sempre que o juiz acumula funções desde a fase pré-processual.

É o próprio ordenamento jurídico que atribui ao homem, ao oferecê-lo a função de magistrado, prerrogativas, privilégios e garantias, como se fosse possível o ser humano escolher se posicionar com imparcialidade, sem desejo e sem paixões, sempre que este considere prudente ou necessário.

Contudo, embora tenha atribuído ao juiz exigências de imparcialidade, o legislador redigiu alguns dispositivos que vedam a atuação do juiz em algumas circunstâncias, prevendo que talvez este não tivesse completa autonomia sobre sua plena racionalidade.

Toda vez que a lei reconhece uma suspeição, recupera-se um pouco da condição humana daquele juiz, de modo que o princípio da imparcialidade destinado ao juiz-Estado demonstra ser um mito necessário para a manutenção da credibilidade do Poder Judiciário, fazendo com que o Direito seja capaz de alcançar sozinhos seus propósitos, principalmente o de “fazer justiça”.

É no inconsciente de cada indivíduo que estão registradas todas as suas vivências; sendo inexistente a opção de desativá-lo, ainda que momentaneamente. Desta forma, o que o princípio da imparcialidade impõe, a racionalidade, a razão de maneira pura, torna-se algo impossível de atingir.

Assim, como forma de defesa do sistema acusatório, o juiz das garantias é um importante instrumento capaz de atuar como uma política de redução de danos, evitando a contaminação que aniquila a originalidade cognitiva e traz à tona os resquícios do sistema inquisitório na prática processual penal brasileira.

É fato que impor ao magistrado, ao juiz-Estado de abster-se de sua própria história, de seus anseios, de seus desejos, de suas paixões, é inaceitável do ponto de vista psicológico. As tentações do mundo absoluto, onde o discurso consciente é chamado a operar, onde só há razão, corresponde ao bem supremo, ao universo quase divino; idealizado, imortal. Este discurso corresponde ao princípio da imparcialidade do juiz. Em contrapartida, o discurso do juiz-homem, o do inconsciente é permeado de desejos de demanda, de pulsão, da incompletude, inerente a natureza humana.

O estudo da Psicologia, seja pelo viés psicanalítico ou pelo viés da dissonância cognitiva, nos proporciona o reconhecimento da condição humana. O juiz-Estado enquanto representante da função estatal, encontra-se cerceado do seu direito de ser humano. Está impedido de pecar para não macular a “justiça”, e não apontar o quanto de vulnerabilidade há numa decisão judicial. O princípio da imparcialidade do juiz é o Direito legislado sobre o desejo.

CC BY NC ND

REVISTA DO DIREITO PÚBLICO, Londrina, v. 20, n. 2, p. 27-44, ago. 2025. DOI: 10.5433/1980-511X.2025.v20.n2.46597.

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 set. 2021.

BRASIL. Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm. Acesso em: 29 set. 2021.

BRASIL. Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 29 set. 2021.

COUNCIL OF EUROPE. European European Court of Human Rights. Sentencia del tribunal europeo de derechos humanos de Estrasburgo: caso Piersack contra Bélgica. Strasbourg: TEDH, 1984. Disponível em: http://www.cienciaspenales.net/files/2016/10/6caso-piersack-contra-belgica-derecho-a-un-proceso-independiente-e-imparcial.pdf. Acesso em: 14 maio 2022.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. Empório do Direito, São Paulo, 16 abr. 2015. Disponível em: https://emporiododireito.com.br/leitura/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal. Acesso em: 29 set. 2021.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FESTINGER, Leon. A theory of cognitive dissonance. Stanford: Stanford University Press, 1962.

FESTINGER, Leon. Teoria da dissonância cognitiva. Rio de Janeiro: Zahar, 1975.

FLORES, Marcelo Marcante. Apontamentos sobre os sistemas processuais e a incompatibilidade (lógica) da nova redação do artigo 156 do código de processo penal com o sistema acusatório. Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v. 9, n. 53, p. 42-56, dez./jan. 2009. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=69927. Acesso em: 12 maio 2022.

LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021a.

LOPES JÚNIOR, Aury. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021b.

LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Investigação preliminar no processo penal. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JÚNIOR, Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. Processo penal no limite. Florianópolis: Empório do Direito, 2018.

FERRAJOLI, Luigi. O direito como sistema de garantias. *In*: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades (org.). O novo em direito e política. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

MARTINS, Cristiano Zanin. A imparcialidade do juiz no processo penal. Jornal de Ciências Criminais, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 69-73, jul./dez. 2019. Dis-

Universidade Estadual de Londrina

Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

ponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=153100. Acesso em: 1 abr. 2022.

RITTER, Ruiz. Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. 2016. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016. Disponível em: https://hdl.handle.net/10923/10091. Acesso em: 14 maio 2022.

ROSA, Alexandre Morais da. Quando o juiz já sabia: a importância da originalidade cognitiva no processo penal. Consultor Jurídico, 29 abr. 2016. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-abr-29/limite-penal-quando-juiz-sabia-importancia-originalidade-cognitiva-processo-penal/. Acesso em: 26 abr. 2025.

ROSA, Alexandre Morais da. Teoria dos jogos e processo penal: a short introduction. 3. ed. Florianópolis: EMais, 2018.

SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança. Revista Liberdades, São Paulo, n. 11, set./dez. 2012, p. 30-50. Disponível em: https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/227. Acesso em: 26 abr. 2025.

SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís. Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

VIEIRA, Jair Lot. Código de Hamurabi: código de Manu, excertos (livros oitavo e nono); lei das 12. tábuas. 3. ed. São Paulo: Edipro, 2011. (Série Clássicos).

CC BY NC ND

DOI: 10.5433/1980-511X.2025.V20.N1.47623

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

A MITIGAÇÃO DE DANOS NO DIREITO BRASILEIRO: ENTRE O ÔNUS DO CREDOR E A JUSTIÇA DO DANO INJUSTO

DAMAGE MITIGATION IN BRAZILIAN LAW: BETWEEN THE CREDITOR'S BURDEN AND THE CONCEPT OF UNJUST DAMAGE

Ana Lúcia Maso Borba Navolar

Mestre em Direito Negocial na Universidade Estadual de Londrina, especialista em Direito Civil e Processo Civil pela UEL, Graduada em Direito pela PUC/PR, advogada atuante em Londrina. E-mail: navolar.ana@gmail.com.

Roberto Wagner Marquesi *(in memoriam)*

Doutor em Direito Civil pela USP. Professor do Programa de Mestrado e Doutorado na Universidade Estadual de Londrina, além de professor na graduação nesta mesma universidade e na Pontifícia Universidade Católica, campus Londrina. Advogado atuante em Londrina. E-mail: marquesi@uel.br.

Como citar: NAVOLAR, Ana Lúcia Maso Borba Navolar; MARQUESI, Roberto Wagner. A ausência do dano injusto como fundamento da teoria da mitigação dos danos. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 20, n. 2, p. 45-56, ago. 2025. DOI: 10.5433/1980-511X.2025.v20.n2.47623. ISSN: 1980-511X.

Recebido em: 01/03/2023
Aceito em: 22/04/2025

Resumo: O artigo analisa a teoria do "Duty to Mitigate the Loss" e sua adoção no direito brasileiro, introduzida pelo Enunciado 169 do Conselho da Justiça Federal, que a vinculou ao princípio da boa-fé objetiva. No entanto, essa associação apresenta um dilema: por estar vinculada à boa-fé objetiva tenderá a seguir a mesma natureza jurídica daquela: dever, no entanto, se fosse tratada como um dever, a teoria permitiria que o devedor exigisse judicialmente ações do credor para mitigar os danos, como ajuizar uma cobrança logo após o inadimplemento. Porém, pela teoria do Duty to Mitigate, a inércia do credor resulta apenas na perda ou redução da indenização, o que aproxima a teoria mais do conceito de ônus do que de um dever propriamente dito. Com base em uma abordagem dedutiva, o estudo propõe desvincular a teoria da boa-fé objetiva e fundamentá-la no conceito de dano injusto: pela responsabilidade civil baseada no dano injusto, apenas prejuízos que violam interesses juridicamente protegidos seriam indenizáveis, enquanto comportamentos passivos que agravam os danos afastariam a ideia de injustiça do prejuízo, o que afastaria a indenização do credor displicente, de forma que o lastro do Duty na responsabilidade civil oferece uma base mais sólida e congruente para aplicar a teoria no Brasil.

Palavras-chave: duty to mitigate the loss; boa-fé objetiva; dano injusto.

Abstract: Originating from common law, the "duty to mitigate the loss" theory states that, in the event of a default, the creditor must take reasonable steps to minimize their own losses, otherwise they risk losing the avoidable portion of the compensation. In Brazil, this theory became widely applied after Enunciado 169 of the CJF, which linked it to the principle of good faith. However, this linkage suggests the norm has the legal nature of a duty, implying a debtor could judicially demand that the creditor take measures to mitigate their own damages. As this scenario is considered unreasonable, the norm is better understood as having the legal nature of a burden, because the creditor's inaction results only in the partial loss of compensation, without further consequences. In light of this apparent incongruity—a norm with the nature of a burden being linked to an obligation—this work seeks to ground the mitigation theory in the concept of unjust damage. Through bibliographic research and the deductive method, the study concludes that civil liability accommodates this theory: in cases where a creditor intentionally allows damage to occur or worsen, the absence of "unjust damage" renders the loss lawful and, therefore, precludes compensation.

Keywords: duty to mitigate the loss; good faith; unjust damage.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

INTRODUÇÃO

A teoria do "Duty to Mitigate the Loss", originária da Common Law, passou a ser efetivamente aplicada no Brasil com a edição do Enunciado 169 do Conselho da Justiça Federal, que a associou ao princípio da boa-fé objetiva. Esta teoria impõe ao credor a obrigação de adotar medidas razoáveis para minimizar seus próprios prejuízos, sob pena de não ser compensado pelos danos que resultarem de sua inércia. Essa imposição reflete a ideia de que o credor não deve se manter passivo diante de uma situação de inadimplemento, mas sim buscar ativamente reduzir suas perdas.

Entretanto, surge uma incongruência: se o Duty estiver vinculado à boa-fé objetiva, deverá obedecer à natureza jurídica desse princípio, o que implicaria que a norma teria natureza de "dever". Nesse caso, o devedor teria um direito subjetivo de exigir judicialmente que o credor tomasse ações para mitigar os prejuízos, como, por exemplo, ajuizar uma ação de cobrança imediatamente após o inadimplemento. Contudo, a única consequência da inércia do credor é a perda da indenização correspondente, sem a aplicação de multas ou sanções em decorrência de sua falta de ação para mitigar o dano.

A partir dessa perspectiva, há quem considere a mitigação do prejuízo como um ônus, encargo ou incumbência, que não deve ser confundido com uma "obrigação" no sentido técnico da palavra. Essa diferença é crucial, pois uma obrigação implica um dever jurídico claro, enquanto um ônus pode ser visto como uma responsabilidade mais difusa, sujeita a interpretação e aplicação. Isso poderia afastar a teoria do "Duty to Mitigate the Loss" da boa-fé objetiva, gerando discussões sobre a natureza e os limites dessa responsabilidade.

Frente a essas lacunas, o objetivo deste trabalho é buscar um novo fundamento para essa teoria estrangeira que não dependa da boa-fé objetiva, sugerindo a justificação da teoria na responsabilidade civil amparada pelo dano injusto. Assim, será realizada uma construção lógica que estabeleça essa vinculação ao conceito de dano injusto, destacando a importância de se reconhecer a relação entre a responsabilidade do credor em mitigar seus danos e a legalidade do prejuízo que ele enfrenta. A pesquisa seguirá o método dedutivo, utilizando-se de pesquisa documental e bibliográfica, com o intuito de oferecer uma resposta que se adeque de maneira mais coerente ao ordenamento jurídico nacional, contribuindo para o avanço do entendimento sobre a responsabilidade civil no Brasil e suas implicações práticas.

1 CONTROVÉRSIAS SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DA TEORIA DA MITIGAÇÃO DE DANOS

Um carroceiro contratado para transportar certas mercadorias, ao chegar ao destino e não encontrar o contratante, pode deixar os cavalos atrelados, sem lhes dar descanso algum aguardando horas até a outra parte ser localizada? Caso os cavalos morram devido à exaustão, poderia ser exigida indenização pela perda dos cavalos ao contratante que não apareceu no horário determinado?

Esse foi justamente o primeiro caso de aplicação da teoria do Duty to Mitigate the Loss, ou teoria de mitigação dos danos. O caso aconteceu no século XVII na Inglaterra e de fato o transportador ingressou com uma ação judicial requerendo a indenização pela morte dos animais, no entanto, o Tribunal negou tal valor entendendo que foi insensatez não ter dado descanso, que ele poderia ter agido para reduzir seu próprio prejuízo, qual seja, a perda dos animais.

A referida teoria impõe que "o credor, prejudicado por um inadimplemento, não será indenizado pelas perdas e danos que evitou ou poderia ter evitado com esforços razoáveis e apropriados às circunstâncias" (Lopes, 2013, p. 18).

Seu surgimento remete aos países que adotam o sistema da *common law*, especialmente Estados Unidos e Inglaterra.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

Nos Estados Unidos, a Uniform Comparative Fault Act[1] (§ 1(b), (1977)), define tal teoria como uma "falha irracional para evitar uma lesão ou para mitigar danos"[2]. Robert Hillman (1976, p. 558) aduz que "os danos causados por uma quebra de contrato que poderiam ser evitados por meio de medidas razoáveis não são recuperáveis".

Entretanto, suportar o prejuízo é apenas uma das consequências da referida teoria; além disso, ela prevê que o valor despendido para envidar esforços no sentido de evitar ou reduzir o dano deve ser indenizado pelo devedor.

Dessa forma, a teoria pode ser desdobrada em dois fatores: um que impede o prejudicado de receber a indenização caso não tome medidas afirmativas para mitigar o dano, e outro que garante a indenização dos gastos que o credor diligente teve para mitigar o prejuízo. Assim, uma parte se aplica ao credor que agiu de forma displicente, enquanto a outra se destina ao credor que agiu com diligência.

A doutrina estrangeira se refere a isso como a face negativa e afirmativa da teoria. A face afirmativa permite a recuperação de todas as despesas razoáveis incorridas pelo autor na tentativa de evitar danos. Já a face negativa impede que um credor incorra passivamente em perdas que poderia razoavelmente evitar agindo com prudência (Goetz; Scott, 1983, p. 973–974).

Considerando que o Brasil adota o sistema da *civil law*, recomenda-se que, em um primeiro momento, essa teoria não seja comparada a qualquer instituto já existente no país, pois ela vem sendo aplicada na Common Law com contornos próprios. Trata-se de uma teoria autônoma[3], um princípio de direito que é equivalente a outros princípios, como o da causalidade; é uma teoria independente, existindo por si mesma, sem a necessidade de lastro em algum instituto legal.

Por outro lado, no sistema da *Civil Law*, as normas são formadas a partir da interpretação da lei, e a busca pela natureza jurídica é um objetivo comum. Isso é similar ao que ocorre na Alemanha e na Itália, onde a teoria da mitigação está expressamente prevista no Código Civil, com fundamento na culpa concorrente.

No Brasil, a jurista Véra Fradera (2005) se pautou na Convenção das Nações Unidas sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias[4] (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods – CISG), que no artigo 77 prevê expressamente que se deve adotar medidas razoáveis para reduzir os prejuízos do descumprimento, mas sem vinculá-lo a nenhum instituto jurídico, nos seguintes termos:

> A parte que invocar o inadimplemento do contrato deverá tomar as medidas que forem razoáveis, de acordo com as circunstâncias, para diminuir os prejuízos resultantes do descumprimento, inc1uídos os lucros cessantes. Caso não adote estas medidas, a outra parte poderá pedir redução na indenização das perdas e danos, no montante da perda que deveria ter sido mitigada.

Tendo este artigo como ponto de partida, a mencionada jurista sugeriu, na III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, um enunciado que atribuísse ao credor o ônus de reduzir seu próprio prejuízo. Dessa forma, ela pretendia inserir no direito interno a regra da CISG – que só tem aplicação nas transações internacionais – e, ao final, obteve êxito na edição do enunciado 169, que estabelece: "O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo." Embora os enunciados não possuam caráter vinculante, é inegável que, após a sua edição, os tribunais passaram a aplicar a teoria com mais segurança e assertividade.

Com a promulgação desse enunciado, as decisões jurisprudenciais relacionadas à teoria do duty começaram a fazer referência ao princípio da boa-fé objetiva, sendo majoritariamente compreendido que essa teoria está a ele vinculada. A respeito disso, Bruno Terra de Moraes (2019, p. 79) faz a seguinte explicação: "[…] se, após o inadimplemento contratual, o credor não age para mitigar seus

1 Documento elaborado pela National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (NCCUSL) com a intenção de harmonizar as leis estaduais vigentes nos estados.

2 Do original, "unreasonable failure to avoid an injury or to mitigate damages."

3 Sobre a autonomia desta norma, Katy Barnett (2016, p. 802) pontua que "Mitigation explicitly enters into contract law as a separate stand-alone doctrine used to limit the availability of damages in particular circumstances".

4 Tal Convenção de 1980 foi promulgada no Brasil através do Decreto 8327/14.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

danos, mas mesmo assim vem cobrar indenização por eles, essa atitude, indubitavelmente, violará a boa-fé objetiva" demonstrando o entendimento doutrinário seguindo com o entrelace da mitigação com a boa-fé objetiva.

Diante disso, é pertinente realizar uma breve conceituação sobre o mencionado princípio. A boa-fé objetiva se configura como um agir correto, ou seja, a conformidade de uma ação com a honestidade, lealdade e probidade.

Esse princípio serve como um parâmetro, uma diretriz para o comportamento e a ação. Como observado, "la buena fe subjetiva es creencia, la buena fe objetiva es conducta" (Rubio, 1984, p. 96). Judith Martins-Costa (2018, p. 281) a define como um direcionador de condutas, pelo qual os participantes da relação obrigacional devem ajustar seu mútuo comportamento.

Judith Martins-Costa (2000, p. 126) ensina que a boa-fé objetiva "é mais que um apelo à ética", pois incumbe ao juiz implementar o respeito e a confiança recíproca entre os contratantes, caso estes não o façam por si próprios, uma vez que o contrato não deve desviar da finalidade para a qual foi criado, evidenciando o caráter de cláusula geral desse princípio.

Assim, considerando que o Duty está vinculado à boa-fé objetiva, pode-se, em um primeiro momento, interpretar o dever de mitigação propriamente como um dever. No entanto, essa interpretação se mostra incorreta no sentido de que, em uma relação jurídica, quando se impõe a uma parte um dever, confere-se à outra um poder (Betti, 2008, p. 26). Nesse contexto, o devedor poderia exigir que o credor tomasse medidas para reduzir seu prejuízo, como, por exemplo, demandar que o credor ajuizasse uma ação de cobrança assim que ocorresse o inadimplemento. Entretanto, é evidente que isso não é razoável, por isso a norma de mitigação não pode ser considerada um dever.

A teoria do duty to mitigate enfrenta uma dificuldade importante quando associada ao princípio da boa-fé objetiva. Se esse dever estivesse vinculado à boa-fé, deveria compartilhar sua natureza jurídica, ou seja, seria um "dever" com reflexos no comportamento das partes. Nesse cenário, o devedor poderia, em tese, exigir judicialmente que o credor tomasse medidas para reduzir os prejuízos causados, como propor uma ação de cobrança imediatamente após o inadimplemento. No entanto, essa possibilidade não se concretiza na prática, o que demonstra um descompasso entre a teoria e sua aplicação.

Diante disso, entende-se que a teoria da mitigação do prejuízo se coaduna mais com a figura de ônus do que de dever.

Fala-se de ônus "quando o exercício de uma faculdade é definido como condição para a obtenção de uma certa vantagem; para tanto, o *ônus* é uma faculdade cujo exercício é necessário para a realização de um interesse" (Carnelutti *apud* Grau, 1982, p. 180). Ou seja, não é obrigatório, mas é necessário. Emilio Betti (2008, p. 32) explica que ônus "são poderes de iniciativa conferidos no interesse do próprio titular, se ele deseja evitar um dano ou obter uma vantagem".

Eros Grau (1982, p. 181) faz o cotejo[5] de ônus com o dever,

> [...] ô*nus*, destarte, é um vínculo imposto à vontade do sujeito em razão do seu próprio interesse. Nisto se distingue do *dever* — e da *obrigação* — que consubstancia vínculo imposto àquela mesma vontade, porém no interesse de outrem. Por isso que o não-cumprimento do *ônus* não acarreta, para o sujeito, sanção jurídica, mas tão-somente uma certa desvantagem econômica: a não obtenção da vantagem, a não satisfação do interesse ou a não realização do direito pretendido. Já o não-cumprimento do dever — ou da *obrigação* — acarreta sanção jurídica para o sujeito.

Ou seja, o ônus é uma escolha facultativa com consequências: se a pessoa não cumpre, ela não sofre uma punição legal, mas perde uma vantagem, como um ganho econômico ou a realização de um direito que ela queria. Por outro lado, o dever ou a obrigação são compromissos que alguém tem de cumprir para atender ao interesse de outra pessoa. Se não forem cumpridos, há consequências legais, como uma punição ou a necessidade de reparar o dano causado.

5 Carnelutti (*apud* Grau, 1982, p. 181) também explica "dever e ônus têm em comum o elemento formal, consistente no vínculo à vontade, mas diverso o elemento substancial, porque o vínculo é imposto, quando se trata de dever, no interesse alheio, e, tratando-se de ônus, para a tutela de um interesse próprio"

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

Já Judith Martins-Costa (2018, p. 610) apresenta a natureza jurídica do Duty como um meio-termo entre ônus e o dever de proteção, contudo, a autora ressalta ressalta que isso não pode ser confundido com 'obrigação' no sentido técnico da palavra (Martins-Costa 2018, p. 608).

Vê-se na doutrina nacional que trata da teoria do *Duty to Mitigate the Loss* a menção a uma incerteza quanto à natureza jurídica, há, por exemplo, o entendimento da jurista Véra Fradera (2004, p. 174–175) na exposição da justificativa do Enunciado 169 da CJF:

> Chega-se, assim, a uma primeira conclusão: a natureza do dever do credor de mitigar o seu prejuízo varia de acordo com o sistema jurídico enfocado: no BGB é considerada uma Obligenheit, isto é, uma obrigação cuja exigência de cumprimento reveste-se de menor intensidade; no Direito francês, a justificativa estaria na boa-fé ou no abuso de direito; na Common Law, é uma decorrência do próprio sistema, isto é, aquele que viola um contrato é responsável pelos danos, sem consideração à culpa ou à negligência.

No entanto, de fato, não há incerteza na Alemanha, França, Reino Unidos e Estados Unidos etc.

No Direito alemão a natureza jurídica da norma de mitigação é o *Obligenheit*, Reimer Schmidt (*apud* Grau, 1982, p. 182) se refere a isso como deveres de menor intensidade; Enneccerus (*apud* Grau, 1982, p. 182) como "encargos que podem ser exigidos de um sujeito jurídico também no interesse de outro, sem que este outro, contudo, possa impor à parte por eles vinculada o seu cumprimento", diante do não-cumprimento da *Obligenheit*, o sujeito fica livre de qualquer coação e também de qualquer dever de indenização, contentando-se, em vez disso, com sanções mais amenas. Sanções essas que geralmente consistem na perda de uma melhor posição jurídica, ou em outra desvantagem jurídica qualquer. Não havendo dúvida que as consequências do descumprimento da *Obliegenheit* são bem diferentes do descumprimento de um dever (Grau, 1982, p. 182).Transportando para o direito brasileiro, percebe-se que a *Obliegenheit* correspondem ao ônus.

Bénédicte Fauvarque-Cosson e Deniz Mazeaud (2008, p. 562), autores do livro "European Contract Law", explicam o conceito de *Incombance* [*Obligenheit* em alemão] desenvolvido pela doutrina alemã, suíça e belga, como "dever cuja inobservância expõe o seu autor não a uma condenação, mas à perda das vantagens inerentes ao cumprimento do dever"[6].

Inclusive, os autores pontuam que tal incumbência [ônus] decorre do princípio da coerência[7] nos seguintes termos, "em nome da coerência, verifica-se, portanto, que a parte que foi obrigada a preencher determinados requisitos para poder usufruir de um direito, se verá privada desse direito se não cumprir esses requisitos"[8] (Fauvarque-Cosson; Mazeaud, 2008, p. 562).

Assim, *obligenheit*, *incombance* e ônus se referem ao mesmo instituto[9], como exposto nas citações dos autores estrangeiros deste tópico, vê-se que nos Estados Unidos, Inglaterra, Suíça, Alemanha, etc., a natureza jurídica é sempre a mesma: ônus (ou *obligenheit*, *incombance* – que se trata do mesmo instituto), o que difere entre eles não é a natureza jurídica, mas sim o lastro. Realmente, nos países que seguem a sistemática da *common law*, o princípio da mitigação é autônomo, é aplicado sem justificá-lo em nenhum outro instituto, isso porque, naquela sistemática, as normas vão sendo criadas a partir das decisões judiciais, então apenas cita-se o precedente.

6 Do original: The idea with incombance, – at least in the contractual sphere –, is that the fulfilment of the duty incumbent on the party forms a preliminary element, a preliminary condition, to the ability, either of his own undertaking, or the other party's obligation, to be invoked or demanded.

7 No Brasil, tal noção pode ser inserida nos deveres laterais da boa-fé objetiva, especificamente, a *tu quoque* e *venire contra factum proprium*, que serão mais adiante detalhadas.

8 Do original: in the name of consistency, it therefore appears that the party who was required to fulfil certain requirements in order to be able to take advantage of a right, will find themselves deprived of this right if they do not comply with these requirements.

9 Os autores também informam que a França não possui a noção de incumbência (ônus), mas que por vezes essa noção aparece implicitamente na legislação. Na citação original literal "Many illustrations of this principle can be found in French law even if the concept of incombance is not recognised as such. The principle is sometimes applied by statute. For example, Article L 313-22, paragraph 2 of the Monetary and Financial Code states that the professional creditor who does not give the guarantor the annual update of information, provided for in paragraph 1 of this provision, is deprived of the interests outstanding since the previous update. Case law also adopts various approaches which require the party seeking performance to fulfil certain requirements before his right can be invoked. Thus, in respect of clauses guaranteeing liabilities, where the guarantor's obligation is subordinated to the beneficiary's undertaking to inform the guarantor of any event which might determine the operation of the clause, it has been judged that this stipulation aimed 'not to define an obligation to do in the sense of Article 1142 of the Civil Code, which would result in damages in the case of non-performance, but rather a contractual fin de non-recevoir preventing the beneficiary from validly invoking his guarantee without firstly having fairly informed the guarantor of the reasons for it being invoked' (Fauvarque-Cosson; Mazeaud, 2008, p. 562).

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

Entretanto, pela sistemática da *civil law*, já que as normas decorrem da interpretação da lei, a teoria da mitigação deve estar prevista em lei ou ter respaldo em algum outro instituto previsto em lei, razão pela qual, aqui no Brasil, foi sugerido que esse ônus decorreria do princípio da boa-fé objetiva.

Mas como visto, o duty to mitigate não gera para o devedor um direito subjetivo de exigir condutas do credor, mas apenas define uma consequência para a falta de ação: a perda ou redução da indenização que o credor poderia receber. Não há previsão de punições, multas ou sanções diretas para o credor que não age de forma proativa para mitigar os danos. Isso mostra que o duty to mitigate tem uma lógica distinta da boa-fé, pois está mais relacionado a uma limitação no direito à indenização do que a um dever propriamente dito.

Dessa forma, a tentativa de enquadrar o duty to mitigate no princípio da boa-fé objetiva resulta em uma construção forçada e pouco funcional. A boa-fé objetiva pressupõe deveres instrumentais e colaborativos entre as partes, enquanto a mitigação de danos atua como uma regra que limita a responsabilidade do devedor. Para justificar a teoria da mitigação de danos de forma mais coerente, é necessário desvinculá-la da boa-fé.

Apenas a título de visualização, na Alemanha (país que adota a *civil law*), a teoria da mitigação é entendida com natureza jurídica de *obligenheit (ônus) e está prevista no* § 254 do BGB vinculado à culpa concorrente, ou seja, para o Direito germânico, além não haver dúvida sobre sua natureza, ainda está previsto expressamente em lei, e possui lastro na culpa concorrente.

Ou seja, na prática, não pende controvérsia sobre a natureza jurídica da teoria: é ônus, no que realmente pende controvérsias é quanto ao instituo que irá respaldá-la dentro do sistema jurídico, sendo a proposta deste artigo apresentar o dano injusto como candidato para ocupar essa vaga.

2 A FIGURA DO DANO E O DANO INJUSTO: O GIRO CONCEITUAL

A responsabilidade civil tem como base o princípio romano do *neminem laedere*, que busca evitar danos às pessoas ou aos bens de terceiros, além disso, também se baseia no princípio da equivalência, que obriga quem causou o dano a oferecer uma compensação justa, seja através de reparação, indenização financeira ou outra forma de satisfação à vítima (Lobo, 2025, p. 287).

Ou seja, a intenção da responsabilidade civil é evitar ou reparar os danos. O dano é o elemento central da responsabilidade civil, é ele “que dispara o mecanismo ressarcitório” (Farias; Braga Neto; Rosenvald, 2019, p. 293).

Agostinho Alvim (1980, p. 142) ensina que, como regra geral, a falta de dano impede que haja a possibilidade de reparação, pois sem dano não há o que reparar. Mesmo que haja violação de um dever jurídico e que o infrator tenha agido com culpa ou até dolo, não será devida nenhuma indenização se não houver prejuízo comprovado.

O Código Civil menciona o dano em várias ocasiões, mas não oferece uma definição clara, nem especifica quais lesões são protegidas pelo ordenamento jurídico. Segundo Farias, Braga Neto e Rosenvald (2019, p. 297), “o dano é sinalizado por um conceito vago, de confins imprecisos, que será preenchido pela doutrina e jurisprudência e construído conforme a juridicidade dos interesses postos em conflito na concretude de cada litígio.” O que significa que se trata de uma cláusula geral de reparação de danos.

Para Paulo Lobo (2025, p. 316), “dano é a ofensa de natureza patrimonial ou extrapatrimonial à esfera jurídica de outrem”.

Originalmente, o dano era compreendido de forma restrita, limitado à violação de direitos subjetivos formalmente reconhecidos, como a propriedade ou o crédito. O direito subjetivo, entendido como a faculdade de atuar juridicamente para satisfazer um interesse protegido pela ordem legal, fundamentava essa interpretação clássica. No entanto, essa visão se mostrou insuficiente para abranger situações em que interesses juridicamente relevantes, mas não formalizados como

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

direitos subjetivos, eram lesados. Essa lacuna se tornava evidente em casos que envolviam danos extrapatrimoniais ou interesses difusos, os quais ficavam fora do alcance da tutela jurídica.

Nesse contexto, o Código Civil de 2002 promoveu uma ruptura profunda com a estrutura patrimonialista que historicamente caracterizava o Direito Civil brasileiro. Essa transformação deslocou o foco da regulação jurídica dos bens patrimoniais para a valorização das situações jurídicas existenciais, reconhecendo que o Direito deve priorizar as condições que garantem o pleno desenvolvimento da pessoa. Essa mudança de paradigma incorporou a centralidade dos valores humanos e sociais, refletindo um avanço significativo no tratamento das relações jurídicas.

Essa abordagem humanista consolidou a prevalência das relações extrapatrimoniais, redefinindo o papel do Direito Civil como instrumento de promoção da justiça social. O Código de 2002 reafirmou o compromisso com a dignidade da pessoa humana, enfatizando a proteção de interesses fundamentais e oferecendo uma resposta mais abrangente às demandas contemporâneas (Moraes, 2006).

Nessa mesma linha, na seara da responsabilidade civil surge o que veio a ser chamado de “dano injusto”, que propõe uma análise centrada na proteção de interesses que, embora não expressos como direitos subjetivos, são reconhecidos como dignos de tutela pelo ordenamento jurídico. Essa abordagem amplia a capacidade do Direito de responder às demandas contemporâneas, acompanhando as transformações sociais, dando ênfase na proteção da vítima.

A expressão dano injusto é de origem italiana e se fez presente no art. 2.043 do Código Civil Italiano: “qualquer fato doloso ou culposo que causar a alguém um dano injusto, obriga àquele que cometeu o fato a ressarcir o dano”. Sobre isso explicam Farias, Braga Neto e Rosenvald (2019, p. 304):

> O dano indenizável como injusto é aquele relevante segundo uma ponderação de interesses em jogo à luz de princípios constitucionais. Essa nova forma de responsabilidade civil acaba por concretizar a dogmática jurídica principiológica, permitindo que, em um caso concreto, o aplicador do direito pondere os interesses em jogo e, a partir dos valores expressos na Constituição Federal, decida quem deve arcar com a responsabilização dos prejuízos

No sistema jurídico italiano, o art. 2.043 do Código Civil reconhece como passível de reparação o dano injusto provocado por condutas dolosas ou culposas. A definição de dano injusto foi objeto de recente releitura pela doutrina e pela jurisprudência italianas. O ponto de inflexão ocorreu com a decisão nº 500, proferida em 22 de julho de 1999 pela Sessão Única, que trouxe uma análise crítica sobre o conceito de dano injusto como violação de direitos subjetivos. Na realidade, a evolução dessa ideia remonta ao Código Civil italiano de 1942. Inicialmente, entendia-se que apenas os direitos absolutos eram merecedores de proteção jurídica. Contudo, a partir da década de 1990, doutrina e jurisprudência ampliaram essa perspectiva para contemplar novas situações jurídicas, consolidando essa visão com a decisão nº 500/99 da Corte de Cassação (Amaral; Pona, 2012, p. 27).

Nesse contexto, o imperativo jurídico atual é garantir proteção adequada a qualquer situação, seja individual ou coletiva, que mereça ser tutelada, levando em conta a importância e o valor intrínseco dos bens ou interesses a serem protegidos. Isso deve ser feito mesmo que não haja um reconhecimento normativo específico (González, 1998-1999, p. 150).

Claudio Bonanno (2009, p. 7), explica que o novo dispositivo [art. 2.043 Código Civil Italiano] não foca na ilicitude da conduta, porque a injustiça, segundo a nova interpretação da doutrina e jurisprudência, é uma exigência relacionada à lesão e não ao comportamento do agente, sendo simplesmente a consequência dada pela ordem jurídica contra quem causa dano obrigando-o ao ressarcimento.

Orlando Gomes (1980, p. 293) caracteriza essa questão como um “giro conceitual do ato ilícito para o dano injusto”, o que permite reconhecer a ressarcibilidade de danos independentemente da prática de um ato ilícito. O conceito de dano foi ampliado de forma significativa, passando a refletir uma visão mais abrangente e alinhada aos princípios constitucionais. Agora, não se limita ape-

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

nas à violação de direitos subjetivos, mas também abrange a lesão a interesses protegidos juridicamente.

Nesse mencionado "giro conceitual", o foco não está na punição do ofensor, mas na proteção da vítima do dano injusto. Portanto, o foco da responsabilidade civil passa a ser o reequilíbrio econômico em relação ao dano, não mais um instrumento de repressão a condutas antijurídicas (Farias; Braga Neto; Rosenvald, 2019, p. 303).

Atualmente, entende-se que o dano é a lesão a um interesse jurídico tutelado, seja ele patrimonial ou moral, resultante de um ato comissivo ou omissivo. Além disso, entende-se hoje que há atos ilícitos que não geram dano e atos lícitos que podem resultar na obrigação de indenizar.

A título de exemplificação, está o dono de um terreno que constrói em conformidade com as normas e respeitando a função social da propriedade, mas acaba bloqueando a vista para o mar de um vizinho. É evidente que isso gera um prejuízo para o proprietário do prédio vizinho, mas não se fala em indenização, já que a construção está amparada pelo exercício de direitos fundamentais (art. 5º, XXII e XXIII da Constituição Federal) (Farias; Braga Neto; Rosenvald, 2019, p. 303).

No entanto, situação diversa é aquele que constrói em desacordo com o plano diretor, nesse caso, estará protegido juridicamente o interesse do vizinho para que não surjam novas construções.

A compreensão atual do dano revela a complexidade das relações entre ações lícitas e ilícitas. Muitas vezes, atos legítimos podem causar prejuízos a terceiros sem que isso gere a obrigação de indenizar, como no exemplo de uma construção que, embora em conformidade com as normas, bloqueia a vista de um vizinho. Por outro lado, a proteção dos interesses alheios se torna essencial em situações em que normas são desrespeitadas, como quando alguém constrói fora dos parâmetros do plano diretor. Nesse caso, a responsabilidade pela reparação dos danos é clara, pois envolve não apenas a lesão em si, mas também a necessidade de todos os envolvidos agirem de forma proativa.

É nesse sentido que o jurista americano Charles McCormick (*apud* Lopes, 2013, p. 19-20) destaca a importância de que as normas de reparação de danos sejam formuladas para incentivar comportamentos responsáveis, tanto por parte de quem causa o dano quanto por parte das vítimas. Isso significa que as regras devem desencorajar uma postura passiva diante de prejuízos que poderiam ser evitados por ações razoáveis de prevenção ou contenção.

Da mesma forma, é necessário evitar que as vítimas contribuam ativamente para a ampliação dos danos, seja por negligência, imprudência ou até mesmo por condutas que, embora possam parecer justificáveis, agravam desnecessariamente a situação. Por exemplo, quando a prudência ou o bom senso indicam que determinada atividade deveria ser interrompida para evitar prejuízos maiores, é esperado que as partes envolvidas ajam com diligência para minimizar os danos. A lógica por trás disso é simples: tanto o direito quanto a justiça devem incentivar uma atuação que vise à redução de impactos negativos, garantindo que a reparação de danos se mantenha dentro de limites razoáveis e proporcionais.

O que reforça a ideia de que as regras sobre responsabilidade civil são para que a parte seja indenizada dos prejuízos que de forma "injusta" tenha sofrido. Não se pode dizer que o prejuízo daquele credor que aguardou o dano se avolumar seja legítimo, no mínimo há um desrespeito para com o outro contratante, e tal como citado imediatamente acima, não há o intuito de "proteger e conservar o bem-estar econômico e a prosperidade de toda a comunidade".

Christian Sahb Lopes (2013, p. 58), não menciona o dano injusto quanto à mitigação dos danos, mas sua construção parece que se enviesa nesse sentido, a ver:

> Desta forma, se o credor faltou em agir de maneira a minimizar os danos, a indenização será fixada discricionariamente pelo juiz que deverá levar em conta, entre outras circunstâncias, a extensão do dano que poderia ter sido evitada ou reduzida. Poderá, assim, 'indeferir

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

> totalmente a pretensão de indenização ou reconhecê-la em parte ou, inclusive, totalmente'. Percebe-se que, diante de um dano que poderia ter sido minimizado e não foi, o direito alemão concede maior liberdade ao juiz para fixar a indenização que os direitos dos países de *common law.*

E uma das formas da sociedade desencorajar esse tipo de comportamento por parte do credor, é justamente não concedendo indenização àquele que não teve nenhum comportamento razoavelmente proativo para mitigar seu prejuízo (Mccormick *apud* Lopes, 2013, p. 20).

Corroborando, Atiyah e Smith apontam que "os tribunais agem com base na suposição de que o requerente não pode ser indenizado por perdas que ele poderia ter evitado, ou de fato evitou, ao tomar medidas razoáveis. É esperado que o requerente, diz-se, 'mitigue' suas perdas" (*apud* Farnsworth, 2004, p. 229).

Assim, no Brasil, o próprio instituto da responsabilidade civil é apto a resolver a questão da mitigação dos danos, não sendo necessário uma "ginástica jurídica" para amoldar o ônus de reduzir os prejuízos no dever jurídico da boa-fé objetiva, já que o próprio sistema já possui mecanismos capazes de elidir isso, basta saber que caso não aja para reduzir o prejuízo, também não receberá indenização equivalente, ou seja, terá que suportar todos os prejuízos em que se manteve inerte diante dos percalços.

Em resumo, prejuízos que são lícitos e justificados não configuram danos passíveis de reparação, pois não representam violações a interesses jurídicos protegidos. O princípio que proíbe causar dano a outra pessoa (*neminen laedere*) serve diretamente como base para a reparação de um prejuízo injusto, considerando juridicamente relevante qualquer lesão a interesses que, por sua essência, sejam considerados dignos e merecedores de proteção.

Assim, aplicando essa lógica à teoria da mitigação de danos, se o credor permanecer inerte diante de um prejuízo iminente, mesmo tendo a possibilidade de agir para evitá-lo ou reduzi-lo, ele não poderá reivindicar indenização pela parcela do dano que poderia ter sido prevenida. Nesse caso, essa parte do prejuízo não é considerada injusta, pois foi resultado da própria inação do credor, que optou por não agir e permitiu que o dano ocorresse ou se agravasse. Por isso, tal prejuízo não é injusto e não pode ser qualificado como indenizável.

Quando a questão da mitigação de danos é vista pelo enfoque do dano injusto, deixa de haver incongruência na natureza jurídica: o "dever" da boa-fé objetiva contrastando com a notória natureza de ônus da teoria da mitigação, já que não haveria mais lastro naquele princípio.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

CONCLUSÃO

Desde a publicação do Enunciado 169 do CJF em 2004, a teoria do "Duty to Mitigate the Loss" passou a ganhar espaço no direito brasileiro, mas sua vinculação ao princípio da boa-fé objetiva trouxe desafios conceituais significativos. A natureza jurídica da mitigação de danos tem sido debatida, especialmente por não se alinhar perfeitamente ao conceito de dever, característico da boa-fé, mas sim ao de ônus, que é uma faculdade exercida no interesse do próprio credor.

Este estudo propôs uma abordagem alternativa ao fundamentar a mitigação de danos no conceito de dano injusto, afastando a necessidade de vinculação à boa-fé objetiva. Sob essa perspectiva, os prejuízos evitáveis, decorrentes da inércia do credor, não configuram lesão a interesses juridicamente protegidos e, portanto, não são passíveis de reparação.

A análise do dano injusto, além de resolver a incongruência conceitual, oferece uma base mais sólida e coerente para a aplicação da teoria. Isso porque a responsabilidade civil passa a focar na proteção de prejuízos efetivamente injustos, desconsiderando situações em que a passividade do credor contribuiu para o agravamento do dano. Nesse sentido, a reparação de prejuízos deixa de ser apenas um direito subjetivo do credor e passa a estar condicionada ao comportamento responsável e diligente diante da adversidade.

Com isso, desvincular o "Duty to Mitigate the Loss" da boa-fé objetiva também evita interpretações forçadas quanto à natureza jurídica. Essa mudança promove a segurança jurídica e reconhece que a mitigação de prejuízos é uma extensão lógica do dever de agir com razoabilidade em um sistema que valoriza o equilíbrio contratual. Ao mesmo tempo, assegura que apenas os prejuízos inevitáveis sejam indenizáveis.

Portanto, fundamentar a mitigação no dano injusto permite uma aplicação mais prática e alinhada aos princípios constitucionais, eliminando a necessidade de criar distinções artificiais sobre a natureza da teoria. Ao afastar a indenização de prejuízos que poderiam ter sido evitados, reforça-se o compromisso com a justiça e a razoabilidade nas relações jurídicas, oferecendo uma resposta mais adequada às demandas do ordenamento jurídico brasileiro.

CC BY NC ND

REVISTA DO DIREITO PÚBLICO, Londrina, v. 20, n. 2, p. 45-56, ago. 2025. DOI: 10.5433/1980-511X.2025.v20.n2.47623.

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

REFERÊNCIAS

ALVIM, Agostinho. Da inexecução das obrigações. São Paulo: Saraiva, 1980.

AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; PONA, Everton William. Ampliando horizontes: expansão da categoria dos danos ressarcíveis como garantia da sustentabildade jurídico-social nas relações privadas. *In*: KEMPFER, Marlene; TARIFA, Rita de Cássia Resquetti (org.). Estudos em direito negocial e sustentabilidade. Curitiba: Editora CRV, 2012. p. 9-42.

BARNETT, Katy. Substitutive Damages and Mitigation in Contract Law. Singapore Academy of Law Journal, Singapore, v. 28, p. 795-824, 2016. Disponível em: https://journalsonline.academypublishing.org.sg/Journals/Singapore-Academy-of-Law-Journal-Special-Issue/e-Archive/ctl/eFirstSALPDFJournalView/mid/513/ArticleId/1173/ Citation/JournalsOnlinePDF. Acesso em: 3 fev. 2023.

BETTI, Emílio. Teoria geral do negócio jurídico. Campinas: Servanda, 2008.

BONANNO, Claudio. La perdita di chance nel diritto privato. Brevi riflessioni: alcuni spunti dottrinali e jiurisprudenziali. Giureta, Palermo, v. 7, p. 1- 44, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETO, Felipe Peixoto. ROSENVALD, Nelson. Novo tratado de responsabilidade civil. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

FARNSWORTH, Allan. Farnsworth on contracts. 3. ed. Nova York: Aspen, 2004. v. 3.

FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte; MAZEAUD, Denis. European contract law: materials for a common frame of reference: terminology, guiding principles, model rules. Munique: European Law Publishers, 2008.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. Justificativa à proposta de Enunciado ao Art. 422: O credor poderá ser instado a mitigar o próprio prejuízo. *In*: JORNADA DE DIREITO CIVIL, 3., 2005, Brasília. Anais [...]. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2005.

GOETZ, Charles J.; SCOTT, Robert E. The mitigation principle: toward a general theory of contractual obligation. Virginia Law Review, Charlottesville, v. 69, p. 967-1024, set. 1983. Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/399. Acesso em: [20 jan. 2023].

GOMES, Orlando. Tendências modernas da reparação de danos. *In*: FRANCESCO, José Roberto Di (org.). Estudos em homenagem ao Professor Silvio Rodrigues. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

GONZÁLEZ, Matilde Zavala. Los daños morales colectivos. In Revista Lecciones y Ensayos, Dossier Responsabilidad Civil, Faculdad de Derecho y Ciencias Sociales da Universidad de Buenos Aires, 1998/99, n. 72, 73, 74. Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 145 - 159.

GRAU, Eros Roberto. Nota sobre a distinção entre Obrigação, Dever e Ônus. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 77, p. 177-183, 1982.

HILLMAN, Robert A. Keeping the Deal Together After Material Breach: Common Law Mitigation Rules, the UCC, and the Restatement (Second) of Contracts. University of Colorado Law Review, Boulder, v. 47, p. 553-615, 1976.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

LOBO, Paulo. Direito civil: obrigações. 13. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2025.

LOPES, Christian Sahb Batista. Mitigação dos prejuízos no direito contratual. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MORAES, Bruno Terra de. A aplicação do dever da vítima de mitigar o próprio dano no Brasil: fundamentos e parâmetros. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2019.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. Revista Direito, Estado e Sociedade, Rio de Janeiro, v. 9, n. 29, p. 233-258, jul./dez, 2006.

RUBIO, Delia Matilde Ferreira. La buena fé: el principio general en el derecho civil. Madrid: Montecorvo, 1984.

CC BY NC ND

DOI: 10.5433/1980-511X.2025.V20.N1.48402

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E OS DESAFIOS DE REGULAÇÃO DAS PLATAFORMAS DIGITAIS

FREEDOM OF SPEECH AND THE REGULATORY CHALLENGES OF DIGITAL PLATFORMS

Ricardo De Moraes

Mestrando em Direito da Sociedade da Informação do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Especialista em Direito Imobiliário e Registral pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Especialista em Direito do Consumidor pela Faculdade Legale. Graduado em Ciências Jurídicas pela Universidade Bandeirante de São Paulo. Advogado. E-mail: ricardoandre@barrosdemoraes.com.br.

Jorge Shiguemitsu Fujita

Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Professor Titular e Emérito do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU (São Paulo). Professor Doutor do Curso de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. Coordenador de Direito da Família e Sucessões Aplicado do Curso de Pós-graduação lato sensu do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. Professor Visitante do Curso de Pós-Graduação lato sensu em Direito Civil e Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade de Londrina - UEL (PR). Professor do Curso de Pós-Graduação lato sensu da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo. Advogado, consultor jurídico e parecerista. E-mail: jorge.fujita@fmu.br.

Como citar: MORAES, Ricardo de; FUJITA, Jorge Shiguemitsu. A liberdade de expressão e os desafios de regulação das plataformas digitais. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 20, n. 2, p. 57-67, ago. 2025. DOI: 10.5433/1980-511X.2025.v20.n2.48402. ISSN: 1980-511X.

Recebido em: 14/06/2023
Aceito em: 23/04/2025

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo inquirir como a liberdade de expressão pode ser afetada e fragilizada com as propostas de regulação das plataformas digitais. Diante dos conceitos e fundamentos históricos questiona-se quais são as condições para o pleno exercício da manifestação do pensamento seja relativizado evitando a distorção das ideias existentes com a desinformação. O estudo aborda as vicissitudes sofridas entre a escassez e o excesso de informação e os riscos para a liberdade de expressão. Ainda fomenta os desafios para adequá-las dos valores fundamentais, preservando os ditames democráticos consagrados em nossa constituição. O artigo tem como objetivo contribuir à análise das experiências atuais de regulação desenvolvidas e equalizadas e da manifestação do pensamento explorando o enfrentamento da desinformação e da propagação das *fake news* no ambiente digital. Concluiu-se que as plataformas digitais devem ser reguladas pelo modelo de autorregulação regulada possibilitando o exercício do monitoramento das plataformas, sob a supervisão tanto da sociedade civil, quanto do Estado, mantendo o direito à liberdade de expressão para a evolução social, evitando a alienação desse direito essencial. A investigação utiliza-se do método dedutivo, por intermédio de uma abordagem qualitativa e quantitativa de pesquisa e análise bibliográfica e revisão de textos legislativos.

Palavras-chave: liberdade de expressão; desinformação; regulação das plataformas digitais.

Abstract: This paper investigates how freedom of expression can be affected by proposals to regulate digital platforms. Drawing on conceptual and historical foundations, the central question is under what conditions the full exercise of free expression may be limited to prevent the distortion of ideas through disinformation. The study addresses the complexities arising from the tension between information scarcity and excess, and the resulting risks to freedom of expression. It also examines the challenge of adapting these platforms to fundamental values while preserving the democratic principles enshrined in the Constitution. The article contributes to the analysis of current regulatory models, exploring methods for combating disinformation and the spread of fake news in the digital environment. The study concludes that digital platforms should be managed through a "regulated self-regulation" model. This would enable the monitoring of platforms under the supervision of both civil society and the State, thereby maintaining freedom of expression for social evolution and preventing the erosion of this essential right. The research uses a deductive method, combining qualitative and quantitative approaches with bibliographic analysis and a review of legislative texts.

Keywords: freedom of speech; misinformation; regulation of digital platforms.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

INTRODUÇÃO

A liberdade de expressão tem sido um princípio fundamental dos Estados democráticos, auxiliando no fluxo de ideias e opiniões. Com o advento da sociedade da informação atrelada ao avanço das Tecnologias de Informação e Comunicação Contemporâneas (TICCs), como plataformas digitais e redes sociais, vivenciamos uma nova perspectiva de comportamentos e debates entre as pessoas removendo as fronteiras espaciais e temporais.

Contudo, as ferramentas de controle e regulação não evoluíram na mesma velocidade, criando uma defasagem entre o excesso de informação contra praticamente nenhuma forma de monitorar ou regular ao conteúdo difundido. Se por um lado foi possível a junção e fortalecimento de movimentos sociais e interações globais; por outro também ocorreram a disseminação acelerada de informações falsas e a proliferação de desinformação.

Nesse liame, concatenada a discussão da melhor opção de regulação das plataformas digitais visando o combate à desinformação, têm-se levantado a importância e como garantir a liberdade de expressão.

Este artigo tem como objetivo contribuir à análise das experiências atuais de regulação já desenvolvidas e equalizadas ao exercício da manifestação do pensamento compreendendo a complexidade dessa problemática e explorar as diversas abordagens para o enfrentamento da desinformação e da propagação das *fake news* no ambiente digital.

No capítulo seminal destacamos a liberdade de expressão, enquanto direito fundamental consagrado constitucionalmente, sendo um dos pilares estruturantes dos Estados modernos e essencial à dignidade humana. Diante de toda essa importância esse direito não se apresenta de forma absoluta. Conforme apontam doutrinadores como Canotilho, Bobbio e Barroso (2003), seu exercício deve ser harmonizado com outros valores constitucionais. Destarte a proteção ao pensamento e à comunicação não apenas assegura a autonomia individual, mas também serve como instrumento de limitação do poder e de promoção do pluralismo democrático.

Avançando aos temas propostos, apresentamos as mudanças na sociedade da informação marcada pelas Tecnologias de Informação e Comunicação Contemporâneas (TICCs), onde a informação se torna um ativo, alterando a forma de de comunicação e permitindo que qualquer indivíduo possa compartilhar conteúdos em escala global. Essa descentralização, embora democratize a expressão, também abriu espaço para a disseminação de *fake news*, desinformação e discursos de ódio, fenômenos que comprometem o debate público e desafiam os marcos jurídicos tradicionais. A facilidade de propagação de conteúdos manipulados e ideologicamente enviesados impõe uma nova reflexão sobre os limites da liberdade de expressão, especialmente quando confrontada com outros direitos fundamentais, como a dignidade humana e a segurança coletiva, exigindo respostas normativas compatíveis com a complexidade do ambiente digital.

Na parte final é exposto os desafios contemporâneos da liberdade de expressão nas plataformas digitais, destacando o paradoxo entre o empoderamento de vozes historicamente marginalizadas e a proliferação do discurso de ódio e da desinformação. A expansão global das tecnologias de comunicação tornou os mecanismos jurídicos tradicionais, concebidos para uma sociedade analógica, ineficazes diante da velocidade e do alcance dos meios digitais. A ausência de controle adequado e a dificuldade de responsabilização por conteúdos danosos equaliza um perigo constante contra as liberdades e direitos fundamentais.

Nesse contexto apresenta-se um panorama comparativo entre a regulação europeia e as propostas brasileiras. Os projetos legislativos que abordam o tema são demonstrados e ambos indicam uma possível tendência à autorregulação com maior participação do setor privado em contribuição ao setor público.

Utilizou-se de pesquisa e revisão bibliográfica, cuja a qual buscou analisar o pensamento entre diversos autores e perspectivas científicas. O principal método utilizado é o hipotético-dedutivo, partindo de elementos gerais para os específicos. O método auxiliar é o histórico, com o fito de traçar uma conexão ao contexto

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

presente e futuro. Opta-se pela ênfase ao modelo de pesquisa qualitativa, aderindo subsidiariamente ao modelo descritivo sempre que exigido.

1 LIBERDADE DE EXPRESSÃO: UM DIREITO FUNDAMENTAL

Excluído o direito à vida, podemos classificar a liberdade como um dos mais preciosos direitos no tocante a dignidade humana. Tais conjuntos de direitos fundamentais relacionados a manifestação do pensamento e a divulgação de sua expressão é uma das características que une a humanidade para agregar valores para promoção da liberdade intelectual e a evolução de ideias em uma sociedade.

Podemos relacionar os direitos fundamentais como consequência das múltiplas lutas das sociedades, tais como guerras e revoluções, com o escopo de melhoria da condição das pessoas e o respeito ao indivíduo. Diversamente da similaridade de igualdade de significados entendemos que os direitos fundamentais são a aplicação dos direitos do ser humano, que foram reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional de cada, ou seja: Aqueles direitos que de forma objetiva estão em vigor numa ordem jurídica (Sarlet, 2006, p. 35).

Ao conceito de direitos fundamentais podemos caracterizar como a gama de direitos humanos elencados de forma objetiva na constituição social e política com uma sociedade extremamente dinâmica, com o trânsito das três dimensões de direitos fundamentais se faz a necessidade de limitar o poder do Estado além da tripartição dos poderes de Montesquieu, visando a busca da concretização do direito dirimindo eventuais conflitos (Bonavides, 2016, p. 494).

Nos Estados democráticos a liberdade de expressão garante que as pessoas tenham o direito de manifestar suas opiniões e buscar informações com base em suas convicções pessoais, desde que respeitando os demais valores sociais, individuais e coletivos.com sua importância reconhecida.

De acordo com Canotilho (2003, p. 1215), a liberdade de expressão é um direito fundamental que permite a manifestação de pensamentos, opiniões e ideias, independentemente de sua popularidade ou aceitação social. Ele ressalta que a liberdade de expressão é essencial para a formação da opinião pública, o desenvolvimento pessoal, o debate democrático e a busca da verdade.

A proteção ao pensamento refere-se à defesa da liberdade de pensamento, ou seja, o direito fundamental de uma pessoa ter suas próprias ideias e crenças, independentemente do que possa ser considerado como consenso social. Isso significa que uma pessoa deve ter a liberdade de formar e expressar suas opiniões, mesmo que sejam contrárias à opinião dominante e a proteção ao pensamento é fundamental para promover a diversidade de ideias, o debate saudável e o progresso intelectual.

Por se tratar de um direito fundamental intrínseco ao Estado democrático de direito, a liberdade de expressão de modo direto no artigo 5º, inciso IV, brada no ditame constitucional que é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato. Demonstrando sua valoração, ainda no inciso XIV do mesmo artigo, expressa para todos o acesso à informação sendo resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional (Brasil, 1988).

A princípio, a enorme importância do termo dos direitos do homem depende o fato de ele estar extremamente ligado aos dois problemas fundamentais do nosso tempo, a democracia e a paz. O reconhecimento e a proteção dos direitos do homem são a base das constituições democráticas, e, ao mesmo tempo, a paz é o pressuposto necessário para a proteção efetiva dos direitos do homem em cada Estado e no sistema internacional (Bobbio, 2004, p. 93).

O artigo. 220 de nossa carta magna ratifica que a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição (Brasil, 1988). O constituinte ainda completou seu pensamento à luz dos parágrafos seguintes sendo defeso a qualquer legislação dispositivos que possam constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

no artigo 5º, incisos IV, V, X, XIII e XIV, e rechaçou toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística (Mendes; Branco, 2021, p. 122).

Pela definição de José Afonso da Silva (1998, p. 93):

> A liberdade de comunicação consiste num conjunto de direitos, formas, processos e veículos, que possibilitam a coordenação desembaraçada da criação, expressão e difusão do pensamento e da informação. É o que se extrai dos incisos IV, V, IX, XII, e XIV do art. 5o combinados com os arts. 220 a 224 da Constituição. Compreende ela as formas de criação, expressão e manifestação do pensamento e de informação, e a organização dos meios de comunicação, esta sujeita a regime jurídico especial.

Na teoria do alemão Robert Alexy (2001, p. 112), os direitos fundamentais têm o caráter de princípios e eventualmente podem colidir uns com os outros, sendo necessária uma solução ponderada em favor de um deles.

Assim a liberdade de expressão não é absoluta e pode sofrer restrições como valores morais compartilhados por uma comunidade em dado momento e lugar, que migram do plano ético para o jurídico quando se materializam em princípios abrangidos pela Constituição (Barroso, 2008, p. 352).

2 O FENÔMENO DA DESINFORMAÇÃO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Desde os primórdios da humanidade a comunicação vem se alterando de acordo com as ferramentas e tecnologias empregadas.

No mesmo patamar que as indústrias ensejaram à época da revolução industrial podemos outorgar às Tecnologias de Informação e Comunicações surgidas a partir da segunda metade do século XX, o ponto crucial de início da era vivenciada nos dias atuais. Lévy (2008, p. 65), demonstra o cenário atual:

> As novas tecnologias da comunicação e da informação transformam o conceito de conhecimento. O adquirir de competências torna-se um processo contínuo e múltiplo, em suas fontes, em suas vias de acesso, em suas formas. Um autêntico universo oceânico de informações alimenta o fluxo incessante de construções possíveis de novos saberes.

Nessa perspectiva o conteúdo e a própria informação são os combustíveis do momento presente, tal qual o carvão era consumido para alimentar as máquinas no início da revolução industrial; ou ainda as especiarias comercializadas e distribuídas na era das navegações que debutaram a presente troca não só comercial, mas cultural, social, de costumes, enfim; a globalização que desfrutamos inicialmente através dos barcos e caravelas e hoje são ultrapassadas as marés das redes, quase instantâneas, perante todos os confins do mundo.

Da mesma forma, na seara jurídica podemos corroborar o entendimento de Fiorillo (2015, p. 19) que assevera que os direitos, obrigações e penalidades oriundas da sociedade da informação são alicerçadas no Brasil nos pilares basilares da democracia e dos princípios fundamentais sendo designados: Direito da Sociedade da Informação.

A mudança na forma de se comunicar é inquestionável. Se antes com a imprensa escrita, o rádio e a televisão dispunham de grande investimento para transmissão e poucos setores podiam fazê-lo; na atualidade qualquer pessoa utilizando sua rede social e seu aparelho de telefonia móvel pode transmitir sua mensagem com um custo irrisório.

Bauman (2007, p. 51) vislumbra que a Globalização é libertadora para os que possui trânsito livre em razão de condições econômicas e uma prisão aos que são utilizados como meios para a troca entre sociedades.

Na sociedade da informação, a racionalidade que requer tempoé retirada sumariamente do cotidiano para abrigar em seu local a definição da inteligência (Han, 2022, p. 24) podendo nos levar a efetuar escolhas irracionais e tendenciosas às nossas realidades pessoais.

Experimentamos na era digital um excesso de informação com a perda de relevância da mídias tradicionais. A teoria tradicional da liberdade de expressão foi concebida para um ambiente pretérito ao atual, idealizada sob a escassez de informação (Barroso, 2022, p. 409).

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

Da mesma forma que na esfera física existem normas, o ciberespaço necessita de restrições para proteger outros direitos fundamentais, como a dignidade humana, a privacidade, a segurança nacional ou a reputação de terceiros.

Além disso, sobre a liberdade de expressão destaca tanto sua importância como direito fundamental quanto a necessidade de estabelecer limites razoáveis para garantir o equilíbrio entre a proteção dos direitos individuais e a salvaguarda do interesse coletivo (Alexy, 1998).

Com a mudança de prisma de um excesso de controle exercido nas mídias tradicionais, entre elas emissoras de rádio e televisão, para um controle quase ao zero absoluto diante da impossibilidade de verificação clara de regras, atreladas às más intenções de pessoas que visam obter vantagens, sejam políticas ou econômicas, nos deparamos com as *fake news* que em seu sentido estrito denota a disseminação de notícias falsas (Zanini, 2020, p. 69), mas acreditamos que a definição mais exata seja a visão sociológica de Irineu Barreto Junior (2022, p. 21) que define como componentes de estratégias comunicacionais bastante sofisticadas e que envolvem desde a produção de conteúdo deliberadamente fraudulento, falso, distorcido, enviesado ideologicamente, além da sua distribuição e impulsionamento pela Internet.

Das categorizações mais conhecidas sobre as *fake news*, apontadas pela jornalista Claire Wandle são as sete vertentes definidas na seguinte discriminação: a) sátira ou paródia, sem intenção de causar mal, mas tem potencial de enganar; b) falsa conexão, quando manchetes, imagens ou legendas dão falsas dicas do que é conteúdo realmente; c) conteúdo enganoso, uso enganoso de uma informação para usá-la contra um assunto ou uma pessoa; d) falso contexto, quando um conteúdo genuíno é compartilhado com um contexto falso; e) conteúdo impostor, quando fontes (pessoas, organizações, entidades) têm seus nomes usados, mas com afirmações que não são suas; f) conteúdo manipulador, quando uma informação ou ideia verdadeira é manipulada para enganar o público; e g) conteúdo fabricado, totalmente falso e construído com intuito de desinformar o público e causar algum mal (Wandle *apud* Rais; Sales, 2020, p. 33).

Noticiamos a questão do falso cognato entre *fake news* e sua respectiva tradução ao português como notícias falsas; registrando a ponderação que a questão da palavra desinformação no inglês denota dois significados distintos: M*isinformation* correspondente a uma informação falsa ou sem precisão desprovida de dolo; enquanto *desinformation* possui a intenção de enganar sejam eleitores, consumidores ou vítimas de delitos no mundo virtual (Barreto Junior, 2022, p. 23).

Efetuada tal ressalva acerca das explanações de *fake news e* desinformação faz mister apresentar outro mecanismo que se alia com ambos em algumas vezes: A pós-verdade. Na própria evolução humana, grande parte das ações, pensamentos e sentimentos lastreados pela expressão é muito tênue a busca pela verdade real ou absoluta.

Se nos tempos antigos as pessoas buscavam a Ágora para debater e expressar seus pensamentos, devendo se locomover ao centro da cidade, ou até distâncias maiores; atualmente com a sociedade da informação e as Tecnologias da Informação e Comunicação Contemporâneas (TICCs), em segundos expressam seus pensamentos e posições particulares de visões do mundo requerendo ao apoio ou ao embate de ideias viscerais de cada pessoa que propaga sua verdade interior (Moraes, 2025, p. 93).

Se por um lado tal expansão é benéfica, existe a contrapartida onde pessoas com propósitos de discurso de ódio, racismo e xenofobia encontram eco de suas vozes distorcidas, nos mais distantes e improváveis locais beneficiados pela liberdade geográfica que a tecnologia possui.

Assim a verdade rompe o conteúdo objetivo ou científico do que é informado para o subjetivismo dos valores pessoais de acordo com a crença do que julga ser adequado independente dos freios e contrapesos legais que o tema possa receber diante da sociedade civil organizada (Faustino, 2019, p. 84).

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

3 O DESAFIO DE REGULAÇÃO DAS PLATAFORMAS DIGITAIS

Hodienamente, na maioria dos países democráticos a trasnacionalização das plataformas digitais permite ao exercício da liberdade de expressão de movimentos minoritários e segregados anteriormente tornando-se aliado ao desenvolvimento de movimentos políticos e reinvidicatórios da sociedade civil por todo o globo.

De outro lado, nunca vivenciamos a franca expansão de ideais que estimulam ao discurso de ódio com uma disseminação exponencial somadas a impossibilidade de controle com as ferramentas concebidas para um universo que era caracterizado pela escassez de informação (Barroso, 2022, p. 120).

Irremediavelmente os mecanismos jurídicos sociais idealizados para a sociedade pós moderna ou industrial que vigorou até o século XX se fazem, em sua grande maioria, inócuos para o controle e imposição de limites às manifestações do mundo virtual. O código penal, por exemplo tipifica os crimes contra a honra, contudo em uma sociedade digital o efetivo dano ocasionado na exposição de uma imagem íntima, por exemplo, em segundos pode atingir proporções impossíveis de serem reparados.

Outro dilema a ser discutido no quesito da regulação é a definição clara de como será efetuada a moderação do respectivo conteúdo. Independente do modelo a ser empregado os direitos inalienáveis contemplados pela constituição não devem ser dirimidos, diante da transparência da carta magna na proibição de quaisquer tipos de censura (Abboud; Campos, 2018, p. 22).

A regulação como combate à desinformação, pautada em dados objetivos e científicos, é uma abordagem importante para lidar com o problema crescente da disseminação de informações falsas e enganosas nas plataformas digitais. A desinformação pode ter consequências significativas, afetando a coletividade a saúde pública, a confiança nas instituições e o processo democrático.

Primordialmente a regulação sempre foi executada pelas plataformas de acordo com seus termos, muitas vezes omissos às legislações dos países que as mesmas desempenhavam suas atividades.

Diante do acréscimo de situações que extrapolavam o aceitável pela sociedade e em decorrência da falta de respostas condizentes com os valores sociais, os governos e sociedade civil se viram na obrigação de participar do debate para que no ambiente virtual fosse respeitado os valores legais (Pires; Pires, 2020, p. 231).

Como exemplo de regulação, a União Europeia dispõe de quatro sistemas que regem as plataformas digitais: (i) Diretiva sobre o comércio eletrônico (2000/31); (ii) Diretiva de Direitos Autorais (2019); (iii) Digital Services Act (DSA 2022), e (iv) Código de desinformação (2022) (UE, 2000, 2019, 2022a, 2022b).

A Diretiva sobre o comércio eletrônico (2000/31) é aplicada a todas as disputas de liberdade de expressão na internet, com exceção das demandas atinentes a direitos autorais (UE, 2000). A Diretiva imuniza aos intermediários a responsabilidade pelo conteúdo de terceiros, se estes forem removidos ou desabilitado com o conhecimento do conteúdo ilícito. Dessa forma no modelo europeu só serão responsabilizados por conteúdo alheio quando tiverem conhecimento efetivo da atividade ou informação ilegal; ou não adotando as medidas cabíveis quando provocados (Barroso, 2022, p. 230).

A Diretiva de Direitos Autorais (UE, 2019), em seu artigo 17, prevê sempre que as plataformas digitais não possuírem autorização dos detentores dos direitos para publicar o conteúdo, serão responsabilizadas pela violação de exposição das obras protegidas.

A Digital Services Act (UE, 2022b), começou a vigorar em novembro 2022 com muitas inovações com a finalidade de criar um conjunto único de regras aplicáveis em toda a União Europeia.

Com grande esforço no combate a desinformação, a União Europeia celebrou em 2018 o Código de Conduta sobre Desinformação sendo um instrumento

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

no qual as grades plataformas do setor setor chegaram a acordo sobre normas de autorregulação para combater a desinformação.

Em 2022, foi reformulado e passou a fazer de um sistema mais amplo em combinação com a legislação em matéria de transparência e orientação da publicidade política e o ato legislativo sobre os serviços digitais (DSA). Para os signatários o Código visa tornar-se uma medida paliativa e balizadora de conduta com a corregulação da (DSA).

Entre suas principais ações classificamos os itens mais decisivos: (i) Desmonetização: reduzir os incentivos financeiros aos fornecedores de desinformação. (ii) Transparência da publicidade política: adotar medidas de transparência mais fortes, permitindo que os usuários reconheçam facilmente os anúncios políticos, com uma rotulagem mais eficiente, revelando quem patrocina, as despesas de publicidade e o período de exibição. (iii) Garantir a integridade dos serviços: O estímulo para reduzir aos comportamentos manipuladores utilizados para difundir a desinformação como contas falsas, amplificação baseada em bots, imitação, falsificações profundas maliciosas. (iv) Capacitação dos usuários: Com a maior proteção dos usuáriarios contra a desinformação através de instrumentos reforçados para reconhecer, compreender e assinalar a desinformação, o acesso a fontes autorizadas e através de iniciativas midiáticas. (v) Verificação de fatos: A possibilidade de conferir e corroborar informações dispoonibilizadas. (vi) Central de transparência:Permitirá uma maior facilidade na aplicação das medidas do Código, proporcionando transparência e atualizações regulares.

No Brasil, a Lei n.º 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) não prevê, em seu artigo 19, a reponsabilização direta dos provedores de serviço, diferindo da União Europeia uma vez que os provedores podem ser responsabilizados pelo conteúdo de terceiros (Brasil, 2014).

Entre suas características relevantes relacionamos: (i) Neutralidade da rede: Apesar de estabelecer o princípio da neutralidade da rede, garantindo que os provedores de internet não podem discriminar ou privilegiar determinados conteúdos, serviços, aplicativos ou dispositivos, ainda não é seguro afirmar que o acesso ocorra de forma igualitária a todos os usuários; (ii) Privacidade e proteção de dados: É demonstrada a ênfase na importância da privacidade e da proteção de dados pessoais dos usuários, sendo estabelecida diretrizes para o tratamento de informações pessoais, exigindo consentimento explícito para coleta, armazenamento e compartilhamento de dados, bem como medidas de segurança para protegê-los. (iii) Contratos eletrônicos: É reconhecida a validade dos contratos eletrônicos, equiparando-os aos contratos físicos.(iv) Responsabilidade dos provedores de serviços: A lei define as responsabilidades dos provedores de serviços online, em seu artigo 19, estabelecendo que eles não podem ser responsabilizados pelo conteúdo gerado por terceiros, a menos que descumpram ordem judicial específica.

A pesquisadora Luna Van Brussel Barroso (2022, p. 122) assevera acerca do *leading case*, RE nº 1.037.396 que em abril de 2018, o Supremo Tribunal Federal - STF conferiu repercussão geral à discussão sobre a constitucionalidade do artigo 19:

> [...] o *leading case*, RE nº 1.037.396, foi interposto pelo Facebook contra acórdão que considerou que condicionar a responsabilização dos provedores de aplicação à decisão judicial, como exige o art. 19, "fulminaria seu direito básico de efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos. O STF destacou que a discussão contrapõe a dignidade da pessoa humana e a proteção aos direitos da personalidade à liberdade de expressão, à livre manifestação do pensamento, ao livre acesso à informação e à reserva de jurisdição.

Além do RE n.º 1.037.396, o RE n.º1057258/MG foi afetado ao regime de repercussão geral, tendo como requerido, ao invés do Facebook, a Google na análise da constitucionalidade do referido artigo. Tal julgamento pode alterar o atual entendimento sobre a responsabilidade das plataformas digitais pela remoção de conteúdos de terceiros independente de ordem judicial.

Outra legislação que tange ao mundo digital é a Lei n.º 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados- LGPD), que trata da proteção de dados pessoais, estabelecendo diretrizes sobre o tratamento de dados pessoais, estabelecendo regras para

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

a coleta, o armazenamento, o tratamento e o compartilhamento dessas informações, não se aplicando ao poder público (Brasil, 2018).

No Poder Legislativo, surgiram propostas como Projeto de Lei n.º 2.630/2020 que visava instituir a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet (Brasil, 2020). O texto criava medidas de combate à disseminação de conteúdo falso nas redes sociais, como Facebook e Twitter, e nos serviços de mensagens privadas, como WhatsApp e Telegram, excluindo-se serviços de uso corporativo e e-mail.

Mesmo após mais de quatro anos de discussão parlamentar o Projeto de Lei n.º 2.630/2020 não prosseguiu até o momento para sua promulgação diante de resistência política por parte da Câmara dos deputados em consequência de propor a autorregulação regulada, contudo com forte supervisão estatal.

Nesse prisma, em 04 de dezembro de 2024, foi apresentado o Projeto de Lei n.º 4.691/2024, de autoria dos Deputados Silas Câmara e Dani Cunha dispondo sobre o direito e a garantia fundamental à livre manifestação do pensamento na internet, os termos da vedação ao anonimato na internet, o livre exercício da atividade econômica na internet, a organização e funcionamento das plataformas, serviços e mercados digitais na internet (Brasil, 2024).

Apesar de também apoiar a autorregulação, o projeto de lei novel permite, tal qual a regulação na União Europeia, que as plataformas instituam entidades de autorregulação com maior autonomia e atribuições específicas, como revisar decisões de moderação de conteúdo e desenvolver boas práticas para a suspensão de contas, sem a necessidade de uma intervenção estatal imediata. A proposta é criar um modelo onde as plataformas, por meio dessas entidades, possam resolver questões internas sem depender da ação direta de órgãos governamentais.

De acordo com o Projeto de Lei n.º 4.691/2024 a concepção de uma entidade de autorregulação privada terá um papel central na moderação do conteúdo e na implementação de medidas contra desinformação, sendo composta por representantes das próprias plataformas digitais e será responsável por revisar decisões de moderação, analisar políticas de uso e garantir que as plataformas sigam as leis nacionais. Atrelado a isso, a entidade de autorregulação será incumbida de emitir relatórios semestrais e tornar públicas as decisões tomadas, garantindo maior transparência (Brasil, 2024).

Outro ponto acrescentado é a questão da fiscalização regulatória distribuída entre duas autoridades independentes: a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) e a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel). Cada uma delas tem competências específicas, como a ANPD sendo responsável pela regulação sobre a transparência e responsabilização das plataformas, e a Anatel focada nas questões econômicas do setor. Essa divisão de responsabilidades visa uma atuação mais especializada e descentralizada, permitindo maior flexibilidade e eficiência na regulação das plataformas digitais.

Esse modelo de regulação conjunta busca resolver eventuais incertezas sobre a atuação das plataformas digitais, permitindo uma abordagem mais coordenada, o que era amplamente criticada no Projeto de Lei n.º 2.630/2020 que consagrava uma maior supervisão regulatória governamental.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

CONCLUSÃO

O presente artigo teve por objeto a discussão necessária da manutenção da liberdade de expressão em meio a necessária regulação das plataformas digitais que atualmente são os espaços de comunicação e debate de ideias da sociedade da informação. Por se tratar de tema inerente a contemporaneidade, independente do posicionamento adotado em maior ou menor restrição deve ser levada em consideração o senso comum e a inalienável da liberdade como princípio fundamental.

No primeiro tópico buscamos traçar a imprescindibilidade da liberdade de expressão como mote às demais liberdades oriundas da externação do pensamento. Também foi construída a premissa que o Estado democrático de direito só se mantém com a referida pilastra principal dos direitos fundamentais. Dessa forma se faz presente na Constituição intrínseca às garantias individuais e proibindo a censura.

Outrossim, em razão dos direitos fundamentais manterem a condição de princípios podem ocorrer conflitos entre si e por tal razão a liberdade de expressão não é irrestrita podendo sofrer ponderações diante de valores benéficos para a coletividade.

No segundo item adentramos as alterações ocorridas na sociedade da informação com a constante evolução tecnológica permitindo uma interação maior e mais rápida das comunicações ampliando as facilidades na emissão de informações com o excesso de conteúdo e escassez de controle no ambiente virtual.

Em face dessa ótica surgem as *fake news* que em sentido amplo é a estruturação de um sistema que engana e desinforma alterando os valores da informação com uma finalidade prévia específica, como a eleitoral ou na constirpação de discursos de ódio segregando ou unindo pessoas pessoas com o mesmo ponto de vista acarretando no estímulo da intolerância.

Na terceira e última parte, trouxemos aspectos regulatórios das plataformas digitais apresentando o sistema de diretiva da União Europeia que prima pelo combate a desinformação e maior transparência nas relações com as empresas. Ainda abordamos o microsistema brasileiro contemplado pela Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD e pelo Marco Civil da Internet – MCI. Ainda abordamos os dois julgamentos no Supremo Tribunal Federal, acerca da constitucionalidade do artigo 19, afetados ao regime de repercussão geral sobre a responsabilidade dos provedores sobre o conteúdo de terceiros.

Expusemos as propostas legislativas em tramitação na Câmara dos deputados, respectivamente o Projeto de Lei n.º 2.630/2024 que institui a lei brasileira de liberdade, responsabilidade e transparência na internet; e Projeto de Lei n.º 4.691/2024 que cria a lei de proteção às liberdades constitucionais e direitos fundamentais (Brasil, 2024).

Conclui-se que as plataformas digitais representam o novo ambiente estruturante da comunicação nas relações humanas, o que impõe a necessidade de delimitação clara de sua regulação. A ausência de parâmetros objetivos pode levar à adoção de medidas baseadas exclusivamente em interesses privados ou estatais particulares, o que representa risco concreto de censura – seja ela privada ou institucional.

Por outro lado, a centralização da regulação pelo Estado, sem critérios técnicos adequados e sem ponderações democráticas, pode comprometer a liberdade de expressão, além de instaurar um modelo regulatório distante das dinâmicas próprias da internet e da sociedade da informação.

Diante desse cenário, posicionamo-nos em favor do modelo de autorregulação regulada, já utilizado na Europa, sendo o modelo proposto aqui no Brasil nos dois projetos legislativos em trâmite atualmente, no qual as plataformas mantém a autonomia para estabelecer diretrizes de funcionamento, contudo existindo a supervisão e controle da sociedade civil e do Estado, garantindo as liberdades individuais, transparência e respeito aos direitos fundamentais consagrados em nossa Constituição, em especial, a liberdade de expressão mantendo a evolução democrática e o pluralismo na esfera digital.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; CAMPOS, Ricardo. A autorregulação regulada como modelo do direito procederalizado: regulação de redes sociais e proceduralização. *In*: ABBOUD, Georges; NERY JUNIOR, Nelson; CAMPOS, Ricardo. **Fake news e regulação**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018.

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 17, p. 266-278, 2017. DOI: https://doi.org/10.22456/0104-6594.70952.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgilio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. **Fake news**: anatomia da desinformação, discurso de ódio e erosão da democracia. São Paulo: ExpressaJur, 2022.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BARROSO, Luna Van Brussel. **Liberdade de expressão e democracia na era digital**: o impacto das mídias sociais no mundo contemporâneo. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

BAUMAN, Zygmund. **Globalização**: as consequências humanas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 9. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 31 mar. 2024.

BRASIL. **Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 22 abr. 2023.

BRASIL. **Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei geral de proteção de dados pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 22 abr. 2023.

BRASIL. **Projeto de lei n. 2630, de 03 de julho de 2020**. Institui a lei brasileira de liberdade, responsabilidade e transparência na internet. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2020. Disponível em: https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2256735. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. **Projeto de lei n. 4691, de 04 de dez de 2024**. Institui a lei de proteção às liberdades constitucionais e direitos fundamentais. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2024. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2475865. Acesso em: 9 abr. 2025.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

FAUSTINO, André. **Fake news**: a liberdade de expressão nas redes sociais na sociedade da informação. São Paulo: Lura Editorial, 2019.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Princípios constitucionais do direito da sociedade da informação**: a tutela jurídica do meio ambiente digital. São Paulo: Saraiva, 2015.

HAN, Byung Chul. **Infocracia**: digitalização e a crise da democracia. São Paulo: Vozes, 2022.

LÉVY, Pierre. **As tecnologias da inteligência**: o futuro do pensamento na era da informática. Rio de Janeiro: Editora 34, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

MORAES, Ricardo A. B. **Liberdade de expressão e democracia na sociedade da informação**: os desafios da regulação das plataformas digitais. São Paulo: Max Limonad, 2025.

PIRES, Antonio C. M.; PIRES, Lilian Regina G. M. Desinformação: atuação do estado, da sociedade civil organizada e dos usuários da internet. *In*: RAIS, Diogo (coord.). **Fake news**: a conexão entre a desinformação e o direito. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020.

RAIS, Diogo; SALES, Stela Rocha. Fake news, deepfakes e eleições. *In*: RAIS, Diogo (coord.). **Fake news**: a conexão entre a desinformação e o direito. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 212, p. 89-94, abr./jun. 1998. DOI: https://doi.org/10.12660/rda.v212.1998.47169.

UE – UNIÃO EUROPEIA. **Código de conduta sobre desinformação**. Luxemburgo: UE. 2022a. Disponível em: https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/2022-strengthened-code-practice-disinformation. Acesso em: 12 jun. 2023.

UE – UNIÃO EUROPEIA. **Digital services act (DSA) 2022**. Luxemburgo: UE, 2022b. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32022R2065&qid=1666857835014. Acesso em: 12 jun. 2023.

UE – UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva sobre direitos autorais 2019/790**. Luxemburgo: UE. 2019. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L0790&from=SL#:~:text=Os%20Estados%2DMembros%20dever%C3%A3o%2C%20por,acordos%20vigentes%20a%20n%C3%ADvel%20nacional. Acesso em: 12 jun. 2023.

UE – UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva sobre o comércio eletrônico (2000/31)**. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32000L0031. Luxemburgo: UE, 2000. Acesso em: 12 jun. 2023.

ZANINI, Fabio. Fake news: como a direita e a esquerda exploram o termo de forma ideológica. *In*: RAIS, Diogo (coord.). **Fake news**: a conexão entre a desinformação e o direito. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020.

CC BY NC ND

DOI: 10.5433/1980-511X.2025.V20.N1.48646

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

ALTAS HABILIDADES OU SUPERDOTAÇÃO NO CONTEXTO BRASILEIRO: UM ESTUDO DOCUMENTAL

GIFTEDNESS IN THE BRAZILIAN CONTEXT: A DOCUMENTARY STUDY

Josana Carla Gomes Silva

Doutoranda pelo Programa de Pós Graduação em Educação Especial - PPGEEs - UFSCar - Bolsa CAPES. Representante discente suplente da Comissão Permanente para a Promoção, Prevenção e Cuidados em Saúde Mental (CPPCSM/ UFSCar) da UFSCar. Integra o Grupo de Pesquisa Sociedade e Educação. Integra o Seminario crítico e interdisciplinario sobre dis-capacidad de la Universidad Autónoma de la Ciudad de México - UACM e o Grupo de pensamiento crítico e interdisciplinario sobre dis-capacidad en América Latina. Integra o Grupo de Investigación Innovación y Calidad Educativa con Responsabilidad Social da Universidad Nacional de Trujillo -UNT, Perú. E-mail: josanacarla.silva@hotmail.com.

Carlos Eduardo Montes Netto

Doutor e mestre em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP. Professor da Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP e do Centro Universitário Barão de Mauá. Coordenador da Especialização em Direito Civil e Processo Civil da Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP. Juiz de Direito. Membro do grupo de pesquisa em Direito Constitucional e do Conselho Consultivo da Brazilian Research and Studies Journal, da University of Würzburg, Campus Hubland Nord, Würzburg, da Alemanha, vinculados ao Brazilian Research and Studies Center (BraS). E-mail: carlosmontes3@hotmail.com.

Como citar: SILVA, Josana Carla Gomes; MONTES NETTO, Carlos Eduardo. Altas habilidades ou superdotação no contexto brasileiro: um estado documental. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 20, n. 2, p. 68-82, ago. 2025. DOI: 10.5433/1980-511X.2025.v20.n2.48646. ISSN: 1980-511X.

Recebido em: 26/07/2023

Aceito em: 07/08/2025

Resumo: Pessoas com altas habilidades ou superdotação (AHSD) apresentam três conjuntos de comportamentos: comprometimento com a tarefa, criatividade e capacidade acima da média, estes interagem entre si em maior ou menor proporção, contudo necessita haver constância, também chamado de comportamento superdotado. O aluno que apresenta AHSD precisa de atendimento educacional especializado (AEE) que atenda suas necessidades educativas e específicas, observando-se a sua dignidade e a isonomia material, previstas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), sendo necessário que políticas públicas sejam voltadas para melhor atender este público. Partindo deste pressuposto, este trabalho teve como objetivo discutir a política nacional que aborda a temática da Educação Especial e em particular as altas habilidades ou superdotação. Para tanto foram consultados a CRFB/88, a Convenção Internacional de Nova York sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, documentos normativos da Educação e Educação Especial e discutidos com a literatura especializada. Optou-se pela realização de uma pesquisa exploratória com a utilização de revisão bibliográfica e da análise qualitativa dos dados a fim de se cumprir esse objetivo. Observou-se, ao final, que as políticas possibilitam a identificação e atendimento de alunos com AHSD, havendo um aumento de matrículas no território nacional após as políticas de Educação. Contudo, é necessário que mais pesquisas sejam realizadas a fim de averiguar os impactos da nova política na educação de alunos com AHSD e a crescente progressão de matrículas.

Palavras-chave: educação especial; altas habilidades ou superdotação; política.

Abstract: People with high abilities or giftedness (HAG) demonstrate three sets of behaviors: task commitment, creativity, and above-average ability. These interact with one another in greater or lesser proportions; however, there must be consistency, which is also referred to as gifted behavior. Students who present HAG require specialized educational services (SES) that address their educational and specific needs, while ensuring their dignity and substantive equality, as established in the 1988 Constitution of the Federative Republic of Brazil (CRFB/88). Therefore, it is necessary for public policies to be directed toward better serving this group. Based on this premise, the present study aimed to discuss the national policy that addresses the theme of Special Education and, in particular, high abilities or giftedness. To this end, the CRFB/88, the International Convention of New York on the Rights of Persons with Disabilities, normative documents on Education and Special Education were consulted, and discussions were conducted with specialized literature. An exploratory research was carried out using bibliographic review and qualitative data analysis in order to achieve this objective. It was observed, in the end, that the policies make possible the identification and assistance of students with HAG, with an increase in enrollment across the national territory following the implementation of Education policies. However, it is necessary that further research be conducted in order to verify the impacts of the new policy on the education of students with HAG and the increasing progression of enrollments.

Keywords: special education; gifted and talent; politics.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

INTRODUÇÃO

A superdotação e as altas habilidades apresentam crescente relevância no contexto educacional brasileiro, diante da necessidade de se identificar e compreender a diversidade de perfis e necessidades desses alunos. A legislação brasileira, por sua vez, em particular a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB), estabelece regras que visam garantir o acesso e a permanência desses estudantes em ambientes educacionais adequados às suas potencialidades.

Cabe ressaltar que o atendimento especializado representa um instrumento fundamental, visando assegurar que alunos com altas habilidades ou superdotação possam concluir os seus programas educacionais respeitando suas capacidades, em atendimento ao princípio da isonomia material, que possui fundamento Constitucional.

Desta forma, cumpre analisar se as políticas públicas em vigor tem se mostrado ou não suficientes para a identificação dos alunos com indicadores de AHSD e o seu encaminhamento ao atendimento educacional especializado, visando atender de forma eficaz as demandas desses jovens, garantindo que recebam o acompanhamento educacional especializado adequado para seu desenvolvimento pleno e inclusão efetiva no sistema educacional.

Nessa perspectiva, o presente trabalho tem como escopo analisar a política nacional que aborda a temática da educação especial e em particular as altas habilidades ou superdotação, além de indicar, eventualmente, a necessidade da realização de futuros estudos específicos com o objetivo de pesquisar a evolução nas matrículas de alunos com AHSD na rede básica de ensino do país.

Buscando alcançar o objetivo pretendido no presente trabalho, de acordo com uma análise qualitativa do contexto, para este estudo optou-se pela realização de uma pesquisa exploratória, por meio de revisão bibliográfica.

O presente trabalho abordará a CRFB/88, a Convenção Internacional de Nova York sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e documentos normativos da Educação e Educação Especial, discutidos com a literatura especializada, com a consulta a documentos oficiais do governo brasileiro relacionados à Educação, abrangendo os anos de 1971 a 2020 e as Estatísticas da Educação Básica no intervalo de 2003 a 2019.

1 ALTAS HABILIDADES OU SUPERDOTAÇÃO E TEORIA DAS INTELIGÊNCIAS MÚLTIPLAS

O aluno que com altas habilidades ou superdotação (AHSD), considerado como aquele que apresenta, em geral, comprometimento com a tarefa, criatividade e capacidade acima da média, demanda atendimento educacional especializado (AEE) que atenda suas necessidades educativas e específicas.

A Mensa Brasil, que representa no país a Mensa Internacional, organização fundada em 1946 no Reino Unido, com o objetivo de reunir superdotados, estima que 2% da população mundial têm alto QI. Considerando esse percentual, haveria no país mais de 4 milhões de brasileiros “superinteligentes” (Alvim, 2023).

No entanto, de acordo com o Censo Escolar de 2022, constatou-se a existência de apenas 26.815 alunos com altas habilidades ou superdotação na educação básica brasileira (Alvim, 2023), embora a Lei nº 13.234, de 29 de dezembro de 2015, que alterou a Lei n o 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), tenha instituído o “cadastro nacional de alunos com altas habilidades ou superdotação matriculados na educação básica e na educação superior, a fim de fomentar a execução de políticas públicas destinadas ao desenvolvimento pleno das potencialidades desse alunado” (Brasil, 2015).

Para se ter uma ideia, por exemplo, apenas nos Estados Unidos entre 1% a 11% dos alunos recebem algum tipo de assistência por superdotação, a depender do Estado. O México considera que 3% das suas crianças e adolescentes possuem QI alto (Alvim, 2023).

Considerando que a inteligência não é geral, mas plural, Gardner e Walters (2012) defende que a escola centrada no indivíduo, a qual seja voltada para um

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

ensino que contemple todos os perfis cognitivos, com disciplinas eletivas e currículos adequados por áreas de interesse, maneiras distintas de ensinar, assim como avaliação das capacidades e tendências individuais. Essa escola ideal proporcionaria o desenvolvimento de capacidades e habilidades. O autor menciona que os indivíduos têm maneiras diferentes de aprender e que ensinar todos do mesmo modo é uma maneira ultrapassada e que não potencializa o aprender, assim como o desenvolvimento de habilidades não contempladas no ensino tradicional; uma vez que as aptidões, interesses e habilidades variam de pessoa a pessoa.

Gardner e Walters (2012) pontua que quando a escola atinge seu propósito, que é auxiliar o sujeito a desenvolver suas habilidades e atingir seus objetivos ocupacionais ou hobbies adequados às suas capacidades cognitivas, ele se sente mais engajado e competente, e, portanto, mais inclinado a servir à sociedade de uma maneira construtiva. De acordo com a Teoria das Inteligências múltiplas (IM) as habilidades compreendem oito áreas da inteligência humana, como ilustra o Quadro 1.

Quadro 1 - Inteligências Múltiplas

Inteligência	Características	Exemplos
Verbo-linguística	Compreensão avançada de informações e facilidade para produzir trabalhos envolvendo a linguagem	Poetas, linguistas
Lógico-matemática	Processo de resolução de problemas muito rápido, facilidade com números	Matemáticos, engenheiros
Espacial-visual	Resolução de problemas espaciais, capacidade de formar modelo mental, manobrar e operar utilizando esse modelo	Marinheiros, pintores
Musical	Progresso rápido com canto e instrumento, produzir e compreender diferentes tipos de sons	Músicos, cantores
Corporal-sinestésica	Controle dos movimentos muito avançado, controle do corpo todo ou partes dele	Atletas, bailarinos
Interpessoal	Compreender e reconhecer os sentimentos, motivações e intenções de outras pessoas	Políticos, professores
Intrapessoal	Conhecimento de si mesmo, capacidade de operar efetivamente a própria vida	Pessoas bem sucedidas
Naturalística	Grande capacidade de reconhecer plantas e animais, grande compreensão do meio ambiente e apreço por estar em contato com a natureza.	Biólogos, paisagistas

Fonte: Elaboração própria. Baseado em Davis, *et. al.* (2011), Gardner e Walters (2012).

Nota: Todas as inteligências podem estar presentes em mais áreas, contudo foram exemplificadas apenas duas possibilidades de cada.

Inicialmente Gardner classificou em sete inteligências e, posteriormente, em oito, sendo a naturalística a última a ser acrescentada à teoria. O autor propõe que qualquer sujeito pode apresentá-las, independente da classe econômica, etnia, país, cor, gênero ou especificidade. Contudo, ele ressalta que elas estão interligadas com a cultura local, e todas tem prioridade, não havendo uma mais importante que a outra, muito embora algumas sociedades valorizem mais umas que outras (Gardner; Walters, 2012).

Sob o ponto de vista de que a inteligência não é geral, mas plural, Gardner e Walters (2012) defende que a escola centrada no indivíduo, a qual seja voltada para um ensino que contemple todos os perfis cognitivos, com disciplinas eletivas e currículos adequados por áreas de interesse, maneiras distintas de ensinar, assim como avaliação das capacidades e tendências individuais. Essa escola ideal proporcionaria o desenvolvimento de capacidades e habilidades. O autor menciona que os indivíduos têm maneiras diferentes de aprender e que ensinar todos do mesmo modo é uma maneira ultrapassada e que não potencializa o aprender, assim como o desenvolvimento de habilidades não contempladas no ensino tradicional; uma vez que as aptidões, interesses e habilidades variam de pessoa a pessoa.

O direito do aluno de receber uma educação voltada ao seu tipo de perfil encontra fundamento na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), no art. 1º, III, que estabelece como fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana, e art. 5º, *caput*, que determina o tratamento isonômico a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país (Brasil, 1988). De acordo com Sarmento (2019, p. 269), o reconhecimento da dig-

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

nidade humana está associado à ideia de igualdade e de solidariedade, sendo os grupos estigmatizados credores da adoção de medidas específicas "ligadas às suas necessidades particulares", considerando que a igualdade na aplicação do direito prevista na CRFB/88, além do aspecto formal, que impõe que todos os cidadãos em igual situação sejam tratados da mesma maneira, inclui o seu aspecto material, consistente em tratar igual o que é igual e desigualmente o que é desigual (Canotilho, 2003).

Nessa perspectiva, por uma questão de isonomia material, o aluno que apresenta AHSD possui o direito fundamental ao atendimento educacional especializado (AEE) que considere as suas necessidades educativas específicas, o que deve ser observado também por toda legislação infraconstitucional que será analisa no presente trabalho. Ainda no plano CRFB/88, observa-se que o aproveitamento adequado do potencial dos alunos AHSD pode contribuir com o desenvolvimento nacional (art. 3º, II), com a promoção e incentivo ao desenvolvimento científico, à pesquisa, à capacitação científica, tecnológica e à inovação (art. 218, *caput*), devendo ser destacado que a pesquisa científica tecnológica deve receber tratamento prioritário do Estado (art. 218, § 1º) (Brasil, 1988).

Para ser considerado um indivíduo com altas habilidades ou superdotação ele necessita apresentar três conjuntos de habilidades que interagem entre si e caracterizam o comportamento superdotado; são eles: capacidade acima da média, comprometimento com a tarefa e criatividade (Renzulli, 2014). Esses traços necessitam estar presentes, contudo, o autor indica que não necessariamente se manifestarão na mesma proporção ou intensidade, porém, é preciso que haja uma constância.

Vale ressaltar que a criatividade é de difícil mensuração, uma vez que testes tradicionais não conseguem medi-la, de maneira objetiva; deste modo tem-se buscado métodos alternativos para avaliar o potencial criativo, ao observar características e produtos dos avaliados, entretanto estas avaliações são subjetivas e necessitam de cautela ao serem realizadas (Renzulli, 2014). De acordo com a Teoria dos Três Anéis, desse autor, o comportamento superdotado interage com a personalidade e os fatores ambientais, ele também está relacionado às áreas gerais e específicas do desempenho humano.

Renzulli (1998, 2014) salienta que nem sempre uma pessoa com altas habilidades ou superdotação demonstra o máximo de criatividade, inteligência ou comprometimento com a tarefa, pois indivíduos criativos e produtivos têm altos e baixos em seu rendimento de alto nível, podendo não manifestar suas potencialidades todo o tempo, o que pode dificultar a identificação. O autor defende que para identificar um indivíduo com altas habilidades ou superdotação é importante haver um propósito, uma vez que a definição sem um programa para desenvolver as habilidades demonstradas não há benefícios.

Renzulli (1998, 2014) aponta que é necessário desenvolver programas que estejam alinhados com as características e aptidões dos assistidos, buscando sempre oferecer várias opções de experiências de aprendizagem especializadas, que demonstrem possibilidades de promover o desenvolvimento das características implícitas na definição.

Nesse contexto, cabe ao Estado idealizar, desenvolver e concretizar políticas públicas específicas aos alunos que apresentam AHSD, visando o seu pleno desenvolvimento, considerando a vinculação de "todos os órgãos do poder, e não apenas os de um dos poderes do Estado" ao efetivo cumprimento dos direitos fundamentais previstos na Constituição (Miranda, 2018, p. 355), envolvendo a tomada de decisões estratégicas no plano da aprendizagem no âmbito dos Poderes Executivo e Legislativo. Essas políticas públicas devem incluir, inclusive, a formação de profissionais especializados, garantindo-se a educação ao longo da vida, formativa e equitativa, buscando atender às necessidades educacionais especiais destes alunos. Desta maneira, o que a política educacional nacional apresenta sobre a educação de indivíduos com altas habilidades ou superdotação e quais as garantias para esse público?

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

Ressalta-se que, na inércia ou insuficiência da atuação dos Poderes Executivo e Legislativo, é possível exigir o cumprimento do direito fundamental em estudo pela via judicial, considerando que o Judiciário deve exercer controle judicial forte, denominado ativismo judicial, quando isso for necessário para a defesa de minorias e concreção dos direitos sociais desses grupos (Clève; Lorenzetto, 2015), no caso deste estudo, as pessoas com AHSD.

2 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

Foi adotado o desenho de pesquisa documental, a qual visa analisar e discutir documentos de primeira mão, os quais ainda não receberam tratamento analítico e podem ser reavaliados de acordo com os objetivos desta (Gil, 2002). Este tipo de método permite ao pesquisador cobrir uma gama de fenômenos muito mais ampla, sendo indispensável nos estudos históricos possibilitando conhecer fatos disponíveis em documentos oficiais governamentais, entre outros, auxiliando na compreensão do fenômeno central do estudo (Gil, 2002; Sampieri; Collado; Lucio, 2013).

Com base em Sampieri, Collado e Lucio (2013), o presente trabalho seguiu as seguintes etapas metodológicas: 1) delimitação da questão a ser pesquisada; 2) delimitação dos registros a serem analisados; 3) coleta documental; 4) registro das informações; 5) análise; 6) síntese e interpretação. Deste modo se buscou analisar documentos oficiais governamentais federais referentes à Educação e Educação Especial que abordassem o tema das altas habilidades ou superdotação, sem limite de data.

Foram consultados documentos disponíveis nos sites oficiais do governo referentes aos seguintes órgãos: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Especial, Câmara dos Deputados, Conselho Nacional de Educação, Câmara de Educação Básica, Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil e Casa Civil.

3 RESULTADOS E DISCUSSÕES

A fim de facilitar a análise e organizar os dados, foi construído um quadro com informações dos documentos analisados, indicados no Quadro 2.

Quadro 2 - Resultado da busca por documentos federais sobre altas habilidades ou superdotação

Documento	Ano	Órgão	Tipo de documento	Finalidade
Lei nº 5.692	1971	Coordenação de Estudos Legislativos – CEDI	Lei	Fixa Diretrizes e Bases para o ensino de 1° e 2º graus, e dá outras providências.
Diretrizes gerais para o atendimento educacional aos alunos portadores de altas habilidades/superdotação e talentosos	1995	Ministério da Educação e do Desporto – MEC, Secretaria de Educação Especial	Diretrizes	Fornece subsídios aos educadores que. No exercício de suas funções, necessitam planejar e executar atividades nessa área.
Subsídios para organização e funcionamento de serviços de Educação Especial. Área de altas habilidades	1995	Ministério da Educação e do Desporto – MEC, Secretaria de Educação Especial	Subsídio	Fornece subsídios aos sistemas de ensino para a organização e o funcionamento de serviços educacionais prestados aos portadores de necessidades educativas especiais.
Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDBEN), Lei nº 9.394/96	1996	Ministério da Educação e do Desporto – MEC	Lei	Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional.
Diretrizes Nacionais para a Educação Especial na Educação Básica	2001	Ministério da Educação, Secretaria de Educação Especial.	Diretrizes	Contribui para a normatização dos serviços prestados nos Artigos 58, 59 e 60 do Capítulo V, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDBEN.
Documento Orientador NAAH/S	2006	Ministério da Educação. Secretaria de Educação Especial, Núcleos de Atividades de Altas Habilidades/ Superdotação	Normativa	Implantação em parceria com as Secretarias de Educação em todas as Unidades da Federação, os Núcleos de Atividades de Altas Habilidades/ Superdotação – NAAH/S.
A Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva	2008	Ministério da Educação, Secretaria de Educação Especial.	Política	Assegurar a inclusão escolar de alunos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades/superdotação, orientando os sistemas de ensino para garantir: acesso ao ensino regular.

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

Documento	Ano	Órgão	Tipo de documento	Finalidade
Resolução nº 4	2010	Ministério da Educação, Conselho Nacional de Educação, Câmara de Educação Básica.	Diretrizes	Define Diretrizes Curriculares Nacionais Gerais para a Educação Básica.
Decreto nº 7.611	2011	Presidência da República, Casa Civil.	Decreto	Dispõe sobre a educação especial, o atendimento educacional especializado e dá outras providências.
Lei nº 12.796	2013	Presidência da República, Casa Civil.	Lei	Altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, para dispor sobre a formação dos profissionais da educação e dar outras providências.
Lei nº 13.234	2015	Presidência da República, Casa Civil.	Lei	Altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, para dispor sobre a identificação, o cadastramento e o atendimento, na educação básica e na educação superior, de alunos com altas habilidades ou superdotação.
Decreto nº 10.502	2020	Atos do Poder Executivo Atos do Poder Executivo	Decreto	Institui a Política Nacional de Educação Especial: Equitativa, Inclusiva e com Aprendizado ao Longo da Vida.

Fonte: Elaboração própria. Dados retirados do levantamento documental.

A temática começa a ser discutida na legislação federal brasileira pela primeira vez em 1971, com a Lei nº 5.692 em que a educação de alunos com AHSD recebe respaldo legal, contudo, não foi implementada na prática educacional (Reynaud; Rangni, 2017).

Na década de 1990, com a mobilização dos movimentos sociais de pessoas com deficiência acontecem importantes discussões em âmbito internacional relacionadas à Educação inclusiva, envolvendo alunos com deficiência[1]-[2], síndromes, transtornos, AHSD e em situações vulneráveis, nas quais resultaram nos documentos: Declaração Mundial sobre Educação para Todos, que aconteceu em Jomtien, Tailândia em 1990, e Declaração de Salamanca, de 1994, que ocorreu na Espanha, a qual o Brasil se torna signatário.

Em 1995 o Ministério da Educação e do Desporto (MEC)[3] e a Secretaria de Educação Especial lançam cartilhas com diretrizes de atendimento e subsídios para a organização e funcionamento de serviços para alunos com AHSD. As cartilhas abordavam as temáticas:

- Diretrizes gerais para o atendimento educacional aos alunos portadores de altas habilidades/superdotação[4]e talentosos: fundamentos legais; conceituação de altas habilidades/superdotação e talento; o processo de identificação; mecanismos efetivos para assegurar a implementação do atendimento; o atendimento educacional e suas vantagens; linhas de orientação pedagógica; capacitação e desenvolvimento de recursos humanos; importância do desenvolvimento de estudos e pesquisas e da implantação de uma política documentação e divulgação do conhecimento produzido; estratégias e sugestões para os Conselhos nacional, Estaduais e Municipais de Educação (Brasil, 1995a, p. 3);
- Subsídios para organização e funcionamento de serviços de Educação Especial. Área de altas habilidades: caracterização dos tipos de educandos portadores de altas habilidades/superdotados; conceito de superdotado; procedimento de identificação; alternativas de atendimento; requisitos básicos para organização e funcionamento de serviços de atendimento ao educando portador de altas habilidades/superdotado; níveis de ensino; modalidades

1 A jornada pelo reconhecimento dos direitos das pessoas com deficiência, no plano internacional, teve início após o fim da Segunda Guerra Mundial (Crespo, 2009).

2 No âmbito brasileiro, destaca-se a adesão à Convenção Internacional sobre as Pessoas com Deficiências, denominada Convenção de Nova York, aprovada na forma prevista no art. 5º, § 3º da CRFB/88 (com status de norma constitucional material e formal) e promulgada no ano de 2009, pelo Decreto federal nº 6.949 (Brasil, 2009), reconhecendo no seu preâmbulo, alínea "v", a importância do acesso à educação às pessoas com deficiência como direito humano e liberdade fundamental, além de consignar que esse direito deve ser efetivado sem discriminação e com base na igualdade de oportunidades.

3 Com a reforma educacional em 1996 o então Ministério da Educação e do Desporto passa a se chamar Ministério da Educação e da Cultura.

4 São respeitados os termos utilizados no texto original, tais quais: portadores de altas habilidades/superdotação e talento.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

> de atendimento; professor de portadores de altas habilidades/superdotados (Brasil, 1995b, p. 3-4).

Se observa que nestes documentos já se mencionava a importância em se identificar esse grupo de alunos, fornecer ensino e atendimento educacional especializado em sala de recursos, e o quanto a formação do professor é necessária e importante (Brasil, 1995a, 1995b; Cupertino; Arantes, 2012), em consonância com a isonomia material prevista no art. 5º, *caput* da CRFB/88.

Sob influência da Declaração de Salamanca (UNESCO, 1994), em 1996, o MEC publica a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDBEN), Lei nº 9.394/96, a qual declara oficialmente que alunos com AHSD é público-alvo da Educação Especial (PAEE) e têm a possibilidade de concluírem os estudos em menor tempo (Brasil, 1996), o que é reafirmado nas Diretrizes Nacionais para a Educação Especial na Educação Básica (Brasil, 2001).

A Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva (PNEE-PEI), de 2008, define o público-alvo da Educação Especial (PAEE): alunos com deficiências física, sensorial e intelectual, transtornos globais do desenvolvimento (TGD), AHSD, fazendo uma breve menção aos transtornos funcionais específicos: Transtorno do déficit de atenção com hiperatividade (TDAH), dislexia, discalculia, entre outros - que não são contemplados como PAEE pela política nacional de educação.

O documento PNEE-PEI (Brasil, 2008, p. 15) define altas habilidades ou superdotação alinhada à teoria dos Três Anéis de Renzulli, aluno com potencial elevado em áreas isoladas ou combinadas "intelectual, acadêmica, liderança, psicomotricidade e artes", estes apresentam "elevada criatividade, grande envolvimento na aprendizagem e realização de tarefas em áreas de seu interesse".

Em julho de 2010 foi lançada a Resolução nº 4, que define Diretrizes Curriculares Nacionais Gerais para a Educação Básica, na Seção II – Educação Especial, Art. 29, § 1º, que estabelece que os sistemas de educação devem matricular os alunos com AHSD em classes comuns do ensino regular e no Atendimento Educacional Especializado (AEE), de modo complementar ou suplementar. Para a área de AHSD este é um documento importante, uma vez que ele define que estes alunos devem estar matriculados em salas de recursos multifuncionais ou em centros de AEE da rede pública e afins para receber a educação adequada (Brasil, 2010).

E em novembro de 2011 foi lançado o Decreto nº 7.611, o qual dispõe sobre a Educação Especial, o atendimento educacional especializado e dá outras providências, tais como: garante que o Estado deve ofertar educação ao público da Educação Especial, assim como garantir um sistema educacional inclusivo em todos os níveis; aprendizado ao longo da vida; garantia de ensino fundamental gratuito e compulsório, apoio necessário com vistas a facilitar uma educação efetiva; apoio individual em ambientes que maximizem o desenvolvimento acadêmico e social; oferta de Educação Especial na rede regular de ensino. A respeito das AHSD, o documento o considera público-alvo da Educação Especial (PAEE), em seu Art. 2º ele aponta que a Educação Especial deve garantir serviços de apoio especializado com objetivo de eliminar barreiras no processo de escolarização e que deve suplementar a formação de estudantes com estas características (Brasil, 2011).

Em 2013 a LDBEN é alterada pela Lei nº 12.796, que insere artigos, explicitando o amparo legal destinado a alunos com AHSD e sua necessidade em ter um atendimento educacional especializado. A LDBEN é novamente alterada em dezembro de 2015, pela Lei nº 13.234, relacionado à implantação de um sistema de identificação, cadastramento e atendimento destes alunos em todos os níveis educacionais, já indicado na PNEE-PEI, de 2008.

Recentemente se instituiu a Política Nacional de Educação Especial Equitativa, Inclusiva e com Aprendizado ao Longo da Vida (PNEE-EIALV), por meio do Decreto nº 10.502, de 30 de setembro de 2020, o documento menciona as AHSD dez vezes. O dispositivo mantém o termo altas habilidades ou superdotação, que segue sendo público-alvo da Educação Especial com atendimento preferencialmente na rede regular de ensino. Em seu Capítulo I, Art. 2º, VIII, reconhece

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

escolas bilíngues de surdos e indica que pessoas surdas podem ter AHSD e que devem ter o atendimento educacional especializado em Língua Brasileira de Sinais[5]; no parágrafo XI reconhece os planos de desenvolvimento individual e escolar para o PAEE.

Também, no Capítulo II, Art. 3º, VIII, o documento aponta que são princípios da PNEE-EIALV o atendimento de educandos PAEE no território nacional, garantindo a oferta de serviços e de recursos da educação especial (EEsp), incluindo alunos quilombolas, indígenas e do campo, visando a efetiva proteção desses grupos minoritários e vulnerabilizados. No Art. 4ª, I, o documento define como objetivos da política garantir os direitos constitucionais de AEE ao PAEE e no mesmo artigo, VII, assegura aos alunos PAEE "oportunidades de educação e aprendizado ao longo da vida, sustentável e compatível com as diversidades locais e culturais" (Brasil, 2020, p. 07).

O documento define que alunos com AHDS são aqueles "que apresentem desenvolvimento ou potencial elevado em qualquer área de domínio, isolada ou combinada, criatividade e envolvimento com as atividades escolares" (Brasil, 2020, p. 8), diferindo da PNEE-PEI quando indica área de domínio e atividades escolares, possibilitando que outras linhas teóricas, como Gardner e Gagné estejam alinhadas à legislação brasileira.

Sobre as diretrizes, o documento reconhece a existência de AHSD em concomitância com outra especificidade, quando indica escolas ou classes bilíngues a alunos surdos, com deficiência auditiva ou surdocegos com AHSD associadas, possibilitando o reconhecimento da dupla excepcionalidade (DE), contudo há de se ponderar a indicação de salas e escolas especiais para alunos com DE, uma vez que isso pode dificultar a inclusão destes alunos.

Já o Capítulo V, Art. 7º, parágrafo V, sobre os serviços e recursos da EEsp, o documento indica centros de atividades de AHSD, o que pode ser satisfatório para este alunado. O documento ainda indica escolas e classes especializadas para alunos PAEE, gerando discussões nos meios de comunicação, em que se discute as possíveis consequências desta política em retroceder à segregação desse público, denotando grande preocupação por parte de profissionais e pesquisadores da Educação Especial (Araújo, 2020; Grupo Temático Deficiência e Acessibilidade da ABRASCO, 2020; Sociedade Brasileira de Fonoaudiologia, 2020; Rocha; Mendes; Lacerda, 2021; Wisniewski, 2021).

A política brasileira de Educação apresenta algumas conquistas para alunos com indicativos de AHSD, os quais necessitam de atendimento educacional especializado de modo suplementar ou complementar, pois, embora não encontrem dificuldade para realizar a matrícula, alunos com tais especificidades podem apresentar baixo desempenho escolar, assim como comportamentos negativos em relação a si mesmo, muitas vezes em decorrência de mitos perpetuados na educação (Antipoff, Campos, 2010; Brasil, 2008, 2020).

De acordo com Antipoff e Campos (2010) mitos como: a pessoa com altas habilidades ou superdotação destaca-se em todas as áreas do currículo escolar; todas têm um QI elevado; as AHSD é inata ou é produto do ambiente social; a pessoa com alto intelecto também é psicologicamente bem ajustada; as crianças superdotadas se tornam adultos eminentes; provêm de classes socioeconômicas privilegiadas; não se deve identificar pessoas com altas habilidades; não precisam de atendimento educacional especial. Quando esses mitos estão presentes podem acarretar problemas psicológicos, baixo rendimento escolar, desfavorecer o desenvolvimento de práticas adequadas que atendam às necessidades específicas desses sujeitos, desperdício de talentos, assincronia do desenvolvimento, entre outros (Antipoff; Campos, 2010).

É importante ressaltar que pessoas com AHSD podem apresentar dificuldade de aprendizagem, de resolução de problemas, deficiência, síndrome ou distúrbio

5 Em reforço ao disposto no art. 24, item 2, alínea "d", do Decreto nº 6.949/2009 (Brasil, 2009), que determina que as pessoas com deficiência recebam o apoio necessário no sistema educacional, com vistas a facilitar a sua efetiva educação; no art. 24, item 3, alínea "c", que garante às pessoas cegas, surdocegas e surdas o ensino ministrado em línguas e os meios adequados que favoreçam ao máximo seu desenvolvimento acadêmico e social; e art. 24, item 5, que assegura às pessoas com deficiência acesso ao ensino superior em geral e treinamento profissional de acordo com a sua vocação, sem discriminação e em igualdade de condições.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

psicológico, baixa autoestima, assim como outros problemas e dificuldades concernentes ao ser humano em desenvolvimento, visto que, como pessoa ela pode estar sujeita a tais ocorrências. Outro ponto é que, as habilidades são desenvolvidas ao longo da aprendizagem e da vida dela, portanto lenta e gradualmente (Antipoff; Campos, 2010). Além de ser um direito dela, o acesso ao atendimento educacional especializado é extremamente importante para que ela possa desenvolver suas habilidades e potencialidades.

Com esse cenário, em 2005 são implantados os Núcleos de Atividade de Altas Habilidades/Superdotação (NAAH/S) no território nacional, formados por centros de referência para o atendimento de alunos com estas especificidades (Brasil, 2008). Esses núcleos foram criados com o objetivo de promover a identificação, o atendimento e o desenvolvimento dos alunos com AHSD das escolas públicas de educação básica, possibilitando sua inserção efetiva no ensino regular bem como disponibilizar recursos didáticos e pedagógicos, formar professores com competência técnica para atender de maneira adequada aos alunos e contemplar os desafios acadêmicos e socioemocionais; disseminar conhecimentos sobre o tema nos sistemas educacionais, comunidades escolares, além das famílias em todo o território nacional (Brasil, 2006).

De acordo com o Documento Orientador NAAH/S os núcleos foram organizados de maneira que estivessem nas capitais em todos os Estados do país e Distrito Federal, com recursos para atendimento às necessidades educacionais dos alunos com AHSD, de maneira a oportunizar um aprendizado específico, estimular suas habilidades e potencialidades, desenvolver sua criatividade e senso crítico, equipados com espaço de apoio pedagógico aos professores bem como com o intuito de orientar as famílias desse grupo de alunos (Brasil, 2006).

Os NAAH/S também têm como objetivos específicos:

> Estruturar e implementar os Núcleos de Atividades de Altas Habilidades / Superdotação (NAAH/S) nas Unidades Federadas.
>
> Acompanhar, avaliar e disseminar as atividades desenvolvidas, processos e resultados nos Núcleos de Atividades de Altas Habilidades / Superdotação (Brasil, 2006, p. 15).

Contudo, ao longo dos 12 anos seguintes muitos núcleos foram desativados em decorrência da falta de administração estadual, porém acredita-se que a atuação junto aos centros possibilitou que a identificação e matrículas aumentassem, tendo como base o Censo Escolar (Oliveira; Rangni, 2019; Souza; Santos, 2018).

Oliveira e Rangni (2019) apontam que no censo escolar de 2018 a matrícula não chegou a atingir 1% em nenhuma região do território nacional. Elas ainda demonstram que, de acordo com os dados coletados na Sinopse Estatística da Educação Básica (INEP, 2020), no Estado de São Paulo existem cerca de 1.929 alunos com AHSD matriculados em classe comum e 11 matriculados em classe exclusiva, sendo que o total de alunado na Educação Básica no estado é de 10.057.596, demonstrando que apenas 0,01% destes são identificados e matriculados com altas habilidades ou superdotação, como ilustra o Gráfico 1.

Gráfico 1 - Censo Escolar Evolutivo Brasileiro – AHSD (INEP)

Fonte: Elaboração própria. Dados das Sinopses Estatísticas da Educação Básica – INEP (2003 a 2019).

O Gráfico 1 ilustra as matrículas de alunos com AHSD no território nacional, ele mostra que no ano de 2003 haviam 1.720 alunos matriculados na rede regular de ensino, nos anos subsequentes estes números aumentaram, havendo um salto significativo nos anos de 2010, 2017, 2018 e 2019. Em 2009 haviam em

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

torno de 5.205 matrículas e em 2010 passou para 9.000 alunos, com um aumento de 3.795 matrículas, novamente houve um salto no ano de 2017, partindo de 15.751 alunos matriculados em 2016 para 19.451 em 2017. Os números seguiram aumentando e no ano de 2018 haviam 22.161 alunos matriculados com AHSD, e em 2019 houve um grande salto para 48.133 matrículas.

CC BY NC ND

REVISTA DO DIREITO PÚBLICO, Londrina, v. 20, n. 2, p. 68-82, ago. 2025. DOI: 10.5433/1980-511X.2025.v20.n2.48646.

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

CONCLUSÃO

De acordo com o exposto, é entendido que a formação continuada de professores é necessária, a fim de que possam identificar alunos com indicadores de AHSD e encaminhá-los ao atendimento educacional especializado; uma vez que apenas uma pequena parcela deles tem sido atendida de acordo com o Censo Escolar.

A falta de estímulo, instrução especializada e atenção adequada a alunos com AHSD, além de desrespeitar o direito fundamental desse público ao acesso ao ensino individualizado de acordo com as suas características especiais, que encontra fundamento nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e na isonomia material, pode resultar na perda dos talentos, assim como gerar sentimento de frustração, problemas emocionais e inadequação social, assim sendo é necessário formar profissionais que estejam capacitados para identificar, indicar e atender esses alunos, uma vez que é por meio da educação que se florescem ao máximo os potenciais humanos, de modo que o sujeito se torne apto a participar ativamente da sociedade.

Pesquisas são fundamentais para fomentar a discussão de que, os alunos com AHSD sempre estiveram na escola regular, muito antes do marco da inclusão e continuam tendo direitos em desenvolver suas habilidades e potencializar suas capacidades por meio de atendimento educacional especializado. Já no caso de alunos que apresentam alguma deficiência, síndrome ou distúrbios psiquiátricos associadas às AHSD a invisibilidade é ainda maior.

A progressão de matrículas no Censo Escolar brasileiro suscita hipóteses sobre o aumento de matrículas como maior quantidade de identificação, formação adequada de profissionais da educação, contudo é necessário que pesquisas sejam realizadas com o objetivo de estudar esta evolução nas matriculas de alunos com AHSD na rede básica de ensino do país, uma vez que nas escolas não se encontram tantos alunos sendo atendidos em serviços de AEE ou em serviços especializados.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

REFERÊNCIAS

ALVIM, Mariana. Brasil pode ter milhares de superdotados que não sabem de seu alto QI: associações e psicólogos fazem testes no Brasil para identificar pessoas com altas habilidades, mas pedem maior participação do poder público; cadastro nacional de superdotados, previsto por lei sancionada em 2015, até hoje não saiu do papel. G1, São Paulo, 31 jul. 2023. Disponível em: https://g1.globo.com/educacao/noticia/2023/07/31/brasil-pode-ter-milhares-de-superdotados-que-nao-sabem-de-seu-alto-qi.ghtml. Acesso em: 19 abr. 2025.

ANTIPOFF, Cecília Andrade; CAMPOS, Regina Helena de Freitas. Superdotação e seus mitos. Psicologia Escolar e Educacional, São Paulo, v. 14, n. 2, p. 301-309, jul./dez. 2010. DOI: https://doi.org/10.1590/S1413-85572010000200012.

ARAÚJO, Edgilson Tavares de. Retrocessos e negação do direito a educação para as pessoas com deficiência: cooptação, capacitismo[i] e segregação institucionalizada pelo Decreto 10.502/2020. Estadão, São Paulo, 5 out. 2020. 4 p. Disponível em: https://politica.estadao.com.br/blogs/gestao-politica-e-sociedade/retrocessos-e-negacao-do-direito-a-educacao-para-as-pessoas-com-deficiencia-cooptacao-capacitismoi-e-segregacao-institucionalizada-pelo-decreto-1-0-502-2020/. Acesso em: 6 jul. 2023.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 maio 2023.

BRASIL. Decreto n. 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: Presidência da República, 25 ago. 2009. 23 p. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 28 maio 2023.

BRASIL. Decreto nº 10.502, de 30 de setembro de 2020. Institui a Política Nacional de Educação Especial: Equitativa, Inclusiva e com Aprendizado ao Longo da Vida. Diário Oficial: seção1, Brasília, ano 189, p. 6, 1 out. 2020. Disponível em: https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-n-10.502-de-30-de-setembro-de-2020-280529948. Acesso em: 2 jul. 2023.

BRASIL. Decreto nº 7.611, de 17 de novembro de 2011. Dispõe sobre a Educação Especial, o atendimento educacional especializado e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2011. 3 p. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7611.htm. Acesso em: 20 jun. 2023.

BRASIL. Lei nº 12.796, de 04 de abril de 2013. Altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, para dispor sobre a formação dos profissionais da educação e dar outras providências. Brasília: Presidência da República, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12796.htm. Acesso em: 22 jul. 2023.

BRASIL. Lei nº 13.234, de 29 de dezembro de 2015. Altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, para dispor sobre a identificação, o cadastramento e o atendimento, na educação básica e na educação superior, de alunos com altas habilidades ou superdotação. Brasília: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13234.htm. Acesso em: 15 jul. 2023.

BRASIL. Lei nº 5.692, de 11 de agosto de 1971. Fixa Diretrizes e Bases para o ensino de 1º e 2º graus. Brasília: Presidência da República, 1971. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5692.htm. Acesso em: 30 jun. 2023.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Brasília: Presidência da República, 1996. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/lei9394_ldbn1.pdf. Acesso em: 30 jun. 2023.

BRASIL. Ministério da Educação. Diretrizes gerais para o atendimento educacional aos alunos portadores de altas habilidades/ superdotação e talentos. Brasília: MEC, 1995a. (Série Diretrizes, 10). Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/me002299.pdf. Acesso em: 30 jun. 2023.

BRASIL. Ministério da Educação. Diretrizes nacionais para a educação na educação básica. Brasília: Ministério da Educação: Secretaria de Educação Especial, 2001. 79 p. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/diretrizes.pdf. Acesso em: 20 jul. 2023.

BRASIL. Ministério da Educação. NAAH/SN documento orientador. Brasília: Ministério da Educação: Secretaria de Educação Especial, 2006. 58 p. Disponível em: https://paaahsd.uff.br/wp-content/uploads/sites/388/2021/11/Documento-Orientador_NAAHS_29_05_06.pdf. Acesso em: 20 jul. 2023.

BRASIL. Ministério da Educação. Política nacional de educação especial na perspectiva da educação inclusiva. Brasília: Ministério da Educação: Secretaria de Educação Especial, 2008. 15 p. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=16690-politica-nacional-de-educacao-especial-na-perspectiva-da-educacao-inclusiva-05122014&Itemid=30192. Acesso em: 5 maio 2023.

BRASIL. Ministério da Educação. Resolução nº 04, de 13 de julho de 2010. Define Diretrizes Curriculares Nacionais Gerais para a Educação Básica. Brasília: Ministério da Educação: Conselho Nacional de Educação: Câmara de Educação Básica, 2010. 18 p. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/dmdocuments/rceb004_10.pdf. Acesso em: 18 jul. 2023.

BRASIL. Ministério da Educação. Subsídios para organização e funcionamento de serviços de educação especial: área de altas habilidades. Brasília: MEC, 1995b. (Série Diretrizes, 9). Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/me002303.pdf. Acesso em: 29 jun. 2023.

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

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Constituição, governo democrático e níveis de intensidade do controle jurisdicional. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional, São Paulo, v. 7, p. 155-204, 2015. Disponível em: https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc500001719347835f0810bcc3&docguid=If07fc7b0418511e5b17b010000000000&hitguid=If07fc7b0418511e5b17b010000000000&spos=2&epos=2&td=36&context=43&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1. Acesso em: 27 maio 2023.

CRESPO, Ana Maria Morales. Da invisibilidade à construção da própria cidadania: os obstáculos, as estratégias e as conquistas do movimento social das pessoas com deficiência no Brasil, através das histórias de vida e seus líderes. 2009. 399 p. Tese (Doutorado em História Social) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8138/tde-28052010-134630/pt-br.php. Acesso em: 28 maio 2023.

CUPERTINO, Christina Menna Barreto; ARANTES, Denise Rocha Belfort. Um olhar para as altas habilidades: construindo caminhos. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Secretaria da Educação, Núcleo de Apoio Pedagó-

Universidade Estadual de Londrina

Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

gico Especializado, 2012. 87 p. Disponível em: https://pt.scribd.com/document/284963877/Um-Olhar-Para-As-Altas-habilidades-2-Edicao. Acesso em: 26 jul. 2023.

DAVIS, Katie; CHRISTODOULOU, Joanna; SEIDER, Seider; GARDNER, Howard. The theory of multiple intelligences. *In.*: STERNBERG, Robert J.; KAUFMAN, Scott Barry (ed.). The Cambridge Handbook of Intelligence. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 485-503. Disponível em: https://psycnet.apa.org/record/2011-12794-024. Acesso em: 17 abr. 2023.

DECLARAÇÃO mundial sobre educação para todos. Jomtien: Conferência de Jomtien, 1990. 36 p. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/declaracao-mundial-sobre-educacao-para-todos-conferencia-de-jomtien-1990. Acesso em: 26 jul. 2023.

GARDNER, Howard; WALTERS, Joseph. Uma versão aperfeiçoada. *In*: GARDNER, H. (org.). Inteligências múltiplas: a teoria na prática. Reimpressão. Porto Alegre: Artmed, 2012, p. 19-36.

Gil, Antônio Carlos. Como elaborar projetos de pesquisa. 4ª Edição. São Paulo: Atlas, 2002.

GRUPO TEMÁTICO DEFICIÊNCIA E ACESSIBILIDADE DA ABRASCO. Nota de Repúdio ao Decreto nº. 10.502, de 30 de setembro de 2020, que institui a Política Nacional de Educação Especial. Rio de Janeiro: ABRASCO, 2020. Disponível em: https://www.idea.ufscar.br/arquivos/politicas-e-esp/2020_10_02_abrasco-fiocruz-obee-e-acolhedown.pdf/@@download/file/2020_10_02_ABRASCO,%20FIOCRUZ,%20ObEE%20e%20AcolheDown.pdf. Acesso em: 26 jul. 2023.

INEP - INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA. Sinópses estatísticas da educação básica: anos 2003-2019. Brasília: INEP, 2020. Disponível em: https://www.gov.br/inep/pt-br/acesso-a-informacao/dados-abertos/sinopses-estatisticas/educacao-basica. Acesso em: 26 jul. 2023.

MIRANDA, Jorge. Direitos fundamentais. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2018.

OLIVEIRA, Laís Paloma.; RANGNI, Rosemeire de Araújo. Sinopse Estatística da Educação Básica: o lugar dos alunos com alta capacidade. Poiésis, Tubarão, v. 13, n. 23, p. 480-496, jul./dez. 2019. Disponível em: https://portaldeperiodicos.animaeducacao.com.br/index.php/Poiesis/article/download/7987/4622/21241. Acesso em: 9 jul. 2023.

RENZULLI, Joseph Salvatore. A concepção no modelo dos três anéis: um modelo de desenvolvimento para a promoção da produtividade criativa. Tradução de Lucila Adan e Maria Clara Connolly. Revisão técnica de Angela Virgolim. *In*: VIRGOLIM, A. M. R.; KONKIEWITZ, E. C. (org.) Altas habilidades/superdotação, inteligência e criatividade. Campinas, SP: Papirus, 2014. p. 219 – 264.

RENZULLI, Joseph Salvatore. The enrichment triad model: a guide for developing defensible programs for the gifted and talented. Gifted Child Quarterly, [*s. l.*], v. 20, n. 3, p. 303-326, 1976. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/232549273_The_Enrichment_Triad_Model_a_Guide_for_Developing_Defensible_Programs_for_the_Gifted_and_Talented. Acesso em: 13 maio 2023.

RENZULLI, Joseph Salvatore. Three ring conception of giftedness. *In*: BAUM, S. M.; REIS; S. M.; MAXFIELD, L. R. (ed.). Nurturing the gifts and talents of primary grade students. Mansfield Center: Creative Learning Press, 1998. 40 p.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

REYNAUD, Maria Luiza Dieguez; RANGNI, Rrosemeire de Araújo. O Atendimento aos Alunos com Altas Habilidades à Luz da Legislação Brasileira. *In*: RANGNI R. A.; MASSUDA M. B.; COSTA M. da P. R. da. (org.). Altas Habilidades/Superdotação. São Carlos, EdUFSCar, 2017. p. 67-85.

ROCHA, Luiz Renato Martins da; MENDES, Eniceia Gonçalves; LACERDA, Cristina Broglia Feitosa de. Políticas de Educação Especial em disputa: uma análise do Decreto Nº 10.502/2020. Práxis Educativa, Ponta Grossa , v. 16, e2117585, 2021 . Disponível em: http://educa.fcc.org.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1809-43092021000100115&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 28 ago. 2025. Epub 21-Out-2021. https://doi.org/10.5212/praxeduc.v.16.17585.050. Acesso em: 28 ago. 2025.

SAMPIERI, Roberto Hernández; COLLADO, Carlos Fernández; LUCIO, María del Pilar Baptista. Definição do alcance da pesquisa a ser realizada: exploratória, descritiva, correlacional ou explicativa. *In.:* SAMPIERI, Roberto Hernández. Metodologia de Pesquisa. 5. ed. Tradução de Daisy Vaz de Moraes. Porto Alegre: Penso, 2013. p. 99-110.

SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE FONOAUDIOLOGIA. Nota de Repúdio da Sociedade Brasileira de Fonoaudiologia ao Decreto nº 10.502, de 30 de setembro de 2020, que institui a Política Nacional De Educação Especial.. São Paulo: SBFa: 6 out. 2020. Disponível em: https://www.idea.ufscar.br/arquivos/legislacao/boletim-nota-de-repudio.pdf/view. Acesso em: 14 jul. 2023.

SOUZA, A. R.; SANTOS, V. Mapeamento e caracterização das matrículas e atendimento de estudantes com altas habilidades/superdotação na região sudeste. *In.*: DENARI, F. (org.) Educação e educação especial: reflexões entre o dizer e o fazer. São Carlos: Pedro e João Editores, 2018. v. 2, p. 193-225.

UNESCO. Declaração de Salamanca sobre princípios, políticas e práticas na área das necessidades educativas especiais. Salamanca: UNESCO, 1994. 4 p. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000139394. Acesso em: 26 jul. 2023.

WISNIEWSKI, Bruno. Política de Educação Especial traz retrocessos e segregação. Bruno Wisniewski, 2021. Disponível em: brunopsicologo.com.br/noticias/detalhes/Política-de-Educação-Especial-traz-retrocessos-e-segregação. Acesso em: 28 ago. 2025.

CC BY NC ND

DOI: 10.5433/1980-511X.2025.V20.N1.48695

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 572: UM ESTUDO SOBRE A APLICAÇÃO (OU NÃO) DO MÉTODO DO JUIZ HÉRCULES DE RONALD DWORKIN

THE CLAIM OF NON-COMPLIANCE WITH BASIC PRECEPT 572: A STUDY ABOUT THE APPLICATION (OR NOT) OF THE JUDGE METHOD FROM RONALD DWORKIN'S HERCULES

Giovanne Henrique Bressan Schiavon

Doutor em Filosofia, habilitação ética e política pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Professor dos cursos de graduação e pós-graduação da Universidade Estadual de Londrina e da Pontifícia Universidade Católica do Paraná campus Londrina. E-mail: ghbs2002@yahoo.com.br.

Laura Balbino Altmann

Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Campus Londrina. Realizou intercâmbio pelo período de um semestre na University of Connecticut School of Law, onde frequentou as aulas de Law and Literature, Business Organization, Patent Law e International Law. E-mail: laura.altmann@pucpr.edu.br.

Como citar: SCHIAVON, Giovanne Henrique Bressan; ALTMANN, Laura Balbino. A arguição de descumprimento de preceito fundamental 572: um estudo sobre a aplicação (ou não) do método do juiz Hércules de Ronald Dworkin. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 20, n. 2, p. 83-100, ago. 2025. DOI: 10.5433/1980-511X.2025.v20.n2.48695. ISSN: 1980-511X.

Recebido em: 04/08/2023

Aceito em: 22/04/2025

Resumo: Diante da propagação de notícias falsas com ataques ao Supremo Tribunal Federal (STF), este, com base em norma regimental, instaurou inquérito para o fim de apurar os referidos atos, o qual se tornou popularmente conhecido como o Inquérito das *Fake News*. A atitude pouco usual da Suprema Corte ensejou diversos debates, o que resultou na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 572 que analisou a possível violação de preceitos fundamentais como separação dos poderes e sistema acusatório. Nesse sentido, o STF declarou constitucional a portaria por ele próprio produzida quando da instauração do supracitado inquérito. Desse modo, o julgamento da questão centralizou-se na interpretação da norma regimental que fundamentou a existência do inquérito. Este debate invoca o interesse da filosofia contemporânea, vez que esta tem como um de seus objetos de estudo a exegese dos juízes quando da aplicação das normas. Sendo assim, o presente artigo tem como principal objetivo identificar no acórdão da ADPF 572, se houve (ou não) a aplicação da teoria do juiz Hércules do filósofo Ronald Dworkin, bem como de outros métodos hermenêuticos relevantes do autor, como o romance em cadeia. Para tanto, a pesquisa baseou-se na metodologia descritiva, e empenhou-se em investigar a teoria do direito dworkiniana como horizonte teorético no estudo dos elementos utilizados pelo Relator na decisão polêmica acerca da constitucionalidade do Inquérito das *fake news*, concluindo-se que, por mais que o Ministro tenha manifestado juiz Hércules em certas partes, faltou com a aplicação do método em argumentos fundamentais de sua decisão.

Palavras-chave: arguição de descumprimento fundamental; *fake news*; juiz Hércules; Ronald Dworkin.

Abstract: Given the current scenario of fake news and attacks against the Supreme Court, the Court, based on an internal rule, established an inquiry to investigate these acts, which became popularly known as the "fake news inquiry." This atypical practice by the Supreme Court gave rise to several debates, resulting in ADPF 572, which discussed possible violations of fundamental precepts such as the separation of powers and the accusatorial system. The Supreme Court subsequently ruled that the ordinance it had itself instituted to open the inquiry was constitutional. Thus, the judgment centered on the interpretation of the internal rule that served as the basis for the inquiry's existence. This debate is of interest to contemporary philosophy, as one of its objects of study is the exegesis judges perform when applying rules. Hence, the main aim of this article is to identify, within the elements used in the ADPF 572 ruling, whether there was an application of philosopher Ronald Dworkin's theory of Judge Hercules, as well as his other relevant hermeneutical methods, such as the chain novel metaphor. Therefore, the analysis is based on descriptive research and investigates Dworkinian legal theory as a framework for studying the elements used by the reporting justice in the controversial decision, concluding that although the justice invoked the Judge Hercules model in certain parts, he failed to apply the method in the fundamental arguments of his ruling.

Keywords: claim of non-compliance with basic precept; fake news; judge Hercules; Ronald Dworkin.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

INTRODUÇÃO

O presente artigo objetiva identificar no acórdão da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 572, o seu ajuste face a teoria do juiz Hércules do filósofo Ronald Dworkin, bem como de outros métodos hermenêuticos relevantes para o autor, como o romance em cadeia. Para tanto, se investigará de modo descritivo e documental se o Ministro Relator observou de modo fiel a teoria do direito empregada na polêmica decisão acerca da constitucionalidade do Inquérito das *fake news*.

Na origem da questão julgada se verificará que a instauração do Inquérito n. 4.781, popularmente conhecido inquérito das *fake news*, foi motivada sob o contexto em que o uso das redes sociais favoreceu a propagação de notícias falsas e ataques proferidos ao Supremo Tribunal Federal (STF). Então, o Ministro Dias Toffoli com fundamento no artigo 43 do Regimento Interno do STF (RISTF) firmou a Portaria n.º 69/2019 e designou o Ministro Alexandre de Moraes em sua presidência.

À época a comunidade jurídica apontou o caráter pouco usual da situação em que ministro do STF se vê na posição de liderar investigação instaurada de ofício cujo próprio tribunal do qual faz parte seria a vítima dos atos investigados. Inclusive porque tangencia distintos debates: do combate às *fake news*, do controle do ativismo judicial e da repressão de ameaças ao Estado Democrático de Direito.

Daí que o partido Rede Sustentabilidade veio a interpor a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 572, para o efeito de que fosse declarada a inconstitucionalidade da portaria que possibilitou a instauração do inquérito, sob a justificativa de que esta violava princípios do sistema acusatório, da separação de poderes, da proteção judicial efetiva, da garantia do juiz natural e do devido processo legal. Até que, em 16 de junho de 2020, o Plenário finalizou o julgamento sobre a validade desse inquérito decidindo pela constitucionalidade da Portaria nº 69/2019, e, por via de consequência, do inquérito dirigido pelo STF.

O acórdão da ADPF 572 é exemplo de *hard case* decidido por meio de ponderação a partir de princípios. Essa figura é caracterizada pelo desafio imposto ao órgão julgador de estabelecer justificação apta para conferir reconhecimento público da legitimidade ao conteúdo decidido.

O pensamento de Ronald Dworkin tem recebido destaque pelos juristas que estudam as diversas teorias da argumentação jurídica. Teorias que registram a investigação da construção das justificações, razões ou princípios, adotadas pelos juízes quando da aplicação das normas jurídicas. Pois Dworkin escreveu diversas obras, dentre as quais os clássicos "Levando os Direitos à Sério", "O Império do Direito" e "Uma Questão de Princípio", as quais estabelecem figuras como a do "direito como integridade" que sugere o julgamento sob as formas do "romance em cadeia" e do "juiz Hércules" e terminaram por consagrá-lo como um dos filósofos jurídicos de maior relevância nos estudos sobre a atividade de interpretação exercida pelos juízes.

Sob esses contornos, o presente artigo inicia com a delimitação dos elementos da teoria da interpretação do direito formulada por Ronald Dworkin, a qual será desenvolvida por meio da revisão da teoria do "romance em cadeia", propiciando a análise da figura do juiz Hércules e sua relevância para o contexto de análise da atividade jurisdicional. Para, na sequência, após a exposição do caso julgado pela ADPF 572, se refletir a respeito da justificação estabelecida pelo Ministro relator e a conformidade (ou não) da decisão produzida com a teoria de Dworkin. Apesar da relevância de todos os votos e seus interessantes desenvolvimentos interpretativos, frisa-se que, para maior objetividade deste artigo, se priorizou a análise da decisão do Relator, o Ministro Edson Fachin, por ter sido acolhida pela maioria dos demais ministros.

1 A HERMENÊUTICA DE RONALD DWORKIN

Antes de adentrar nas circunstâncias fáticas e de direito que envolvem a ADPF 572, faz-se necessário analisar a importância do papel dos magistrados e

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

suas interpretações, bem como a teoria de Ronald Dworkin sobre o direito como integridade, o romance em cadeia e, em especial, a teoria do juiz Hércules.

1.1 SOBRE A VIRADA INTERPRETATIVA E DIREITO COMO INTEGRIDADE

Quando Ronald Dworkin estabeleceu suas teses, o positivismo jurídico divulgava a tese do direito como um "caso social" e se encontrava fundado na crença da possibilidade do conhecimento dos acontecimentos sociais com certa objetividade.

Por exemplo Hans Kelsen se notabilizara por definir que a autoridade do direito revela técnica social por meio da qual se tutela uma conduta desejada mediante a ameaça de medida de coerção garantida pela sanção pressuposta (Kelsen, 2000, p. 86-87). Daí que Noberto Bobbio explica que a escola de Kelsen vislumbra o direito pela lógica dos imperativos "dever ser", constituindo uma realidade normativa garantida do modo coercitivo (Bobbio, 2021, p. 143).

Nessa linha o trabalho de aplicação do direito supõe que a realidade normativa favorece o raciocínio por subsunção, ou seja, que certa conduta, situação ou fato concreto (norma-fato) é julgada sob referência à lei (norma-tipo). Todavia, as limitações do modelo da aplicação por subsunção aparecem quando os próprios autores positivistas, como Herbert Hart, assumem que no momento da formação da decisão, especialmente nos "casos indeterminados" (outra denominação para os *hard cases),* os julgadores poderiam fazer uso de elementos da moral para formar a decisão (Hart, 1962, p. 34-35).

Assim embora se identifique aí a suposição de que o conteúdo da norma é passível de alguma objetividade que possa garantir a correta atuação da subsunção. Contudo, no pós Segunda Guerra Mundial, os teóricos percebem que o cenário social se encontrava repleto de necessidades e anseios inéditos, acarretando na situação de que a suposta objetividade das demandas formuladas pelos cidadãos já se não configurava.

Como assevera Macedo Junior, a segunda metade do Século XX, erodiu a crença nos pressupostos que possibilitaram a formação das teses positivistas, tidas a partir de então como limitadoras. Vez que a objetividade suposta para o conteúdo da norma a ser aplicada acarretava a redução de seu conceito, de modo que a norma posta já não mais atendia à pluralidade de realidades de forma completa, e, logo, era incapaz de explicar os "desacordos teóricos" (Macedo Junior 2013, p. 79).

Tendo à vista a concessão de que sob a identificação dos *hard cases* os juízes poderiam julgar de modo discricionário, Ronald Dworkin se voltou à investigação do raciocínio de aplicação das normas jurídicas. Sua teoria, como assevera Macedo, inicia estabelecendo que a atividade de aplicação do direito manifesta prática argumentativa, sob atributos de que o juiz tem a tarefa de mantê-la atual, sem que isso implique a retirada da segurança jurídica (Macedo Junior, 2013, p. 94).

Sob esses contornos, Dworkin escreve "Levando os direitos a sério" obra que inaugura sua teoria do direito como integridade, que se volta a esclarecer a aplicação do direito de modo consistente com a rede de estruturas políticas e deliberativas de sua comunidade. Nesse passo, se propõe a rever o caráter normativo do direito, quando explica que o julgador não pode preencher lacuna ou resolver os *hard cases* arbitrariamente. Insiste que a atividade de interpretação e aplicação do direito deve observar equidade e justiça, o que justifica o olhar atento às justificações jurídicas apresentadas (Dworkin, 2014, p. 3).

Sendo assim, Ronald Dworkin focou seus trabalhos no posicionamento moral e político dos intérpretes do direito, bem como nos processos de justificação desenvolvidos para o melhor argumentar das suas interpretações. Desta sorte, Dworkin exige que os juízes justifiquem suas manifestações com base em práticas interpretativas literárias, frutos das normas éticas e políticas incorporadas no texto e na história da Constituição. Como explica Arruda, a natureza argumentativa do direito está presente na "[...] melhor interpretação moral das práticas sociais existentes" (Arruda, 2011, p. 178).

Logo, a prática interpretativa do juiz deve ser norteada por padrões jurídicos, quais sejam as políticas públicas e os princípios que descrevem os direitos,

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

enquanto o último mencionado carrega maior peso de relevância para Dworkin, considerando que este entende o direito como um sistema aberto de regras e fechado em princípios. Assim, a interpretação dos princípios e outros elementos do ordenamento jurídico não pode se dar de maneira isolada, uma vez que a integridade do direito proíbe a aplicação sem a observância de uma visão hermenêutica fundamentada em princípios justificados publicamente (Peduzzi, 2009, p. 76).

Nesse raciocínio, destaca-se que a interpretação solitária se nutre de valores individuais, o que prejudica a ideia de um sistema jurídico único e íntegro. Para Dworkin, o direito como integridade é base para que a visão consistente do direito seja mecanismo para se evitar a discricionariedade, pois observa o sistema jurídico expressando uma concepção moral e comunitária, posto que afirma a coerência entre as regras e os princípios que lhe compõe.

Esta seção desenvolveu brevemente a origem e ideias basilares do direito dworkiniano e a próxima seção aprofundará a sua teoria interpretativa, frisando o método hermenêutico chamado de "romance em cadeia".

1.2 SOBRE O ROMANCE EM CADEIA

Um dos aspectos marcantes de Dworkin é a facilidade com que emprega analogias e metáforas, as quais estão presentes ao longo de suas obras, e, a fim de aprofundar sua teoria. Dentre essas figuras, Dworkin apresenta a metáfora do "romance em cadeia", com a qual explicita o direito como uma interpretação construtiva. Assim sendo, o romance em cadeia compõe um método hermenêutico que busca a melhor adequação de uma prática social, o que se dá através da reinterpretação da história legislativa e jurisprudencial, conforme será trazida abaixo.

Um dilema interpretativo surge face a um princípio estar sujeito a diversas interpretações, a depender do cenário em que estiver inserido. Nessas situações Dworkin entende que a interpretação deve externalizar a melhor adequação sob um ponto de vista normativo, mantendo a conformidade das práticas compartilhadas e que servem como um padrão de comportamento.

Como meio de atingir esta melhor prática social Dworkin propõe um exercício literário, qual seja o romance em cadeia, sobre o qual os juízes adotam um papel semelhante ao de autores críticos e literários, como mais bem exposto a seguir:

> Em tal projeto um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade (Dworkin, 2014, p. 276).

Da leitura extrai-se que para alcançar a melhor prática social, o juiz deve assumir posição similar a de romancista em cadeia, na medida em que lê o que outros juristas escreveram em um momento passado e obtêm o que os últimos têm feito coletivamente, para assim partir para sua decisão, a qual deverá ser coerente e íntegra com a história institucional da sociedade. No mais é importante ressaltar que a observância da história e aplicação de uma integridade não limita o juiz a agir no passado, uma vez que Dworkin concede a liberdade de trabalhar com os elementos do fato, como personagens, tema e objetivo, para então decidir o que deve ser levado em continuidade (Dworkin, 2014, p. 277).

Ainda nesse prisma o filósofo argumenta que o romance em cadeia não implica a imutabilidade de um precedente, uma vez que admite a mudança na forma de interpretação e aplicação das fontes do direito. Dworkin, inclusive, afirma que um *easy case* pode se tornar um *hard case* devido à mutabilidade das formas de interpretar os princípios da comunidade ao longo do tempo, trazendo complexidade para uma situação que antes era dada como simples (Dworkin, 2014, p. 423).

Ante o exposto entende-se que a máxima dworkiniana para os juízes é de que estes, como responsáveis por decidir o que é a lei, devem interpretá-la e aplicá-la de forma coerente com o sistema, observando a integridade na legislação e a coesão quanto aos princípios (Dworkin, 2014, p. 203).

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

Sendo assim verifica-se que a presente seção desenvolveu a figura do romance em cadeia, a qual é essencial para o entendimento da próxima seção que tratará da figura do juiz Hércules.

1.3 DO JUIZ HÉRCULES

De saída é importante sublinhar que a classificação de juízes tem como ponto de partida a figura do juiz, enquanto órgão de aplicação do direito, vez que não é possível teorizar uma matéria com base na possibilidade de um mecanismo decisório corrupto. Como exposto anteriormente, a tarefa de aplicar o direito como integridade não é simplória, pois demanda o trabalho complexo do juiz de interpretar a história anterior e identificar os melhores princípios que melhor se adequam ao caso concreto.

Diante disso Dworkin direciona seu olhar para a figura do aplicador do direito, evidenciando a necessidade da visão holística do sistema por parte deste, uma vez esta promove o melhor ajuste entre a prática da sociedade e a atividade interpretativa. Logo, a fim de aperfeiçoar e consolidar sua teoria, Dworkin apresenta ao leitor a figura do juiz Hércules, que aponta a postura a ser adotada para cumprir com o direito como integridade.

Primariamente, Dworkin descreve Hércules como: “[...] um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas” (Dworkin, 2007, p. 164). É importante salientar que Dworkin admite que os juízes reais não ostentam o poder de Hércules, descrito com características divinas, mas o autor sugere que é possível imitá-lo, visto que a forma como ele interpreta é semelhante à forma humana.

A despeito de portar uma capacidade sobre-humana para desenvolver teorias amplas e que resolvem o caso “de fora para dentro”, o juiz Hércules se aproxima dos juízes reais (os quais desenvolvem o raciocínio “de dentro para fora”), vez que ambas as figuras elaboram uma rede de conhecimentos para conectar os conteúdos justificatórios ao caso, estruturando-os com o objetivo de atingir a coerência (Lopes, 2020, p. 153). Sendo assim Lopes esclarece que Hércules se trata de um potencial a ser explorado, podendo ser um ponto de partida para analisar os crivos dos fundamentos utilizados pelos juízes reais (Lopes, 2020, p. 241-242).

Não longe desta ideia Dworkin explica que o juiz-filósofo entende que as regras têm o poder geral de criar e extinguir direitos, enquanto os juízes também carregam o dever geral de contemplar e seguir decisões anteriores, cuja *ratio*, isto é, fundamento racional, aplica-se ao caso concreto. Posto isto o juiz Hércules adota uma técnica hermenêutica, a qual se dá através do desenvolvimento de teorias sobre o que a intenção legislativa e os princípios jurídicos requerem (Dworkin, 2007, p. 165).

Se as regras são aplicáveis diretamente ao caso, a *ratio* que identifica o padrão normativo que orienta o entendimento assume a forma de princípio. Desta sorte, princípio revela “[...] padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência da justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade” (Dworkin, 2007, p. 36).

Considerando a existência de princípio e regras, Hércules deverá construir um esquema de princípios abstratos e concretos que promovam uma motivação coerente com todos os precedentes e história legislativa. Melhor explicando, o juiz Hércules organiza a justificação dos princípios tal sob o nível de precedentes qual sob o nível legislativo (Dworkin, 2007, p. 182).

A teoria apresentada por Dworkin estabelece que o juiz não segue os precedentes de modo dedutivo (por subsunção). De outra sorte o juiz-filósofo raciocina por indução ao compatibilizar os anseios sociais com a história institucional representada pelos julgamentos precedentes. Assim Dworkin é claro ao dispor que o juiz irá articular suas convicções filosóficas ou morais, porém entende que estas não terão o poder de pautar normativamente a decisão (Dworkin, 2007, p. 184).

CC BY NC ND

Ademais Dworkin alude que o juiz Hércules, de fato, efetua trabalho complexo, vez que deve considerar todo o sistema e princípios que deverão incidir no caso real, devendo sempre se portar como um dos autores do romance em cadeia, limitada a sua atuação pela integridade do sistema.

Apesar de o capítulo "*Common Law"*, em "O Império do Direito", focar na posição do juiz Hércules frente aos casos em que há embate entre precedentes, o autor não exclui a teoria e método quando o conteúdo da regra é o material conflitante. No capítulo "As Leis" da mesma obra, o filósofo reconhece a necessidade de se interpretar as leis revestidas de políticas públicas, sendo que estas ocupam espaço importante no processo interpretativo.

O juiz Hércules, portanto, assume papel similar ao Congresso como o autor do capítulo anterior na cadeia de direito, mesmo que este tenha poderes e responsabilidades diferentes. Então, o juiz de Dworkin enxerga o próprio papel criativo de colaborador sequencial, e decide com base no que acredita ser o mais adequado para perpetuar o sistema legal iniciado pelo Poder Legislativo (Dworkin, 2014, p. 377).

Isto posto o pensar do legislador é importante para Dworkin no sentido de auxiliar a entender a legislação como comunicação, devendo os juízes se voltarem para a historicidade quando o entendimento da lei é posto em questão. Nesse sentido, o juiz compreende a intenção das leis como um resultado da integridade, e não como um conjunto de propósitos utilitaristamente determinados (Dworkin, 2014, p. 380). Logo a interpretação do juiz Hércules deve refletir a combinação de políticas e princípios para atender o que a lei requer em sentido moral/normativo (Dworkin, 2014, p. 405).

Apesar de se aproximar de uma teoria que visa alcançar a intenção do locutor, Dworkin é claro ao explicar que o juiz Hércules não peca o mesmo erro que a referida hipótese implica, qual seja a aplicação de uma lei "morta", apenas pela sua legitimidade. O juiz Hércules reconhece que a interpretação da lei deve ser passível de mudanças ao decorrer da história, no intuito de se alcançar o máximo da análise da lei, visto que a variação é reflexo da identificação da pluralidade de grupos, pessoas e instituições, os quais possuem convicções relevantes de diversas formas (Dworkin, 2014, p. 416).

Partindo da ideia de que o juiz Hércules busca manter a coerência histórica e a integridade do direito através da escolha dos melhores princípios que melhor se adequam ao caso concreto, Dworkin apresenta ao leitor o argumento da prioridade local. A última, embora desenvolvida pelo filósofo em poucas páginas, explicita uma tarefa do juiz Hércules: a busca de um juízo de adequação que se manifesta "[...] a partir do caso que tem diante de si em uma série de círculos concêntricos" (Dworkin, 2014, p. 300).

Como exposto anteriormente a interpretação correta para Dworkin advém da identificação de princípios por parte do órgão julgador, o que pode gerar desacordos entre os juízes que buscam a melhor resposta para o problema em questão. Quando desta divergência, os magistrados deverão adotar uma "prioridade local" frente ao dilema a ser decidido.

Nesta situação Hércules utiliza-se dos juízos de adequação dos elementos interpretativos, ou seja, questiona-se quais as interpretações de sua lista que melhor se encaixam às necessidades passadas, tendo como base o ramo do direito em que está inserido no momento. Após esta análise Hércules amplia a lente da interpretação e volta-se para áreas mais abrangentes do direito, sendo este o momento em que verifica a solidez do princípio ao certificar qual interpretação possui melhor alinhamento com um princípio mais elevado. Caso um princípio não se ajuste à área do direito em questão, a solução será respeitar as suas especificidades, ou romper com a coerência local em favor de uma coerência mais ampla e futura (Dworkin, 2014, p. 300).

Posto isto como bem explica Lopes, tem-se que a integridade serve como uma restrição ao argumento judicial, bem como é uma forma de se evitar a banalização do controle de constitucionalidade, dos quais pode haver um abuso por parte

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

dos juízes para justificar a invasão de competências que não suas com base em argumentos abstratos (Lopes, 2020, p. 186).

Por fim Dworkin expõe que o método Hércules não restringe a sua aplicação apenas a casos em que se observa a obscuridade da lei, podendo ser igualmente aplicado tanto para casos difíceis quanto para casos fáceis. Assim como já explicado anteriormente, o teórico do direito entende que, mesmo que a situação aparente ser clara e objetiva, o caso pode vir a se tornar difícil caso haja uma teoria em operação, isto é, depende da pessoa que realizará a interpretação, mudando as bases principiológicas e de equidade utilizadas (Lopes, 2020, p. 423).

A fim de complementar todo o exposto é importante evidenciar que a imagem do juiz Hércules é muitas vezes reduzida à uma idealização, tendo em vista que é frequentemente comparada à uma utopia judicial. Entretanto, sempre há o risco de que a objetificação da figura do juiz-filósofo venha a ignorar o propósito metodológico do modelo apresentado por Dworkin, à medida em que a figura é uma ferramenta utilizada para refletir a estrutura do raciocínio jurídico, não como modelo estático de julgador.

Esta seção desenvolveu a figura do juiz Hércules, enfim a construção da lente teórica que será utilizada para o objetivo principal deste artigo. Logo, a próxima seção desenvolverá as circunstâncias fáticas e de direito que envolvem a ADPF 572, objeto da análise que será realizada com base na teoria filosófica contemporânea ora apresentada.

2 A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 572

No dia 14 de março de 2019, o Ministro Dias Toffoli determinou, de ofício, a instauração de uma investigação criminal para fins de apurar as ameaças contra os Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF). O inquérito teve sua abertura a partir da Portaria do Gabinete da Presidência (GP) nº 69, de 14 de março de 2019, que conta com o seguinte teor:

> O PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, no uso de suas atribuições que lhe confere o Regimento Interno, CONSIDERANDO que velar pela intangibilidade das prerrogativas do Supremo Tribunal Federal e dos seus membros é atribuição regimental do Presidente da Corte (RISTF, art. 13, I); CONSIDERANDO a existência de notícias fraudulentas (*fake news*), denunciações caluniosas, ameaças e infrações revestidas de *animus calumniandi, diffamandi e injuriandi*, que atingem a honorabilidade e a segurança do Supremo Tribunal Federal, de seus membros e familiares, RESOLVE, nos termos do art. 43 e seguintes do Regimento Interno, instaurar inquérito para apuração dos fatos e infrações correspondentes, em toda a sua dimensão, Designo para a condução do feito o eminente Ministro Alexandre de Moraes, que poderá requerer à Presidência a estrutura material e de pessoal necessária para a respectiva condução (Brasil, 2020a).

Como pode se extrair da leitura acima o Ministro Dias Toffoli designou o Ministro Alexandre de Moares para o papel de presidência do Inquérito nº 4.781, passando a atuar sobre este de ofício, visto a ausência de provocação de autoridade policial ou Ministério Público.

Ainda em análise ao texto citado, observa-se que o inquérito foi instaurado com base no artigo 43, *caput*, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), que preconiza: "Art. 43. Ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, o Presidente instaurará inquérito, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou delegará esta atribuição a outro Ministro" (Brasil, 2020c).

Após a realização de algumas diligências determinadas pelo presidente, a Procuradoria-Geral da República (PGR), por meio da procuradora-geral da República Raquel Dodge, se manifestou no sentido de que seria necessário arquivar o Inquérito 4.781. A PGR sustentou que a investigação violava os princípios acusatório e juiz natural, a somar com a ausência de competência do STF, visto que a Constituição Federal da República Brasileira (CRFB) define o Ministério Público como titular exclusivo da ação penal, o que acarreta efeitos na condução de uma investigação criminal (Brasil, 2019). Entretanto o pedido de arquivamento foi indeferido com base no argumento de que as alegações se demonstraram genéricas, enquanto o STF congregava competência para tais atos.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

Apesar da resistência inicial, cumpre salientar que, a PGR mudou seu posicionamento durante o decurso da ação de controle de constitucionalidade, manifestando-se no sentido de que o inquérito não afetaria os princípios da separação dos poderes e sistema acusatório, desde que postulados e cumpridos balizas e critérios para sua devida instauração (Brasil, 2020a).

A princípio, considerando ser um assunto recente e o inquérito tramitar em sigilo, grande parte dos juristas manifestaram suas opiniões em colunas de revistas jurídicas eletrônicas, à exemplo de Aury Lopes Júnior e Alexandre Morais da Rosa, que alertaram sobre o perigo de se atribuir o poder de investigação às instituições desprovidas de atribuição legal, podendo gerar uma "cegueira deliberada das provas". Os autores explicam como sendo essencial o afastamento objetivo, subjetivo e cognitivo do Estado-investigador, a fim de se evitar uma seletividade de eleição de provas para suprir as hipóteses criadas no imaginativo (Lopes Júnior; Rosa, 2019).

A Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR) ponderou que, embora seja de extrema importância o combate aos ataques ao Supremo Tribunal Federal para garantir a integridade do Estado Democrático de Direito, é imprescindível assegurar o sistema acusatório, o qual configura uma "conquista civilizatória" que demanda a separação de funções de defender, acusar e julgar (ANPR, 2020).

Para a ANPR o Inquérito nº 4.781 foge das diretrizes do processo legal brasileiro, uma vez que confunde as funções mencionadas, comprometendo a imparcialidade da Justiça. A ANPR vai além e explica que a ação do STF de instaurar o inquérito viola o juiz natural ao atribuir a relatoria sem o prévio sorteio, admitindo a nomeação de um ministro específico (ANPR, 2020).

Isto posto se revela que grande parte das críticas sobre a investigação de presidência do STF tiveram como foco o aspecto processual, qual seja a competência ou não do Poder Judiciário em instaurar e presidir uma investigação de ofício. Ainda se nota que a polêmica do caso se concentra na interpretação e aplicabilidade do artigo 43 do RISTF, uma vez que este tem seu emprego limitado aos fatos ocorridos na sede do Tribunal, bem como conflitar com os preceitos fundamentais de separação de poderes e sistema acusatório.

Diante de todo o exposto, e considerando a atuação atípica do Supremo Tribunal Federal, o partido Rede Sustentabilidade protocolou uma petição inicial junto à Suprema Corte em 23 de março de 2019, dando origem à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 572.

O pedido principal da ação buscou declarar a Portaria GP nº 69/19 inconstitucional, e, por consequência, o Inquérito nº 4.781. O fundamento do pedido foi no sentido de que o artigo 43 do RISTF não era suficiente para justificar a instauração do inquérito, uma vez que violava os preceitos fundamentais como separação de poderes, proteção judicial efetiva, garantia do juiz natural, devido processo legal, sistema acusatório e livre distribuição (Brasil, 2020a).

De acordo com o partido a Portaria carecia de uma delimitação restrita do objeto a ser apurado, uma vez que era omissa quanto aos artigos penais, indicação dos fatos e pessoas investigadas, e, logo, ausente de justa causa. No mais, o requerente denunciou que o Inquérito nº 4.781 tramitava em sigilo absoluto, fato que também violava a Súmula Vinculante nº 14 do STF, a qual determina o direito do defensor em ter acesso amplo aos elementos de prova já documentados na investigação, a fim de garantir o contraditório (Brasil, 2020a).

Nessa mesma esteira de raciocínio, o requerente asseverou que o artigo 43 do RISTF constitui o poder de polícia regulamentado pela Resolução n.º 564/2015, a qual exige o cumprimento cumulativo dos requisitos previstos na última, quais sejam o fato ter ocorrido na sede do Tribunal e ter envolvimento de autoridade ou pessoa sujeita à jurisdição do STF. Foi argumentado que ambos os requisitos estavam ausentes na portaria, o que deveria ter provocado a atuação da polícia judiciária ou do Ministério Público.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

Desta forma, o partido argumentou que, houve a violação dos preceitos fundamentais da separação dos poderes e sistema acusatório, previsto no artigo 60, parágrafo 4º, inciso III, da CRFB. Além disso, sustentou que a instauração de investigações não constitui atribuição prevista no rol de competências do Supremo Tribunal Federal estabelecido no artigo 102, também da CRFB (Brasil, 2020a).

No mais foram apresentados os fundamentos que explicavam a violação ou ameaça de lesão ao preceito fundamental da liberdade pessoa, incluindo a garantia do devido processo legal, dignidade da pessoa humana, prevalência dos direitos humanos, legalidade, e a vedação a juízos ou tribunais de exceção. Somado a isso, a Rede Sustentabilidade reiterou por diversas vezes o caráter inquisitivo do inquérito, também configurando lesão aos princípios internacionais que impõem o sistema acusatório (Brasil, 2020a).

De todo modo o acórdão sobre a ADPF 572 foi publicado no Diário de Justiça Eletrônico no dia 07 de maio de 2021, e contou com a seguinte ementa:

> ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ADPF. PORTARIA GP Nº 69 DE 2019. PRELIMINARES SUPERADAS. JULGAMENTO DE MEDIDA CAUTELAR CONVERTIDO NO MÉRITO. PROCESSO SUFICIENTEMENTE INSTRUÍDO. INCITAMENTO AO FECHAMENTO DO STF. AMEAÇA DE MORTE E PRISÃO DE SEUS MEMBROS. DESOBEDIÊNCIA. PEDIDO IMPROCEDENTE NAS ESPECÍFICAS E PRÓPRIAS CIRCUNSTÂNCIAS DE FATO EXCLUSIVAMENTE ENVOLVIDAS COM A PORTARIA IMPUGNADA. LIMITES. PEÇA INFORMATIVA. ACOMPANHAMENTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. SÚMULA VINCULANTE Nº 14. OBJETO LIMITADO A MANIFESTAÇÕES QUE DENOTEM RISCO EFETIVO À INDEPENDÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO. PROTEÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE IMPRENSA. 1. Preliminarmente, trata-se de partido político com representação no Congresso Nacional e, portanto, legitimado universal apto à jurisdição do controle abstrato de constitucionalidade, e a procuração atende à "descrição mínima do objeto digno de hostilização". A alegação de descabimento pela ofensa reflexa é questão que se confunde com o mérito, uma vez que o autor sustenta que o ato impugnado ofendeu diretamente à Constituição. E, na esteira da jurisprudência desta Corte, compete ao Supremo Tribunal Federal o juízo acerca do que se há de compreender, no sistema constitucional brasileiro, como preceito fundamental e, diante da vocação da Constituição de 1988 de reinstaurar o Estado Democrático de Direito, fundado na "dignidade da pessoa humana" (CR, art. 1º, III), a liberdade pessoal e a garantia do devido processo legal, e seus corolários, assim como o princípio do juiz natural, são preceitos fundamentais. Por fim, a subsidiariedade exigida para o cabimento da ADPF resigna-se com a ineficácia de outro meio e, aqui, nenhum outro parece, de fato, solver todas as alegadas violações decorrentes da instauração e das decisões subsequentes. 2. Nos limites desse processo, diante de incitamento ao fechamento do STF, de ameaça de morte ou de prisão de seus membros, de apregoada desobediência a decisões judiciais, arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada totalmente improcedente, nos termos expressos em que foi formulado o pedido ao final da petição inicial, para declarar a constitucionalidade da Portaria GP n.º 69/2019 enquanto constitucional o artigo 43 do RISTF, nas específicas e próprias circunstâncias de fato com esse ato exclusivamente envolvidas. 3. Resta assentado o sentido adequado do referido ato a fim de que o procedimento, no limite de uma peça informativa: (a) seja acompanhado pelo Ministério Público; (b) seja integralmente observada a Súmula Vinculante nº14; (c) limite o objeto do inquérito a manifestações que, denotando risco efetivo à independência do Poder Judiciário (CRFB, art. 2º), pela via da ameaça aos membros do Supremo Tribunal Federal e a seus familiares, atentam contra os Poderes instituídos, contra o Estado de Direito e contra a Democracia; e (d) observe a proteção da liberdade de expressão e de imprensa nos termos da Constituição, excluindo do escopo do inquérito matérias jornalísticas e postagens, compartilhamentos ou outras manifestações (inclusive pessoais) na internet, feitas anonimamente ou não, desde que não integrem esquemas de financiamento e divulgação em massa nas redes sociais (Brasil, 2020a).

O acórdão teve como seu relator o Ministro Edson Fachin, o qual fixou o entendimento no sentido de julgar totalmente improcedente os pedidos pleiteados pelo partido. Sendo assim, pela maioria de dez votos contra um, o entendimento do Relator triunfou quanto à consideração do objeto, qual seja a Portaria 69/2019 e o inquérito da presidência do STF, constitucional.

Em que pese tenha sido declarada a constitucionalidade do ato, cumpre salientar que o Supremo Tribunal Federal entendeu que a utilização da norma regimental é de uso excepcional, de modo que devem ser observadas algumas balizas, a fim de que não incida em ações ou omissões inconstitucionais. Deste modo, a Suprema Corte determinou que a aplicação do artigo 43 do RISTF é condicionada ao acompanhamento do Ministério Público, à observância da Súmula Vinculante n.º 14 e à limitação do objeto do inquérito às manifestações que representam risco efetivo à independência do Poder Judiciário (Brasil, 2020a).

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

Os argumentos utilizados pelo Ministro Relator respaldaram-se no reconhecimento de limites ao direito à liberdade de expressão quando utilizado para o cometimento de crimes e disseminação de notícias com conteúdo falso. Além disso, outro ponto crucial entre os argumentos do Ministro foi a ausência e inércia dos órgãos de controle, o que justificaria a incidência da norma regimental anômala, em conjunto com o argumento de que esta seria uma ferramenta de defesa da Constituição Federal (Brasil, 2020a).

Assim o STF determinou adequada a aplicabilidade do artigo 43 do RISTF, sendo constitucional a instauração de inquérito para investigar e reunir elementos para posterior encaminhamento ao Ministério Público (Brasil, 2020a).

O único voto dissidente foi o do Ministro Marco Aurélio, que considerou a norma regimental como não recepcionada pela Constituição Federal de 1988, por não respeitar o sistema acusatório consagrado nesta (Brasil, 1988). Nesse prisma o Ministro Marco Aurélio interpretou que o objeto do inquérito, como as manifestações críticas contra os ministros, é protegido pela liberdade de expressão e pensamento. Ainda, o discordante explorou seus argumentos nos vícios da instauração do inquérito, como o fato de ter sido fruto de um ato individual do presidente do Supremo Tribunal Federal, e não do procurador-geral, configurando um vício inicial que contaminou a sua tramitação (Brasil, 2020a).

À vista disso a atual seção desenvolveu o contexto da instauração da ADPF 572, bem como evidenciou a configuração de um *hard case* quando do seu julgamento. Nessa linha, a próxima seção explicitará o voto vencedor proferido pelo Ministro Relator, realizando a análise junto com a lente teórica de Dworkin explicitada no capítulo anterior, alcançando-se o principal objetivo deste artigo.

3 O VOTO DO MINISTRO RELATOR

Diante de todo o exposto, passa-se a analisar o voto proferido pelo Ministro Relator, em especial os elementos utilizados para compor a sua interpretação sobre a extensão de aplicabilidade da norma regimental e a constitucionalidade do procedimento investigativo presidido pela Suprema Corte.

O Ministro Edson Fachin inicia seu voto tecendo considerações, sendo uma dessas o fato de que as democracias comportam um sistema de justiça a ser preservado, incluindo o Poder Judiciário. Diante desta premissa o Ministro salienta que a norma jurídica regimental encartada sob o artigo 43 do RISTF estaria sujeita a diversas interpretações, inclusive passíveis de resultar ações ou omissões que afrontassem os princípios e regras constitucionais, daí analisar se a regra prevista no regimento encontraria respaldo no crivo da constitucionalidade (Brasil, 2020a).

Se observa que a apreciação inicial do Ministro Relator aparenta expressar o caráter hercúleo no sentido de delimitar a matéria específica em que estaria desenvolvendo sua interpretação, qual seja controle de constitucionalidade, definindo um dos círculos concêntricos para análise dos princípios cabíveis. Sob esta linha de raciocínio o Ministro Relator sustenta que o Supremo Tribunal Federal é desafiado na ADPF em questão, vez que seria necessário afastar as possíveis interpretações inconstitucionais do artigo 43 do RISTF, não podendo proporcionar abrigo às práticas que colocam em risco direitos e garantias fundamentais, como liberdade de imprensa e liberdade de expressão (Brasil, 2020a).

Ademais o Ministro Edson Fachin assevera que os atos de julgar e investigar devem ser exercidos em funções distintas, e é justamente a norma regimental anômala que permite a concentração dessas funções que se justifica a necessidade de explanar o "[...] elevado grau de justificação e as condições de possibilidade" (Brasil, 2020a). Esta premissa satisfaz a teoria dworkiniana, vez que a última compreende que o precedente não é imutável, sendo possível o seu afastamento mediante a apresentação de robusta justificativa que encontre fundamento nos princípios mais relevantes do sistema.

Para todos os desafios elencados acima o Ministro Edson Fachin expõe que as interpretações deveriam ser delimitadas com base em precedentes, jurisprudência, doutrina e tratados e convenções internacionais (Brasil, 2020a, p. 31).

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

Como explanado quando da apresentação da teoria sobre o direito de Dworkin, a disposição do Ministro em buscar referências na história jurisprudencial vem ao encontro daquilo que o juiz Hércules deve verificar quando decide um caso.

Além disso o Ministro se aproxima da teoria quando manifesta que a definição de uma interpretação constitucional seria feita a partir do ponto de vista hermenêutico, ou seja, admite a importância da construção do processo interpretativo para a sua decisão. Colocadas as considerações iniciais do Ministro, que reconhece que seu dever está atrelado à interpretação da norma com base em visão ampliada do fenômeno normativo, o Ministro Edson Fachin passa a desenvolver a sua decisão (Brasil, 2020a).

Considerando que a questão primordial da petição inicial é avaliar a Portaria em relação aos crivos da CRFB, o Ministro Edson Fachin estuda questões prévias, dentre essas a observância da Súmula Vinculante nº 14. No direito brasileiro uma Súmula Vinculante é uma enunciação resumida de um entendimento solidamente fixado nos tribunais, permitindo, assim, a interpretação unificada (Câmara, 2017, p. 216).

Embora a brevidade de reflexão acerca deste tema o Ministro Edson Fachin expõe que a não observância do entendimento consolidado do tribunal significaria um ato antirrepublicano, sendo necessário sua aplicação ao caso concreto. Logo se observa que o juiz Hércules exposto no arrazoado do Ministro respeita os princípios que ensejaram a criação de um entendimento consolidado no Tribunal, aplicando o entendimento anterior para se manter a congruência histórica.

Ao passar para a análise do objeto da investigação, qual seja a apuração de atos que atentam contra a honorabilidade da Suprema Corte, o Ministro traz à luz diversas jurisprudências e precedentes acerca do tema da liberdade de expressão, visto que este está intrinsicamente ligado ao conteúdo do inquérito. As decisões coletadas evidenciam o princípio da liberdade de expressão como um dos mais importantes para garantia da dignidade da pessoa humana, não podendo ser restringido (BRASIL, 2020a).

Este entendimento se difundiu pelos Tribunais especialmente após a ADPF 130, a qual vedou a censura a publicações jornalísticas, enfatizando a excepcionalidade da intervenção estatal na divulgação de notícias e opiniões (Brasil, 2009). A última decisão concedeu maior peso ao princípio da liberdade de expressão, interpretando-o em uma posição preferencial no Estado Democrático de Direito, uma vez que seria pré-condição para o exercício dos demais direitos. Deste modo, o uso abusivo da liberdade de expressão, segundo a ADPF 130, só seria reparado por meio de retificação, direito de resposta ou indenização.

Na realidade as decisões anteriores reafirmam a interpretação de que o referido princípio constitucional deve ser o primeiro assegurado em todas as circunstâncias, para depois o sujeito ser cobrado de acordo com algumas diretrizes constitucionais, à exemplo do direito a resposta (Brasil, 2020a). Não só isso, o Ministro também aponta o aspecto legislativo por meio do Decreto nº 592/92, o qual internalizou o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que reforça o peso da liberdade de expressão (Brasil, 2020a).

Sendo assim o Ministro Edson Fachin empreende análise histórica sobre as decisões a respeito da liberdade de expressão, evidenciando inclusive a ADPF 548, a qual compreendeu a liberdade de expressão no ambiente acadêmico como imprescindível e como fator intrínseco deste ambiente, ao passo que o poder de polícia nestes casos deveria ser restrito (Brasil, 2020b).

A despeito da relevância e conteúdo encontrado para a proteção da liberdade de expressão, o Ministro relator a partir de certo momento, passa a apresentar suas razões para a sua não aplicação ao caso concreto face ao objeto da portaria (Brasil, 2020a). Vale recordar que, o afastamento de uma interpretação consolidada tanto na história jurídica quanto legislativa, demanda elevado grau de fundamentação. Entretanto, a partir da afirmação de que as *fakes news* acarretaram a necessidade de confrontação deste princípio, devendo ser objeto de reflexão futura por parte do Poder Legislativo e Poder Judiciário, o Ministro Edson Fachin diverge

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

dos entendimentos de preponderância da liberdade de expressão, vez que entende que esta posição de preferência poderia se tornar abusiva em casos concretos.

Para justificar o afastamento do princípio da liberdade de expressão, o Ministro desenvolve sua interpretação com base em elementos do contexto tecnológico atual, bem como em pareceres de organizações internacionais sobre o assunto (Brasil, 2020a).

De acordo com o Ministro Relator, o momento histórico é marcado pela manifestação de pensamento automatizado, o qual não é mais próprio de sujeitos de direito, mas sim de algoritmos programados. Ainda, indica o relatório de 2017 do Relator Especial do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, o qual sugere restrições à liberdade de expressão, que deveria ser permeada por subprincípios e condições. No mais, o Ministro fundamenta sua interpretação com base na experiência comparada, apresentando casos em que a Suprema Corte americana decidiu por restringir a liberdade de expressão, debatendo a evolução jurisprudencial dos Estados Unidos acerca deste tema (Brasil, 2020a).

Observa-se que o Min. Edson Fachin justifica a aplicação de condicionantes que balizem a atribuição de responsabilidades à liberdade de expressão com base em elementos que não são encontrados na própria historicidade do sistema jurídico brasileiro. Logo, o Ministro Relator se esquiva daquilo que o juiz Hércules faria caso fosse necessário superar princípios, integridade do direito e da história consolidade sobre um tema.

Ainda o Ministro tece o argumento de que a autorização para a instauração de inquéritos pelo Tribunal decorre do compromisso institucional de garantir a ordem constitucional. Por conseguinte, há de se compreender que nenhuma disposição da Carta Magna é passível de ser interpretada de modo a permitir que grupos ou pessoas tenham seus direitos e garantias constitucionais suprimidos (Brasil, 2020a).

Para embasar esta ideia o Ministro Edson Fachin alega que textos dos tratados de direitos humanos exigem instrumentos que sustentem uma democracia na qual os abusos de direitos não se materializem e suprimam o direito de outros. Nessa ordem, o Ministro alega ser de competência do Poder Judiciário afastar as medidas que suprimem os direitos constitucionais, sendo inadmissível a defesa da ditadura, fechamento do Congresso Nacional e da Suprema Corte, pois a liberdade de expressão não ampara tais atos (Brasil, 2020a).

Neste ponto vale observar que a argumentação apresentada não explicitou a *ratio*, não enunciou de modo claro a especificação dos princípios que foram escolhidos para o respectivo embasamento, sendo contraditório ao método hercúleo.

Passando para a análise do inquérito instaurado em si, o Ministro Edson Fachin inicia seu ponto trazendo a teoria dos poderes inerentes, apresentando a sua historicidade jurisprudencial e legislativa. Ao apresentar esta linha histórica, o Ministro Relator manifesta ser juiz Hércules, pois, assim como a teoria afirma, o método do semideus deve analisar o sistema como um corpo íntegro.

Posto isto o Ministro adentra no ponto da independência funcional como cerne do Poder Judiciário, e fundamenta este entendimento tomando como base o voto do Ministro Cezar Peluso na ADI 3.367, na qual este fora relator (Brasil, 2005). A partir da necessidade de se conservar esta independência para manter o equilíbrio e estabilidade entre Poderes, o Ministro Edson Fachin entende como imprescindível a atuação da competência institucional com o fim de se preservar a supremacia da Constituição Federal. Entretanto, de acordo com o Ministro, da aparente falta de vontade dos órgãos de controle para apurar as lesões e exposição ao perigo que a Suprema Corte enfrentou, que colocaram em risco a independência do Poder Judiciário (Brasil, 2020a).

Assim esta ausência foi a que justificou a incidência do artigo 43 do RISTF, e, logo, o Ministro Edson Fachin confere a interpretação a este dispositivo no sentido de que a omissão de órgãos de controle concede poder à Suprema Corte para averiguação da lesão ou ameaça de lesão à independência do Poder Judiciário e ao Estado de Direito, limitada a natureza da peça informativa (Brasil, 2020a).

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

É de se insistir que o Ministro não identificou qual princípio melhor se adequaria ao caso para defender a construção desta interpretação, tampouco indicou relação com a história jurisprudencial e legislativa que aponta esta compreensão. Na realidade o Ministro estabelece este entendimento como ponto de partida para passar a estudar a norma regimental mais profundamente.

A premissa, portanto, não passaria pelo filtro do método do juiz Hércules, tendo em vista a ausência de determinação de um esquema de princípios que promovem a motivação correspondente com os precedentes e história legislativa, como exige o juiz-filósofo. O Ministro Edson Fachin reitera que o artigo 43 RISTF constitui regra excepcional, e que confere ao Poder Judiciário a função atípica de investigar justamente no intuito de garantir a preservação de preceitos fundamentais como a separação dos poderes. Diante de sua excepcionalidade o Ministro reforça que sua aplicação deve ser rígida e minuciosa (Brasil, 2020a).

Mais adiante o desenvolvimento do raciocínio, indica que o Ministro Relator defende que o artigo 43 do RISTF é válido e constitucional, vez que foi repetido no artigo 2º da Resolução STF nº 564/2015, que recentemente teve sua constitucionalidade reconhecida pelo Tribunal (Brasil, 2020a). Ou seja, a legislação sendo repetida como ponto favorável à visão do Ministro Relator, pois, como Dworkin afirma, em países em que o sistema jurídico é *civil law*, importa também a narrativa legislativa.

A interpretação do Ministro Edson Fachin sobre o artigo 43 vai além, e o abrange como um instrumento de defesa da própria Constituição Federal, sendo que a defesa institucional pode a reclamar estritamente em caso de inércia ou omissão dos órgãos de controle, se limitando a bens jurídicos institucionais, sendo esta a "luz constitucional" que guia a interpretação dos dispositivos regimentais (Brasil, 2020a). Desta sorte a interpretação que se inferiu não foi fruto de uma seleção de princípios aplicáveis ao caso, mas de uma simples aferição de significado aos dispositivos regimentais, não sendo indicadas as fontes de sua interpretação.

A defesa institucional é o elemento primordial que legitima o artigo 43 para o Ministro, sendo que este destaca o fato de a norma estar posicionada no capítulo de polícia do tribunal. No acórdão, o Ministro Edson Fachin utiliza-se do histórico da previsão regimental da polícia do Tribunal, ressaltando os dispositivos anteriores que já passaram por reforma e que atribuíam ao presidente do tribunal a competência de retirar quem perturbasse a ordem de seus trabalhos, impor multa a quem faltasse com respeito e mandar prender quem não o obedecesse. A reforma superveniente ainda trouxe os dispositivos que até hoje estão presentes, como os artigos 46 e 47, que permitem a interpretação sistemática das previsões regimentais (Brasil, 2020a).

Sobre a função de polícia do Tribunal o Ministro Edson Fachin sublinha o fundamento de duas situações, quais sejam: investigar os fatos que ocorrem na sede e reunir elementos para encaminhar representação ao Ministério Público. O uso deste instrumento pode ter uma interpretação inconstitucional, mas, para o caso presente, o Ministro apresenta a constitucionalidade através do julgamento do RE 593.757, o qual determina a necessidade de se conferir instrumentos para possibilitar o exercício do dever constitucional, que no caso do STF é de guardião da Constituição Federal (Brasil, 2020a).

No mais, quanto a alegação de que não incumbe à Suprema Corte a função investigativa, visto não estar disposta no artigo 102, inciso I, da CRFB, o Ministro Relator entende que o texto normativo não menciona a expressão "exclusivamente" às atribuições da Suprema Corte. Para sustentar, apresenta o voto do Ministro Celso de Mello na última decisão mencionada, a qual determina a legitimidade investigativa do Ministério Público por meio do entendimento de que o artigo 144 da CRFB, que menciona "exclusividade", é apenas para delimitar as atribuições entre as diversas polícias, não sendo admitido o monopólio de diligências investigatórias da polícia (Brasil, 2020a).

Nesse sentido o sistema de proteção prevê, a depender da gravidade da desobediência, atuação subsidiária em caso de inércia, na "linha analógica do verbete

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

714 da Súmula do STF" (Brasil, 2020a), que determina a legitimidade concorrente entre ofendido, por meio de queixa, e do Ministério Público, condicionada à representação, para a ação penal em crime contra honra ao servidor. Acerca do tema o Ministro evidencia a Repercussão Geral n.º 811.

Além disso Fachin sugere a leitura conjunta dos artigos 43 e 46 do RISTF, a fim de compreender o embasamento da competência:

> Art. 46. Sempre que tiver conhecimento de desobediência a ordem emanada do Tribunal ou de seus Ministros, no exercício da função, ou de desacato ao Tribunal ou a seus Ministros, o Presidente comunicará o fato ao órgão competente do Ministério Público, provendo-o dos elementos de que dispuser para a propositura da ação penal (Brasil, 2020a).

De modo geral o artigo 43 autoriza a instauração de inquérito tendo como presidência o STF, ao passo que o artigo 46 determina que os ministros poderão, quando do conhecimento de desobediência ou ordem emanada do Tribunal, comunicar o fato ao Ministério Público, "[...] provendo-o dos elementos de que dispuser para a propositura da ação penal" (Brasil, 2020b). Da leitura do artigo 46 o Ministro extrai que os elementos que forem reunidos pelo Tribunal justificarão a propositura de eventual ação penal, vez que não se trata de um mero encaminhamento, mas do envio de informações dos elementos necessários para a propositura. Deste modo, o Ministro entende que estes elementos informativos equivalem às que são coletadas em um inquérito (Brasil, 2020a).

De todo o modo o Ministro Relator relembra o precedente no âmbito de Habeas Corpus, 152.720, que permite a instauração do inquérito n.º 4696. Cumpre salientar que o precedente não autorizou a ausência de limites, sob pena de comprometer a imparcialidade, a qual é requisito primordial no afazer de julgar. Nesse passo o precedente é no sentido de assegurar a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal instaurar um inquérito referente a fato desenvolvido em suas dependências no intuito de colher elementos para representação, quando da identificação de crime.

Já caminhando para o fim de sua decisão, o Ministro Relator sustenta que a exigência de o crime ocorrer na sede ou dependência do tribunal se deparava com o caráter difuso dos crimes cometidos por meio da internet, tendo em vista a escala global que esta atinge, permitindo que o conceito de sede fosse ampliado. Ou seja, aqui há de se observar uma interpretação expansiva por parte do Ministro, entretanto, o desdobramento é respaldado por entendimento do Superior Tribunal de Justiça (Brasil, 2018), que vem debatendo a competência em caso de crimes que ocorrem no meio cibernético.

Ainda considerando que a época do acórdão ainda era pandêmica, o Ministro alega que as mudanças advindas das autoridades sanitárias ensejaram novas significações para o "aqui" (Brasil, 2020a). Por fim, sobre a designação do Ministro para presidir o inquérito e suposta violação da livre distribuição, é aduzido que designação é um modo de se realizar delegação, sem fazer mais aprofundamentos sobre, tampouco apresentou justificativas com base em princípios ou na história jurisprudencial.

Sob esses contornos o voto do Ministro Relator declarou a constitucionalidade da instauração do inquérito destinado a investigar os ataques proferidos contra ministros do STF.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto se observa que Ronald Dworkin concebeu a teoria do direito como integridade sob termos de que esse se encontra estruturado por regras e princípios. Nessa linha, as regras são devem ser interpretadas com a concretização de disposições abstratas que expressam a *ratio* da sua existência, os princípios.

Posto isto se tem que os casos difíceis (ou indeterminados) são aqueles que não encontram resposta objetiva no direito posto. Tal, por conta de uma lacuna normativa, qual face a conflito de normas, que demandam dos juízes um trabalho denso, pois é deles juízes a tarefa de decidir a aplicação do direito, de modo íntegro com a explicitação de suas justificações.

Desta sorte a identificação dos casos difíceis (ou indeterminados) é premissa originária da teoria dworkiniana, que pretende afastar o uso da discricionariedade dos magistrados para suprir a falta legal diante o caso concreto. Daí se afirmar que Dworkin concebe o direito como prática interpretativa que embora não se dê de modo consistente (tal como sugerido pelo positivismo) deve ser desenvolvido de modo íntegro.

Com a obra "O Império do Direito" propõe a compreensão do trabalho judicial como a empreitada de críticos literários, os quais escrevem novo capítulo do romance em cadeia que forma o direito, devendo sempre observar o que foi escrito anteriormente, a fim de que seja garantida a integridade, coerência e fluidez da história jurídica, pela aplicação de princípios como da justiça e da equidade. Através destas lentes Dworkin entende ser possível afastar os julgamentos da discricionaridade, enquanto atendem os anseios sociais.

Como identificado o exercício do ato de decidir sob os moldes propostos é desenvolvido sob a figura do juiz Hércules. O qual, à luz do direito como integridade, elenca as possibilidades de aplicação dos princípios que melhor se adequam ao caso concreto, enxergando-se como um escritor do romance em cadeia para assim alcançar uma que seja coerente com o passado, mas que se adapte ao futuro em razão das bases principiológicas.

Ante o exposto, e considerando a relevância da ADPF 572, que não só causou polêmicas junto ao mundo jurídico, mas como também teve grande impacto ao conferir interpretação à um caso que antes não tinha resposta objetiva, é importante observar que o voto condutor do seu Ministro Relator serve para o estudo do modelo do romance em cadeia e juiz Hércules de Dworkin. A despeito de se reconhecer que uma decisão judicial não se encontra submetida aos requisitos estabelecidos por este ou aquele teórico, ainda sim se mostra pertinente verificar a justificação racional que pode (ou não) ser conferida a certo acórdão, por este se apresentar conforme padrão academicamente debatido.

Já no início do voto o eminente Ministro Relator demonstra compreender a importância de sua exegese para a afirmação da racionalidade da decisão, enquanto parte do sistema jurídico, e mostra empenho com a indicação de jurisprudências e princípios pertinentes ao arrazoado.

Como desenvolvido supra, a derradeira seção deste estudo, tratou de identificar os princípios (e suas justificações) aplicados ao caso, para então serem ponderados à luz do direito como integridade. A análise do voto do Ministro na ADPF 572 serviu para ilustrar quais são os elementos que esclarecem a atuação de um juiz Hércules, que se coloca na posição de escrever suas decisões conforme a técnica do romance em cadeia sob a regência dos princípios da equidade e da integridade, enquanto corolários do sistema que deve se mostrar coerente e racional.

Se verifica que o voto estudado apresenta o argumento de que a interpretação empregada para o artigo 43 do RISTF pode ser justificada na ausência de órgãos de controle para fato como o investigado pelo inquérito das *fake news*. Vale registrar que essa interpretação representa inovação ao comumente empregado. Assim, é interpretação inédita, que não guarda coerência com a historicidade que permeia a aplicação (ou não) do princípio da liberdade de expressão, o qual para ser afastado, conforme os parâmetros elencados por Dworkin, demanda maior robustez argumentativa.

CC BY NC ND

REVISTA DO DIREITO PÚBLICO, Londrina, v. 20, n. 2, p. 83-100, ago. 2025. DOI: 10.5433/1980-511X.2025.v20.n2.48695.

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

Para justificar o afastamento de princípios consolidados na jurisprudência brasileira, como preferência à liberdade de expressão, o Ministro Relator não dispunha de decisões anteriores que justificasse sua interpretação, o que tratou de contornar por meio do uso de elementos que não estão inseridos no sistema jurídico brasileiro, posto que se socorre em elementos da jurisprudência estrangeira. Da análise dos principais elementos que justificaram a interpretação desenvolvida sob a ADPF 572, no sentido de ser constitucional a Portaria nº 69/19, se extrai que o voto do relator não observou elementos cruciais dos recursos utilizados pelo juiz Hércules.

O voto estudado apresenta o argumento de que a interpretação empregada para o artigo 43 do RISTF pode ser justificada na ausência de órgãos de controle para fato como o investigado pelo inquérito das *fake news*. Desta sorte essa interpretação representa inovação ao comumente empregado. Por conseguinte, é interpretação inédita, que não guarda integridade com a historicidade que permeia a aplicação (ou não) do princípio da liberdade de expressão, falhando com a tese do romance em cadeia.

O voto do Ministro na ADPF 572, em síntese, ainda que não confirme a aplicação dos elementos propostos por Dworkin, merece ser estudado como meio para ilustrar quais são os corolários da interpretação do direito de modo íntegro. Sob considerações de que o direito como integridade define a atuação de um juiz Hércules, que se coloca na posição de escrever decisões conforme a técnica do romance em cadeia de modo coerente e racional compatibilizando princípios e regras.

CC BY NC ND

REVISTA DO DIREITO PÚBLICO, Londrina, v. 20, n. 2, p. 83-100, ago. 2025. DOI: 10.5433/1980-511X.2025.v20.n2.48695.

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

REFERÊNCIAS

ANPR – ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES DA REPÚBLICA. **Entidades do MP publicam nota sobre o julgamento da ADPF 572**: inquérito 4.78. Brasília, DF: ANPR, 19 jun. 2020. Disponível em: https://www.anpr.org.br/imprensa/noticias/24147-entidades-do-mp-publicam-nota-sobre-o-julgamento-da-adpf-572-inquerito-4-781. Acesso em: 29 set. 2022.

ARRUDA, Thais Nunes de. **Como os juízes decidem os casos difíceis**?: a guinada pragmática de Richard Posner e a crítica de Ronald Dworkin. 2011. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. DOI: https://doi.org/10.11606/D.2.2011.tde-01032012-085607.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone Editora, 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 17 out. 2022.

BRASIL. Ministério Público Federal. Raquel Dodge arquiva inquérito aberto de ofício pelo Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF: Procuradoria-Geral da República, 16 abr. 2019. Disponível em: https://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/raquel-dodge-arquiva-inquerito-aberto-de-oficio-pelo-supremo-tribunal-federal. Acesso em: 10 abr. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Controle de constitucionalidade 156.284/PR**. Relator: Min. Ribeiro Dantas, 28 fev. 2018. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27CC%27.clap.+e+@num=%27156284%27)+ou+(%27CC%27+adj+%27156284%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja. Acesso em: 10 maio 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 572**. Relator: Min. Edson Fachin,18 jun. 2020a. Disponível em: https://portal.stf.jus.br. Acesso em: 23 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade n. 3367**. 1. Ação. condição. interesse processual, ou de agir. Caracterização. Ação direta de inconstitucionalidade. Propositura antes da publicação oficial da emenda constitucional n. 45/2004 [...]. Relator: Min. Cezar Peluso, 13 abr. 2005. Disponível em: https://portal.stf.jus.br. Acesso em: 12 maio 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 130**. Relator: Min. Carlos Britto, 30 abr. 2009. Disponível em: https://portal.stf.jus.br. Acesso em: 11 maio 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 548**. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. decisões da justiça eleitoral. busca e apreensão em universidades e associações de docentes. proibições de aulas e reuniões de natureza política e de manifestações em ambiente físico ou virtual [...]. Requerente: Procuradora-geral da República. Relator: Min. Cármen Lúcia, 15 maio 2020b era c. Disponível em: https://portal.stf.jus.br. Acesso em: 12 maio 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento interno**. Brasília, DF: STF, 2020c era b. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf. Acesso em: 1 abr. 2023.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmulas. São Paulo: Atlas, 2017.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

HART, Herbert Lionel Adolphus. El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral. *In*: HART, Herbert Lionel Adolphus. **Derecho y moral**: Contribuciones a su análisis. Tradução de Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Depalma, 1962.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LOPES JÚNIOR, Aury Lopes; ROSA, Alexandre Morais da. Entenda a semana do supremo e sua investigação de ofício. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 19 abr. 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-abr-19/entenda-semana-supremo-investigacao-oficio#_ftn1. Acesso em: 10 abr. 2023.

LOPES, Ziel Ferreira. **Onde habita o juiz Hércules?**: Uma aproximação entre teorias da interpretação e questões institucionais. 2020. Tese (Doutorado em Direito Público) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2020. Disponível em: http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/9331/Ziel%20Ferrerira%20Lopes_.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 16 abr. 2023.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva Jur, 2013.

PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. **O princípio da dignidade da pessoa humana na perspectiva do direito com integridade**. 2009 Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2009. Disponível em: https://repositorio.unb.br/handle/10482/4356. Acesso em: 15 abr. 2023.

CC BY NC ND

DOI: 10.5433/1980-511X.2025.V20.N1.49014

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

A COMPETÊNCIA LEGISLATIVA MUNICIPAL EM MATÉRIA DE LICITAÇÕES E CONTRATOS E O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE: INTERLOCUÇÕES NECESSÁRIAS A PARTIR DO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADI 3110

MUNICIPAL LEGISLATIVE COMPETENCE IN BIDDING AND CONTRACTS AND THE PRINCIPLE OF SUBSIDIARITY: AN ANALYSIS BASED ON THE SUPREME COURT'S OPINION IN ADI 3110

Alice Wisniewski

Mestranda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), com bolsa PROSUC/CAPES II. Pós-graduada em Direito Constitucional Aplicado. Especialista em Direito Administrativo e Gestão Pública pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Advogada. Consultora Jurídica Municipal. Integrante do Grupo de Estudos "Gestão Local e Políticas Públicas", coordenado pelo Prof. Dr. Ricardo Hermany (UNISC) e vinculado ao CNPq. E-mail: alicewisniewski@hotmail.com.

Ricardo Hermany

Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos com doutorado sanduíche pela Universidade de Lisboa. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Professor da Universidade de Santa Cruz do Sul. Professor titular da Universidade de Santa Cruz do Sul. Professor da Universidade de Santa Cruz do Sul. E-mail: hermany@unisc.br.

Como citar: WISNIEWSKI, Alice; HERMANY, Ricardo. A competência legislativa municipal em matéria de licitações e contratos e o princípio da subsidiariedade: interlocuções necessárias a partir do entendimento do Supremo Tribunal Federal na ADI 3110. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 20, n. 2, p. 101-114, ago. 2025. DOI: 10.5433/1980-511X.2025.v20.n2.49014. ISSN: 1980-511X.

Recebido em: 26/09/2023
Aceito em: 20/08/2025

Resumo: Este artigo tem por objetivo analisar a competência legislativa municipal em matéria de licitações e contratos, considerando a possível recepção do princípio da subsidiariedade pelo Supremo Tribunal Federal (STF), de acordo com a fundamentação da ADI 3110. Justifica-se a escolha do tema em razão da necessidade de analisar e compreender a questão da deturpação de competência municipal em matéria de licitações, cenário que pode gerar problemas como a sobreposição indevida de competências de outros entes federativos, a desconsideração de particularidades locais e a ineficiência na gestão pública. O artigo adota o método dedutivo e a técnica de pesquisa documental e bibliográfica, com abordagem qualitativa. A análise foi construída a partir de amostragem intencional de marcos normativos relacionados às licitações e contratos administrativos (Constituição Federal de 1988, Lei nº 8.666/1993 e Lei nº 14.133/2021) (Brasil, 1988, 1993, 2021), bem como da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em especial a ADI 3110. Na primeira parte, é discutida a competência legislativa dos municípios em licitações e contratos, abordando as bases jurídicas e normativas que regem a matéria. A segunda parte abrange o princípio da subsidiariedade, explicando como ele se relaciona com as competências municipais e justifica a descentralização do poder para que, na terceira parte, seja feita análise da ADI 3110 do STF, destacando seus argumentos e fundamentos. São apresentadas as possíveis correlações dos fundamentos dessa decisão para a necessária releitura da competência legislativa municipal em licitações e contratos à luz da subsidiariedade.

Palavras-chave: ADI 3110; competência legislativa municipal; licitações e contratos; Princípio da subsidiariedade.

Abstract: This article aims to analyze municipal legislative competence in matters of public bidding and contracts, considering the possible adoption of the principle of subsidiarity by the Supreme Federal Court (STF) based on the reasoning in ADI 3110 (Direct Action of Unconstitutionality No. 3110). The topic was chosen due to the need to analyze and understand the issue of distortion of municipal competence in public procurement, a scenario that can lead to problems such as the undue overlapping of competencies from other federal entities, the disregard for local particularities, and inefficiency in public management. The article adopts the deductive method and documentary/bibliographical research techniques, with a qualitative approach. The analysis was built on intentional sampling of normative frameworks related to administrative bidding and contracts (1988 Federal Constitution, Law No. 8,666/1993, and Law No. 14,133/2021) (Brazil, 1988, 1993, 2021), as well as the jurisprudence of the Supreme Federal Court, especially ADI 3110. In the first part, the legislative competence of municipalities in bidding and contracts is discussed, addressing the legal and normative bases governing the subject. The second part covers the principle of subsidiarity, explaining how it relates to municipal competences and justifies the decentralization of power. This sets the stage for the third part, which analyzes STF's ADI 3110, highlighting its arguments and grounds. The possible correlations between the grounds of this decision and the necessary reinterpretation of municipal legislative competence in bidding and contracts in light of subsidiarity are presented

Keywords: ADI 3110; municipal legislative competence; tenders and contracts; principle of subsidiarity.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

INTRODUÇÃO

Tem-se, como objetivo principal, a análise da competência legislativa municipal em matéria de licitações e contratos, considerando o princípio da subsidiariedade e sua recepção, implícita, no ordenamento jurídico brasileiro, o que se verifica a partir da fundamentação exarada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na ADI 3110 (Brasil, 2020), buscando-se assim contribuir para o entendimento dos limites e possibilidades da atuação legislativa municipal em licitações e contratos, a partir de uma leitura que privilegie o princípio da subsidiariedade. Na primeira parte, é discutida a competência legislativa dos municípios em licitações e contratos, abordando as bases jurídicas e normativas que regem essa atribuição e sua importância para a administração pública local.

A segunda parte abrange o princípio da subsidiariedade, explicando como ele se relaciona com as competências municipais e justifica a descentralização do poder, ao encontro dos pressupostos trazidos aos municípios pela Constituição Federal de 1988. Na terceira parte, é feita uma análise da ADI 3110 do STF, destacando seus argumentos e fundamentos e relacionando-os com a competência municipal em matéria de licitações e contratos. São abordadas possíveis reflexões sobre a (des)necessidade de revisão das competências municipais. Para a elaboração do artigo, adota-se o método dedutivo, associado a uma pesquisa documental e bibliográfica de caráter qualitativo. A análise e o tratamento dos dados foram realizados a partir de amostragem intencional, com base em documentos legislativos e jurisprudenciais relevantes — notadamente a Constituição Federal de 1988, a Lei nº 8.666/1993, a Lei nº 14.133/2021 e a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 3110 — que constituem o núcleo normativo-jurisprudencial indispensável para a reflexão proposta (Brasil, 1988, 1993, 2020, 2021).

Ressalta-se que a pesquisa se classifica como documental e bibliográfica, uma vez que se vale de fontes normativas, doutrinárias e jurisprudenciais, na qual o recorte metodológico adota abordagem qualitativa, com a finalidade de interpretar criticamente os elementos legislativos e decisórios à luz do princípio constitucional da subsidiariedade. A escolha das fontes seguiu amostragem intencional, considerando critérios de relevância e atualidade, tendo como base a Constituição Federal de 1988, a Lei nº 8.666/1993, a Lei nº 14.133/2021 e a ADI 3110 do Supremo Tribunal Federal.

Optou-se pela escolha da referida decisão porque, embora não exista conflito positivo de competência no caso concreto (o que, inclusive, culminou na procedência da ADI), a ação traz, no seu contexto, importantes conceitos em relação à subsidiariedade e autonomia local, devidamente reconhecidos pelo Supremo Tribunal Federal, de forma que sua análise mostra-se importante para reforçar a aplicação de tal princípio no cenário brasileiro.

Justifica-se a presente pesquisa pela necessidade de analisar e compreender a questão da deturpação de competência municipal em matéria de licitações, cenário que pode gerar problemas como a sobreposição indevida de competências de outros entes federativos, a desconsideração de particularidades locais e a ineficiência na gestão pública. Ao explorar a competência legislativa dos municípios em licitações e contratos, bem como o princípio da subsidiariedade, o estudo procura embasar a importância do papel das municipalidades na tomada de decisões nessa área específica. O artigo busca oferecer subsídios para justificar e defender a atuação municipal em licitações e contratos a partir de uma ótica subsidiária, a partir da comprovação de que há a recepção implícita de tal princípio no ordenamento jurídico brasileiro, o que se pretende verificar a partir da fundamentação adotada, pelo STF, no bojo da ADI 3110.

Assim, a relevância social e jurídica do tema se encontra na busca para a construção de uma gestão pública mais eficiente e alinhada aos princípios da subsidiariedade e da descentralização de poder, fortalecendo a autonomia dos municípios e promovendo uma administração mais próxima das necessidades e realidades locais.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

1 COMPETÊNCIA LEGISLATIVA MUNICIPAL EM MATÉRIA DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, XXI, estabelece que ressalvados os casos previstos em lei, as compras, alienações, obras e serviços da Administração Pública deverão, obrigatoriamente, ser contratados por meio de processo licitatório que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes e cláusulas que estabeleçam a obrigatoriedade do pagamento (Brasil, 1988). Sendo assim, todas as contratações realizadas pela Administração dependem, via de regra, de licitação. A obrigação se repete no art. 175[1], em que, ao se mencionar a possibilidade de concessões e permissões, também as condiciona à necessidade de prévia licitação.

A Lei Federal nº 8.666/1993, que foi aprovada para regulamentar o artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal, trata de normas para licitações e contratos da Administração Pública. Essa lei define contratos públicos como "todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada" (Brasil, 1993).

A licitação tem como principal objetivo a busca pela satisfação do interesse público, pois visa garantir à Administração contratos mais vantajosos e assegurar a igualdade nas contratações públicas. Isso significa que qualquer pessoa que atenda aos requisitos legais pode participar do processo de licitação e concorrer em condições justas com os demais interessados, tendo a possibilidade de ser declarada vencedora. Por um lado, a licitação busca proporcionar ao poder público o melhor negócio possível, com foco na qualidade dos serviços prestados e na economia dos recursos públicos. Por outro lado, ela também oferece aos particulares a oportunidade de concorrer em igualdade de condições com os demais licitantes, promovendo a livre concorrência e evitando qualquer favorecimento indevido. Dessa forma, a licitação possui um duplo propósito: garantir a satisfação do interesse público e assegurar a igualdade entre os interessados em contratar com a Administração. Desse modo, a licitação se revela um instrumento fundamental para promover a transparência e a eficiência na gestão pública, pois permite a seleção da proposta mais vantajosa em termos econômicos e técnicos, além de garantir a integridade e a competitividade de todo o processo (Carvalho, 2021, p. 464).

Em relação à competência, o art. 22, XXVII, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/1998[2] estabeleceu que compete à União legislar sobre normas gerais de licitações e contratos. Estabelecendo-se a competência privativa apenas em relação às normas gerais, é possível concluir que todos os Entes Federados podem legislar sobre normas específicas. Conforme Justen Filho (2005, p. 14), "a expressão 'norma geral' pressupõe a existência de 'norma especial'. Portanto, a União não dispõe de competência privativa e exclusiva para legislar sobre licitações e contratos administrativos. Os demais entes federativos também dispõem de competência para disciplinar o tema".

Se assim não fosse, a imposição excessiva de normas gerais de aplicação pelo legislador federal em matéria que diz respeito a outros entes federados poderia levar a comportamentos irrealmente detalhados que invadam a esfera própria dos Estados e Municípios, ignorando suas peculiaridades específicas. O legislador federal, na elaboração de leis que devem ser aplicadas em todo o país, precisa considerar as diferenças regionais e locais que podem existir. O resultado de um excesso de prescrição, por exemplo, pode ensejar que Estados e Municípios tentem adaptar-se a uma norma que não leva em conta suas peculiaridades (Borges, 1991, p. 105).

1 Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

2 Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: [...]XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1°, III; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)(Brasil, 1988).

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

Além disso, a multiplicação de casuísmos pode desencadear problemas locais que o legislador federal desconhece, e dos quais nem poderia sequer suspeitar. Em outras palavras, as normas gerais de aplicação podem ser ineficazes ou mesmo prejudiciais se ignorarem as especificidades locais e regionais, o que pode levar a problemas que o legislador federal não previu e não pode resolver. (Borges, 1991, p. 105). De forma exemplificativa, Borges refere que "nosso país é caracterizado por uma extrema disparidade de condições socioeconômicas. O que é normal e factível para uma unidade da Federação poderá ser um comportamento que entrave, dificulte e transtorne a vida administrativa de outra" (Borges, 1991, p. 105).

Em relação especificamente à competência municipal, é importante destacar que o artigo 30 da Constituição estabelece as atribuições dos municípios de forma clara. Nesse sentido, os municípios têm a competência para legislar sobre assuntos de interesse local e complementar a legislação estadual quando necessário (incisos I e II). Além disso, têm assegurada a autonomia financeira, podendo instituir e arrecadar tributos de sua competência, bem como aplicar essas receitas (inciso III). A Constituição também garante aos municípios o poder de autoadministração, permitindo que criem, organizem e suprimam distritos (inciso IV). Eles também têm a responsabilidade de organizar e fornecer serviços públicos de interesse local (inciso V) e promover o adequado ordenamento territorial (inciso VIII), entre outras atribuições (Brasil, 1988).

A Constituição de 1988 substituiu a expressão "peculiar interesse" por "interesse local", um tema que ainda hoje gera divergências na doutrina. Segundo Souza (2012, p. 119), é importante compreender a razão por trás dessa alteração e se a expressão "interesse local" é de fato mais abrangente do que a anteriormente adotada, "peculiar interesse". Relevante notar que a mesma Constituição que reconheceu os Municípios como entes federativos optou por utilizar a expressão "interesse local". Antes da Constituição de 1988, a autonomia municipal estava condicionada à existência de espaço não regulado por leis federais e estaduais, o que denotava uma limitada participação dos municípios e uma falta de previsão expressa de suas competências. Com a atual Constituição, fica claro que a intenção foi realmente ampliar substancialmente a atuação municipal, tornando-a muito mais concreta e efetiva, em vez de ser apenas uma noção teórica sem fundamentos práticos.

Conforme parte da doutrina, o interesse local abrange as matérias em que o município tem predominância, mesmo que não seja exclusiva. Meirelles (2008, p. 111-112) sustenta que é a predominância do interesse do município sobre o Estado ou União que justifica o interesse público, mesmo que esse interesse possa indiretamente afetar outros entes. Quando é reconhecido que se trata de interesse local, cabe exclusivamente ao Município em questão prover esses assuntos, não havendo justificativa para a ingerência dos Estados e União nesses casos.

No mesmo sentido, Castro (2010, p. 24) estabelece que o município precisa ser, tão somente, o maior interessado, não o único, devendo existir a predominância de seu interesse. Tudo que repercutir direta e indiretamente na vida municipal é de interesse local, e assim deve ser analisado sempre, privilegiando o fenômeno da descentralização.

Uma interpretação oposta limitaria a atuação do município apenas a questões exclusivamente de interesse local, sem impacto em outros assuntos relacionados à gestão territorial. Considerando o pacto federativo brasileiro e a adoção de um federalismo trino, o objetivo é promover uma estrutura mais descentralizada e democrática. Por essa razão, o interesse local é caracterizado pelos assuntos em que predomina essa característica, embora não seja exclusivo, de modo que as atividades do Município terão reflexos, ainda que indiretos, nas demais esferas da Federação (Hermany, 2007, p. 287).

É fundamental considerar que uma interpretação restritiva do conceito de "interesse local" afetaria a própria condição de ente federado atribuída aos Municípios. O federalismo trino, estabelecido a partir da Constituição Federal de 1988, eleva o papel da gestão local a um nível autônomo dentro da federação, sendo essen-

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

cial para a construção de um estado mais democrático que valorize a participação social. Os municípios devem ter garantida a competência sobre tudo que lhes é de interesse primordial, promovendo assim a descentralização.

Uma federação verdadeiramente efetiva não pode existir quando um ente possui poder de interferir nos serviços e interesses de outro. Por essa razão, o Brasil ser uma Federação implica que a União não pode intervir na estrutura organizacional interna e nos assuntos de interesse específico dos Estados, Distrito Federal e Municípios (Justen Filho, 2005, p. 16).

Assim, conclui-se que o conceito de norma geral não pode prevalecer sobre o conceito de Federação. As competências locais, resultantes da organização federativa, não podem ser restringidas por leis da União que visam estabelecer normas gerais. Em outras palavras, as normas gerais não têm o propósito de limitar a autonomia federativa, permitindo que os Municípios tenham a liberdade de regular suas licitações dentro dos limites estabelecidos pela União. Dessa forma, a competência é concorrente.

Especialmente em relação ao tema da competência para legislar em termos de licitações e contratos públicos, essa advém do fato de que, se a competência privativa da União ocorre apenas em relação a “normas gerais”, os demais entes poderiam plenamente regular a matéria por meio de normais estaduais, distritais e municipais. (Heinen, 2023, p. 1.133).

Para Maffini (2008, p. 129), o texto constitucional apresenta um equívoco ao inserir a competência da União para editar normas gerais no artigo 22, pois não se trata de uma competência privativa, ao menos da forma como é tratada nesse preceito constitucional. Por exemplo, não é necessária uma lei complementar para que os outros entes federados possam editar suas normas específicas sobre a matéria em questão. Essa outorga não é necessária, pois a competência para a edição de normas específicas já é originária de cada ente federado.

Além disso, não seria adequado, como sugerido por parte da doutrina, que a competência nacional para a Administração Pública editar normas gerais estivesse mencionada no artigo 24 da Constituição. Esse artigo trata da competência legislativa concorrente entre a União, Estados e o Distrito Federal. A omissão em relação aos Municípios quebra a sistemática típica da legislação sobre licitações e contratações da Administração Pública. Portanto, o ideal seria ter uma regra própria na Constituição Federal, em um artigo específico, que explicasse mais claramente como é a legislação sobre licitações, garantindo uma distribuição de competências mais coerente e eficiente no âmbito das licitações (Maffini, 2008, p. 129).

É conclusivo que o texto constitucional apresenta uma falha ao atribuir à União a competência para editar normas gerais no artigo 22. Essa competência não pode ser considerada exclusivamente privativa, e a aplicação de lei complementar não é essencial para que os outros entes federados editem suas normas específicas, pois já possuem essa competência originária. Nesse contexto, o ideal seria estabelecer uma regra específica na Constituição Federal que esclareça de maneira mais precisa a legislação sobre licitações, eliminando ambiguidades e garantindo uma distribuição mais adequada das competências entre os diferentes entes federados. Dessa forma, seria viável garantir uma atuação mais harmoniosa e eficiente no âmbito da Administração Pública, em prol do interesse coletivo e do aprimoramento das práticas licitatórias.

Com a publicação da nova Lei de Licitações e Contratos – Lei Federal nº 14.133/2021, a discussão a respeito das competências municipais em matéria de licitações e contratos passa a enfrentar novos desafios. Isso porque, seu art. 187 estabelece que “os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão aplicar os regulamentos editados pela União para execução desta Lei” (Brasil, 2021). Essa disposição, todavia, pode acabar por gerar, especialmente em âmbito local, grandes incoerências em relação à normativa aplicada e realidade local. Não há como deixar de imaginar, por exemplo, a eventual diferença entre normativas que buscam regulamentar um objeto, a nível nacional, e as implicações práticas de aplicação dessa mesma normativa em um município com 10.000 habitantes.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

A Lei nº 14.133 de 2021 também é importante para o conceito de norma geral de licitação e contratação pública porque ela possui um caráter mais detalhado do que a legislação anterior, o que pode intensificar a controvérsia sobre os limites constitucionais da competência da União para legislar sobre normas gerais de licitações e contratações. A nova lei trata de aspectos procedimentais do planejamento, pesquisa de preços e fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas, o que pode afetar a interpretação do conceito de norma geral previsto na Constituição. É inevitável, assim, serem levantadas questões sobre a possibilidade de invasão da competência dos outros entes federativos pela União e até que ponto esses entes estão obrigados a seguir a Lei nº 14.133 de 2021 (Sarai; Cabral; Iwakura, 2023, p. 205).

Sendo assim, a Constituição Federal de 1988 estabelece a obrigatoriedade do processo licitatório para compras, alienações, obras e serviços da Administração Pública, visando assegurar a igualdade de condições entre os concorrentes e a efetiva satisfação do interesse público. A Lei Federal nº 8.666/1993 foi criada para regulamentar esse dispositivo constitucional, estabelecendo diretrizes para as licitações e contratos administrativos.

Em resumo, o equilíbrio entre a competência legislativa da União para normas gerais e a autonomia dos municípios para regulamentar questões locais é fundamental para garantir a eficácia das licitações e contratos públicos. A interpretação precisa dessas competências é crucial para evitar conflitos e assegurar que a gestão pública ocorra de forma eficiente e adequada com as especificidades de cada ente federado. Portanto, o ordenamento jurídico deve buscar uma harmonização coerente e eficaz entre a regulação federal e a atuação dos municípios, visando sempre a promoção do interesse público e a garantia da igualdade e transparência nas contratações administrativas o que pode, de fato, ensejar a necessária releitura da competência municipal em matéria de licitações e contratos.

2 O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE E SUA RELAÇÃO COM AS COMPETÊNCIAS MUNICIPAIS

A autonomia municipal e descentralização do poder são características basilares do federalismo trino adotado pelo Brasil desde a Constituição de 1988. Entretanto, ainda que a forma de estado e o conjunto de competências conferidas constitucionalmente favoreçam a autonomia do poder local, ainda há uma tendência à centralização agravada por aspectos culturais e outros problemas crônicos que afligem a gestão local. Em razão disso, pretende-se nesse momento estudar o princípio da subsidiariedade, suas origens e sua adoção, implícita, pelo ordenamento jurídico brasileiro, como forma de fortalecimento da gestão local.

Refere-se, inicialmente, que o conjunto de competências conferidas aos municípios favoreceram, de fato, o processo de autonomia, especialmente adotando-se um conceito de "interesse local" que privilegie tudo aquilo que for matéria *predominantemente* de interesse do município, ainda que não de forma exclusiva. Todavia, os municípios ainda enfrentam problemas crônicos que figuram como empecilho ao fortalecimento da gestão local descentralizada. É o caso, por exemplo, da concentração de recursos pelo poder central, que inviabiliza ações mais determinantes do poder público local no que tange ao enfrentamento de problemas históricos, tais como saneamento básico, programas de saúde familiar, educação, dentre outros.

Conforme analisado no item anterior, a mera garantia constitucional de autonomia já havia sido garantida aos municípios em outras cartas constitucionais, o que não foi suficiente para se efetivar uma autonomia na prática. Além de questões práticas que dificultam a descentralização do poder, há também o fato de que a federação brasileira foi formada por uma decisão do estado soberano e não consistiu em um movimento de território descentralizados, conforme também já visto. O que se pretende demonstrar é a importância de se rever o pacto federativo sob a ótica do princípio da subsidiariedade, a fim de se conseguir efetivar, de fato, a autonomia municipal prevista na Constituição Federal.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

Considerando que os municípios representam o nível institucional mais próximo do cidadão, representam o poder local enquanto Estado. Em razão disso, a descentralização precisa privilegiar, obrigatoriamente, a possibilidade de o ente municipal desfrutar de "poder político suscetível de compartilhamento entre os cidadãos" (Hermany; Giacobbo, 2017, p. 45). Quando se fala em fortalecimento do poder local, é preciso ter em mente que se está buscando fortalecer não o ente em si, mas sim todos os indivíduos que fazem parte daquele território, por meio da participação política.

Costa (2013, p. 68) refere que "para o aprofundamento da democracia representativa, no sentido de aproximá-la mais dos interesses da sociedade, é necessário atribuir mais e mais competências para o Município, como verdadeira argamassa para se construir um Estado pluralista, federativo e social". O fenômeno da descentralização tem a potencialidade de promover o empoderamento do cidadão que se apropria e passa a fazer parte das decisões políticas do espaço em que vive, atuando de forma mais ativa na localidade (Hermany; Giacobbo, 2017, p. 48).

Dessa forma, é importante analisar a existência de soluções aos problemas que ainda permeiam os municípios, com a finalidade de se conseguir efetivar de fato a descentralização e a autonomia garantida a tais entes, para que seja possível suprir as demandas locais e realizar, consequentemente, uma gestão eficiente pautada nas necessidades específicas da localidade e na participação social, concretizando o princípio democrático intentado com a Constituição Federal de 1988.

Segundo explana Baracho (2007, p. 19), "o melhor clima das relações entre cidadãos e autoridades deve iniciar-se nos municípios". É no município que se consegue realizar o melhor diagnóstico a respeito do que aquela sociedade precisa e de que forma os problemas ali existentes poderão ser melhor resolvidos. Ademais, a proximidade da esfera de poder com os cidadãos fortalece a participação social nas decisões políticas, criando uma relação de confiança.

Dentro dessa perspectiva, surge com destaque o princípio da subsidiariedade, que está implícito no ordenamento jurídico pátrio, como se pode concluir através de uma compreensão sistemática da ideia de federalismo trino e da descentralização. O princípio da subsidiariedade agrega grande prestígio na Europa, pois permite a articulação de um poder local que concretiza um espaço institucional mantenedor de uma inovadora e qualificada relação entre a sociedade e o Poder Estatal (Hermany; Giacobbo, 2017, p. 53). A redefinição do federalismo pautada no princípio da subsidiariedade fundamenta-se na premissa de que todas as decisões que podem ser assumidas pelas instâncias mais próximas de poder – sejam institucionais ou não – devem prevalecer. Assim, segundo os referidos autores, a transferência de prerrogativas para as instâncias superiores só deve se dar por motivos de ordem econômica ou quando vinculadas à melhor eficiência.

Para Unger (1990, p. 327), a descentralização se baseará sempre em dois princípios: na subsidiariedade e na especialização funcional. O princípio da subsidiariedade determinará que a unidade federativa menor, sendo mais próxima dos indivíduos e, consequentemente, de seus problemas, deve ser a titular da competência para legislar. Aos estados-membros deve ser atribuído tão somente aquilo que não puder ser realizado de forma satisfatória pelos municípios (ainda que esse conceito seja vago). À União, por sua vez, caberia a atuação tão somente em relação àquilo que não pudesse ser executado de maneira eficiente pelos Estados. A aplicação desse critério justificaria, no Brasil, "uma gigantesca devolução aos municípios e aos acordos de poderes hoje reservados à União." (Unger, 1990, p. 327).

Veja-se, assim, que o princípio da subsidiariedade privilegia diretamente a autonomia local e a descentralização, corolários do federalismo trino. A descentralização está intimamente ligada à aplicação do princípio da subsidiariedade, eis que é justamente por meio dessa descentralização que a subsidiariedade se justifica, sendo também um princípio diretamente ligado ao fortalecimento do poder local, que é aquele que possui maior proximidade com os cidadãos (Baracho, 2007, p. 32).

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

Buscando o equilíbrio do controle estatal, o princípio da subsidiariedade surge como alternativa para o estabelecimento de uma distribuição equilibrada de competências entre os entes federados, primando por uma atuação pública que aproxime a Administração dos cidadãos, a fim de se conceder maior eficiência ao atendimento das demandas sociais de cada sociedade.

Diante do exposto, torna-se evidente que a autonomia municipal e a descentralização do poder constituem princípios fundamentais do federalismo trino adotado no Brasil desde a promulgação da Constituição de 1988. A despeito das garantias constitucionais que favorecem a autonomia local, ainda persiste uma tendência à centralização, alimentada por fatores culturais e obstáculos crônicos que afetam a gestão municipal. É justamente nesse contexto que o princípio da subsidiariedade surge como um instrumento essencial para fortalecer a governança local.

Embora a autonomia tenha sido previamente estabelecida nas constituições anteriores, a prática não correspondia à teoria. Além das questões práticas que dificultam a descentralização, a formação da federação brasileira não surgiu de um movimento de territórios descentralizados, o que ressalta a necessidade de revisitar o pacto federativo sob a perspectiva do princípio da subsidiariedade, com o propósito de concretizar a autonomia municipal proposta na Constituição Federal.

A análise do federalismo brasileiro sob a ótica descentralizada é fundamental para impulsionar um crescimento ancorado em melhorias sociais. Como afirmado por Baracho, o relacionamento harmonioso entre cidadãos e autoridades deve começar nos municípios, onde o diagnóstico das necessidades da sociedade é mais preciso e os problemas locais podem ser mais bem resolvidos. Nesse cenário, o princípio da subsidiariedade emerge como um pilar essencial, intrinsecamente relacionado ao fortalecimento da autonomia local e à promoção de uma distribuição equilibrada de competências entre os entes federados.

3 INTERLOCUÇÕES NECESSÁRIAS A PARTIR DO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADI 3110

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3110 foi publicada em 30 de abril de 2020 e teve como relator o Ministro Edson Fachin. O objeto da ação foi a Lei Estadual 10.995/2001 de São Paulo, que dispôs sobre a obrigatoriedade de instalação de bloqueadores de sinais de radiocomunicação em estabelecimentos penais do Estado de São Paulo. A ação foi proposta pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (CONFENEN) sob o argumento de que a norma estadual invadiu a competência privativa da União para legislar sobre telecomunicações. A decisão do Supremo Tribunal Federal foi pela declaração de inconstitucionalidade total da Lei Estadual 10.995/2001 de São Paulo (Brasil, 2020).

A declaração de inconstitucionalidade da Lei Estadual 10.995/2001 de São Paulo foi fundamentada, sob o argumento de que a norma estadual invadiu a competência privativa da União para legislar sobre telecomunicações, prevista no artigo 21, XI, da Constituição Federal, considerando queque a União possui competência privativa para legislar sobre telecomunicações e a norma estadual dispôs sobre temas já regulados de forma clara pela União em norma federal editada no âmbito de sua competência privativa. Não há, no caso concreto, um conflito positivo de competência – uma vez que a matéria ora analisada é de competência da União.

Não obstante, a decisão menciona o princípio da subsidiariedade em seu bojo, esclarecendo a necessidade de que, sempre que possível, o ente político maior deve deixar para o menor tudo aquilo que este puder fazer com maior economia e eficácia. Ainda que, no caso concreto, tenha se concluído pela impossibilidade de se privilegiar a competência do Estado (ente menor), a referida decisão inova em relação à temática uma vez que reconhece a necessária aplicação do princípio da subsidiariedade dentro da leitura das competências federativas no Brasil, comprovando assim a recepção implícita do mesmo e trazendo importantes conceitos a respeito da subsidiariedade. O princípio da subsidiariedade é um dos princípios fundamentais do federalismo, que estabelece que as funções públicas devem ser exercidas pelo ente político mais próximo do cidadão, desde que esteja capacita-

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

do para tal. Em outras palavras, o princípio da subsidiariedade determina que as funções públicas devem ser exercidas pelo ente político que possua maior proximidade com a população e que seja capaz de desempenhar a função de forma mais eficiente e econômica.

A decisão menciona, em sua fundamentação, que, no âmbito da repartição constitucional de competências federativas, cada ente federativo possui competência sobre os temas de seus respectivos interesses, nos termos dos parágrafos do art. 24 da Constituição Federal. Além disso, a interpretação conforme exige que o intérprete não tolha a competência que detêm os entes menores para dispor sobre determinada matéria. Nesse sentido, é preciso reconhecer que o Município, desde que possua competência para a matéria, detém primazia sobre os temas de interesse local, nos termos do disposto no artigo 30, I, da Constituição Federal.

Ressaltamos que, no caso, que foi afastada a presunção de que gozam os entes menores para, nos assuntos de interesse comum e concorrente, legislarem sobre seus respectivos interesses, ante a existência de norma federal expressa. Não obstante, o acórdão, ao analisar a distribuição de competência entre os diversos entes federativos para legislarem sobre as matérias especificadas pela Constituição, promove uma verdadeira inserção prática do princípio da subsidiariedade:

> Assim, é preciso reconhecer, no âmbito da repartição constitucional de competências federativas, que o Município, desde que possua competência para matéria, detém primazia sobre os temas de interesse local, nos termos do disposto no art. 30, I, da CRFB. De igual modo, Estados e União detêm competência sobre os temas de seus respectivos interesses, nos termos dos parágrafos do art. 24 da CRFB. Há, dessa forma, um direcionamento das ações de governo do ente local para o nacional
>
> [...]
>
> Assim, seria possível superar o conteúdo meramente formal do princípio e reconhecer um aspecto material: apenas quando a lei federal ou estadual claramente indicar, de forma necessária, adequada e razoável, que os efeitos de sua aplicação excluem o poder de complementação que detêm os entes menores (*clear statement rule*), seria possível afastar a presunção de que, no âmbito regional, determinado tema deve ser disciplinado pelo ente maior.
>
> [...] À míngua de definição legislativa, não cabe ao poder judiciário retirar a competência normativa de determinado ente da federação, sob pena tolher-lhe sua autonomia constitucional (Brasil, 2020).

No contexto do sistema federativo brasileiro, a autonomia municipal e a descentralização do poder são fundamentais para a dinâmica das relações entre os entes federativos. Nesse sentido, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3110, apresenta importantes considerações sobre a distribuição de competências no âmbito dessa estrutura federativa, ressaltando, por exemplo, a necessidade de compreender as atribuições de cada nível de governo e sua relação com o princípio da subsidiariedade.

Explicita-se, também, que os municípios, detentores de competências previstas no ordenamento jurídico, possuem primazia sobre assuntos de interesse local, de acordo com o disposto no artigo 30, inciso I, da Constituição Federal (CF). Esse enfoque, em consonância com a autonomia municipal, estabelece que os municípios têm autoridade sobre temáticas que diretamente afetam seu território, proporcionando a tomada de decisões que atendam às particularidades regionais. A decisão também aborda a distribuição de responsabilidades entre os diversos níveis de governo, delineando-se no artigo 24 da CF. Essa divisão de competências busca garantir que os estados, municípios e a União possam agir de maneira coordenada, considerando suas atribuições específicas. Nesse contexto, a ADI 3110 ressalta que ações governamentais, seja no âmbito local ou nacional, devem ser direcionadas de forma alinhada, a fim de evitar sobreposições ou lacunas na atuação estatal.

A interligação dessa decisão com os tópicos previamente discutidos é notável. No que tange à autonomia municipal e à descentralização, a ADI 3110 reforça a importância desses princípios ao explicitar a primazia dos municípios em temas locais, embora o caso concreto refira-se a situação distinta (em que foi afastada a competência dos entes subnacionais em detrimento da União). Essa ênfase, todavia, demonstra que é necessária a aplicação do princípio da subsidiariedade, que

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

postula que as decisões devem ser tomadas no nível mais próximo das pessoas afetadas, a menos que razões fortes justifiquem intervenções em instâncias superiores (como ocorreu no caso concreto). Adicionalmente, a decisão do STF aborda desafios enfrentados pelos municípios, como a limitação de recursos decorrente da concentração pelo governo central. Essa problemática está alinhada com as dificuldades discutidas anteriormente em relação à gestão eficiente de demandas sociais nos níveis locais. A decisão enfatiza também a necessidade de preservar a autonomia dos entes locais, permitindo-lhes cumprir seus papéis constitucionais sem entraves externos indevidos.

Em síntese, a ADI 3110 do STF consolida e reforça conceitos previamente abordados neste trabalho, como a autonomia municipal, a subsidiariedade e os desafios inerentes à descentralização. A decisão, embora traga em seu bojo caso em que se afasta a competência de ente subnacional, privilegiando-se a competência da União, confere embasamento jurídico às perspectivas defendidas, porque sustenta a importância de fortalecer o poder local, promover a participação cidadã e suprir as demandas específicas de cada região dentro do contexto federativo. Por essa razão, uma vez confirmado, pela ADI, que há sim, no ordenamento jurídico brasileiro, a recepção implícita do princípio da subsidiariedade, fica clara também a necessidade de uma (re)leitura da competência legislativa, em matéria de licitações e contratos, que contemple a subsidiariedade, privilegiando-se, nesse caso, o poder local.

CC BY NC ND

Revista do Direito Público, Londrina, v. 20, n. 2, p. 101-114, ago. 2025. DOI: 10.5433/1980-511X.2025.v20.n2.49014.

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

CONCLUSÃO

Inicialmente, analisando-se a competência legislativa municipal no contexto das licitações e contratos, restou evidente a importância da harmonização entre a autonomia municipal e a necessidade de normas gerais de licitação no ordenamento jurídico brasileiro. A Constituição Federal de 1988 estabelece de forma clara a obrigatoriedade do processo licitatório para compras, alienações, obras e serviços da Administração Pública, visando garantir a igualdade de condições entre os concorrentes e a efetiva satisfação do interesse público. No que diz respeito à competência legislativa, a Constituição atribui à União a prerrogativa de legislar sobre normas gerais de licitações e contratos, enquanto os demais entes federativos, como os estados, Distrito Federal e municípios, podem elaborar normas específicas considerando suas peculiaridades regionais.

A introdução do conceito de "interesse local" expandiu significativamente o raio de atuação dos municípios, concedendo-lhes a autonomia necessária para lidar com questões que predominam em sua esfera de atuação. Entretanto, a interpretação precisa dessas competências é essencial para evitar conflitos e garantir que a gestão pública transcorra de maneira eficiente, transparente e em sintonia com as particularidades de cada ente federado o que, em muitos casos, ainda não se vislumbra na prática.

A nova Lei de Licitações e Contratos, a Lei nº 14.133/2021, agrega uma dimensão adicional ao debate, uma vez que, por trazer uma abordagem muito mais abrangente, pode desencadear questionamentos sobre a invasão da competência municipal pela União, especialmente diante da disposição que autoriza estados, Distrito Federal e municípios a aplicarem regulamentos editados pela União para a execução da lei. Esse ponto pode gerar desafios práticos no âmbito local, uma vez que a aplicação de regulamentações nacionais em contextos municipais específicos pode resultar em incoerências e inadequações, sendo que, na prática, ainda que a matéria em questão seja de interesse local, praticamente não há espaço para o Município legislar. Portanto, a busca por uma harmonização coerente e eficaz entre a regulação federal e a autonomia dos municípios é vital para promover o interesse público e garantir a eficiência nas contratações administrativas.

Posteriormente, na segunda parte do trabalho, pode ser constatado que a autonomia municipal e descentralização do poder são características fundamentais do federalismo trino adotado pelo Brasil desde a Constituição de 1988. No entanto, mesmo com a forma de estado e as competências atribuídas favorecendo a autonomia local, ainda persiste uma tendência à centralização agravada por aspectos culturais e problemas crônicos na gestão local. Diante disso, analisou-se o princípio da subsidiariedade, suas origens e sua adoção implícita no ordenamento jurídico brasileiro.

Considerando que os municípios representam o nível institucional mais próximo dos cidadãos e do poder local, a descentralização deve priorizar a possibilidade de compartilhamento do poder político entre os cidadãos. Fortalecer o poder local significa fortalecer cada indivíduo que faz parte daquela localidade. O princípio da subsidiariedade fundamenta uma redefinição do federalismo, atribuindo às instâncias mais próximas do poder a titularidade das competências legislativas. Isso valoriza a autonomia local e a descentralização, sendo um princípio diretamente ligado ao fortalecimento do poder local e à participação cidadã nas decisões políticas.

Por fim, buscou-se analisar a interlocução do tema com a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3110, proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF), que expressamente ressaltou a importância da distribuição de competências e da observância do princípio da subsidiariedade no âmbito do federalismo brasileiro. A análise do caso pela Suprema Corte estabeleceu, em seu bojo, que o princípio da subsidiariedade, um dos pilares fundamentais do federalismo, tem um papel crucial na interpretação das competências legislativas dos diferentes níveis de governo.

Embora, no caso concreto, tenha ocorrido o afastamento da competência do Estado, a conexão da ADI 3110 com a competência dos municípios para legislar

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

sobre licitações e contratos é necessária e evidente à medida em que, no bojo da decisão, a Suprema Corte reforça a primazia dos municípios sobre assuntos de interesse local, conforme estabelecido no artigo 30, inciso I, da Constituição Federal e o princípio da subsidiariedade. Neste contexto, a tomada de decisões em licitações e contratos é crucial, pois afeta diretamente a aquisição de bens e serviços que atendem às necessidades de uma determinada comunidade. Os conceitos trazidos pela ADI ressoam com a ideia de que as autoridades municipais estão mais bem posicionadas para compreender essas necessidades específicas e para gerenciar esses processos de maneira mais ágil e eficaz. Alinhando com a competência municipal para legislar em matéria de licitações e contratos, emerge uma narrativa coesa que defende a descentralização das responsabilidades governamentais.

Sendo assim, pode se concluir que a fundamentação da ADI 3110, ao reforçar o princípio da subsidiariedade, permite a conclusão de que há a recepção implícita do mesmo no ordenamento jurídico brasileiro. E, dessa forma, uma vez que fica clara a importância de reconhecer e valorizar a autoridade local, se mostra necessária (re)discussão a respeito da competência dos municípios para legislar sobre licitações e contratos.

CC BY NC ND

Revista do Direito Público, Londrina, v. 20, n. 2, p. 101-114, ago. 2025. DOI: 10.5433/1980-511X.2025.v20.n2.49014.

Universidade Estadual de Londrina

Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

REFERÊNCIAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio da subsidiariedade**: conceito e evolução. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BORGES, Alice Gonzalez. **Normas gerais no Estatuto de Licitações e Contratos administrativos**. São Paulo: RT, 1991.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº ADI 3110**. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei estadual 10.995/2001 de São Paulo. Instalação de antenas transmissoras de telefonia celular. Competência privativa da união para legislar sobre telecomunicações. Norma estadual editada no âmbito da competência estadual de proteção à saúde. Lei federal que claramente regulamenta a matéria. Inconstitucionalidade. Procedência da ação direta. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Telcomp - Associação Brasileira Das Prestadoras de Serviços Telecomunicações Competitivas. Relator: Min. Edson Fachin, Brasília, 04 de abril de 2020. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2193906. Acesso em: 10 set. 2023.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm. Acesso em: 13 mar. 2023.

BRASIL. **Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1993. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 20 mar. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 mar. 2023.

CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Juspodivm, 2021.

CASTRO, José Nilo de. **Direito municipal positivo**. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

COSTA, Nelson Nery. **Direito municipal brasileiro**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

HEINEN, Juliano. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei nº 13.133/2023**. 3. ed. São Paulo: Juspodivm, 2023.

HERMANY, Ricardo; GIACOBBO, Guilherme Estima. Descentralização e municipalismo no Brasil. *In*: OLIVEIRA, António Cândido de; HERMANY, Ricardo (org.). **Municipalismo**: perspectivas da descentralização na América Latina, na Europa e no Mundo. Confederação Nacional dos Municípios. Brasília: CNM, 2017.

HERMANY, Ricardo. **(Re) Discutindo o espaço local**: uma abordagem a partir do direito social de Gurvitch. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

MAFFINI, Rafael. **Direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SARAI, Leandro; CABRAL, Flávio Garcia; IWAKURA, Cristiane Rodrigues. O conceito de norma geral de licitação e contratação pública. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 282, n. 1, p. 203–232. DOI: https://doi.org/10.12660/rda.v282.2023.88641

SOUZA, Leonardo da Rocha de. Interesse local versus peculiar interesse: análise da atuação dos municípios nas constituições republicanas brasileiras. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Belo Horizonte, v. 261, p. 115-145, 2012. Disponível em https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8853/7674. Acesso em: 15 mar. 2023.

UNGER, Roberto Mangabeira. **A alternativa transformadora**: como democratizar o Brasil. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1990.

CC BY NC ND

DOI: 10.5433/1980-511X.2025.V20.N1.49508

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

SOBRE A INTERPRETAÇÃO EVOLUTIVA DE NORMAS DE COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA

ON THE EVOLUTIONARY INTERPRETATION OF TAX COMPETENCE RULES

Jules Silva

Doutor em Direito Tributário pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP). Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB). Pós-Graduado em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Associado ao Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT) e ao Instituto Potiguar de Direito Tributário (IPDT). Professor do Instituto Brasiliense de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). E-mail: jules.queiroz@gmail.com.

Como citar: SILVA, Jules. Sobre a interpretação evolutiva de normas de competência tributária. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 20, n. 2, p. 115-133, ago. 2025. DOI: 10.5433/1980-511X.2025.v20.n2.49508. ISSN: 1980-511X.

Recebido em: 03/12/2023
Aceito em: 09/04/2025

Resumo: O trabalho analisa a possibilidade de o intérprete/aplicador da Constituição e da legislação proceder à interpretação evolutiva de normas que delimitam a competência tributária. Ademais, ao chegar à conclusão pela possibilidade da interpretação evolutiva, aborda quais processos argumentativos autorizam uma nova interpretação pela modificação do contexto cronológico e social. Analisam-se as abordagens estática e dinâmica da interpretação para optar por esta última como mais adequada ao processo interpretativo. Descreve a estrutura das normas de competência, classificando-as em espécies. Por fim, analisa a utilização de tipos e conceitos na construção de normas delimitadoras de competência e como se procede à interpretação evolutiva em cada um desses casos.

Palavras-chave: interpretação evolutiva; normas de competência; tipos; conceitos.

Abstract: This paper analyzes whether it is possible for an interpreter to apply an evolutionary interpretation to the constitutional and legislative norms that delimit tax competence. Concluding that such an interpretation is feasible, the study then addresses which argumentative processes permit a reinterpretation of these norms based on changing chronological and social contexts. The paper contrasts static and dynamic approaches to interpretation, favoring the latter as a more suitable method. Furthermore, it describes the structure of tax competence norms, classifying them into distinct types. Finally, the analysis examines how these types and concepts are used to construct competence-delimiting norms and explores how evolutionary interpretation can be applied in each case.

Keywords: evolutionary interpretation; norms of competence; types; concepts.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

INTRODUÇÃO

Há desde muito a preocupação com o efeito do tempo na interpretação do Direito. Esse debate envolve aspectos, por exemplo, da fidedignidade das interpretações dos juízes e administradores a respeito da vontade e da finalidade da lei pelo legislador histórico, ou mesmo pelo constituinte originário. De outro lado, há a preocupação com a obsolescência dos textos legais. A legislação obsoleta pode se tornar inaplicável ou sua aplicação, com a mudança das circunstâncias do mundo, pode perverter as finalidades que a conceberam.

No Direito Tributário, também há preocupações dessa natureza. O sistema constitucional tributário brasileiro, tido como rígido pela maior parte da doutrina, enfrenta diversos problemas de aplicabilidade em face da evolução tecnológica recente em relação ao que havia em 1988.

Um problema, por exemplo, é a tributação de bens digitais. Qual dos impostos discriminados constitucionalmente deve incidir nas operações que envolvem *softwares*? Estes são *mercadorias*, o que atrairia a competência estadual, ou *prestações de serviço*, o que ensejaria a competência municipal? Ainda, é possível que essa situação não se encaixe em nenhuma das hipóteses definidas constitucionalmente, devendo ser tratada pela competência tributária residual da União?

O legislador tenta tratar essas matérias de diversas formas. A Lei Complementar no 157, de 2016, passou a prever a incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza sobre a disponibilização, sem cessão definitiva, de conteúdos de áudio, vídeo, imagem e texto por meio da internet (*streaming*). No plano infralegal, o Conselho Nacional de Política Fazendária editou o Convênio-ICMS 106/2017, que dispõe sobre a tributação pelo ICMS de bens digitais. Tal convênio foi questionado pela Confederação Nacional da Indústria na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5958. Ao fim e ao cabo, o Supremo Tribunal entendeu que tais bens são, na verdade, serviços.

O projeto *Base Erosion and Profit Shifting*, da OCDE, elegeu como sua primeira ação o enfrentamento dos desafios da tributação sobre a economia digital, o que evidencia a preocupação dos Fiscos em âmbito global com a questão da possível obsolescência da legislação tributária.

Todavia, de nada adiantam esses movimentos do legislador ordinário, da Administração Tributária ou de organizações de cooperação internacional, se a Constituição brasileira, que em última instância conforma o sistema tributário, não permitir a tributação dessas situações inovadoras no quadro posto.

A nosso ver, o debate sobre a tributação da economia digital no ordenamento jurídico brasileiro pressupõe uma questão mais ampla: saber se, à luz de um sistema tributário tido como rígido, o *intérprete* da Constituição deve aplicar seu texto de maneira histórica e literal ou poderá modificar os conceitos (ou tipos) nela veiculados para adaptá-los às mudanças históricas e sociais. Esta última hipótese é o que se chamará de *interpretação evolutiva*.

No presente trabalho, se discutirá a possibilidade de o intérprete/aplicador da Constituição e da legislação proceder à interpretação evolutiva de normas que delimitam a competência tributária. Ademais, chegando à conclusão pela possibilidade da interpretação evolutiva, deve-se também abordar quais os processos argumentativos que autorizam chegar a uma nova interpretação pela modificação do contexto cronológico e social.

Para se chegar à conclusão buscada, a primeira parte deste trabalho apresentará um panorama da discussão sobre a interpretação evolutiva na doutrina nacional e comparada. O quadro demonstrará que diversos sistemas jurídicos enfrentam a dicotomia entre a manutenção fidedigna das finalidades do legislador histórico e a manutenção da aplicabilidade da constituição por sua evolução. Casos a serem observados são o debate sobre o originalismo no Direito Constitucional norte-americano e sobre a mutação constitucional no Direito continental europeu.

Ainda nesta primeira parte, discutir-se-ão as teorias e tipos de interpretação. Neste ponto, questiona-se, em síntese, se a interpretação envolve apenas atos de

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

conhecimento ou se ela também envolve atos de vontade, como escolhas e atos de criação. A conclusão a respeito da concepção teórica da interpretação será essencial para se observar a possibilidade – ou a necessidade – de se proceder a interpretações evolutivas.

A segunda parte do trabalho canalizará o debate para a situação específica das normas de competência. É preciso compreender a estrutura desse gênero de normas para avaliar de que forma elas devem ser interpretadas e como pode atuar sobre elas o processo de evolução normativa. Outrossim, será avaliada a questão da estrutura típica ou conceitual das normas delimitadoras da competência tributária, com o fim de estruturar o argumento histórico evolutivo com base em cada uma dessas noções.

Importa salientar que não é o escopo deste trabalho apresentar uma posição definitiva sobre se as normas delimitadoras de competência veiculam tipos ou conceitos. Essa tarefa mereceria trabalho em separado, o que já foi feito por doutrinadores citados neste trabalho, inclusive. O que se buscará é evidenciar a diferença no ônus e no processo argumentativo necessário para ocorrer a uma interpretação evolutiva a partir de cada premissa, ou seja, se manejados tipos ou conceitos.

1 A INTERPRETAÇÃO E SUA ALTERAÇÃO NO TEMPO

1.1 O ORIGINALISMO E A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

A discussão sobre a modificação no tempo dos significados da Constituição é estruturada de diversas maneiras na doutrina comparada. Nos Estados Unidos, a questão é encarada no debate a respeito do *originalismo.*

O originalismo pode ser suscintamente definido como um método (ou uma concepção) de interpretação da Constituição que atribui autoridade vinculante ao seu texto tal como era entendido quando foi adotada ou às intenções daqueles que a adotaram (Brito, 2010, p. 56).

A vertente mais radical do originalismo é a textualista estrita, segundo a qual as palavras da constituição devem ser interpretadas de forma restrita e precisa de acordo com o sentido que elas tinham quando foram escritas (Brest, 1980, p. 204-238). O textualismo se funda em três premissas essenciais: (i) somente o texto escrito pode impor obrigações constitucionais que limitem o exercício do poder democrático; (ii) os fundadores tinham a intenção de que a Constituição fosse abordada a partir de um cânone escrito; (iii) o texto é a fonte mais segura das intenções dos fundadores.

Exemplo de uma abordagem originalista radical está na crítica à decisão de *Roe v. Wade*, 410 US 113 (1973). Nesse caso, a Suprema Corte norte-americana considerou inconstitucional lei que criminalizava o aborto. Para os originalistas, como a cláusula de *due process of law* prevista na Quinta e Décima Quinta Emendas à Constituição dos Estados Unidos não foi concebida para incluir o direito ao aborto ou a métodos contraceptivos, a Suprema Corte criou direitos novos, baseados em preceitos morais, não em normas constitucionais (Beltrán de Felipe, 1989, p. 54). Por isso, entendem os originalitas que *Roe. v. Wade* é um exercício ilegítimo de controle de constitucionalidade (*judicial review*)[1].

O originalismo tido por intencionalista pressupõe que a legitimidade do controle dos atos do Estado (*judicial review*) depende de uma autocontenção (*self restraint*) dos órgãos judiciais, na medida em que interpretam os dispositivos constitucionais no sentido da intenção daqueles que escreveram o texto (*original intent*), em consonância com os entendimentos da época (Bork, 1990, p. 6-9; Beltrán de Felipe, 1989, p. 53). Para essa abordagem mais moderada, os "conceitos abertos" da constituição devem ser interpretados a partir das intenções plasmadas em escritos reconhecidos dos constituintes (Lyons, 1990, p. 193). Diferentemente da vertente textualista radical, essa vertente moderada entende que os próprios constituintes não definiram previamente alguns dos conceitos constitucionais

1 Cabe destacar que recente decisão da Suprema Corte americana no caso *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* superou o precedente de *Roe v. Wade*, justamente com base em argumentos originalistas de caráter textualista.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

abertos (*open texture*), deixando sua interpretação posterior às futuras gerações, respeitadas as intenções gerais iniciais da Carta.

A concepção originalista de interpretação, como se vê, funda-se na preocupação com a legitimidade democrática da atuação dos tribunais, pregando uma maior restrição destes ao controlar atos de órgãos constitucionalmente eleitos (Brito, 2010, p. 60).

Seja de vertente textualista ou intencionalista, o originalismo pressupõe uma metodologia estática de interpretação, no sentido de que apenas há uma abordagem correta do texto constitucional de uma perspectiva cronológica. Para o originalista, a Constituição e seu significado decorrem das intenções do constituinte e apenas dele, permanecendo inflexível em face do tempo. O debate norte-americano a respeito do originalismo em muito recorda o debate europeu a respeito da interpretação objetivista ou subjetivista, ou seja, da vontade da lei ou do legislador histórico.

Enquanto o originalismo busca a estabilização dos valores constitucionais, outra abordagem tratada na Europa continental pressupõe justamente o oposto, a flexibilização de ideias constitucionais no tempo. Para Jellinek (1991, p. 7), a Constituição pode ser modificada de duas formas diversas. Dá-se a *reforma* da Constituição quando ela é modificada por atos voluntários e intencionais. Por outro lado, dá-se a *mutação* da Constituição quando ela for modificada por atos não intencionais e conscientes, sem que haja alteração formal do texto.

O referido autor busca conciliar o que entende como uma contraposição entre a realidade prática e o texto da Constituição. Costumes e práticas podem modificar o significado de textos constitucionais, promovendo, por certa flexibilidade, o respeito à Carta. Jellinek (1991, p. 21) reconhece, portanto, um verdadeiro procedimento de *criação* do Direito na interpretação. Os órgãos detentores de poder político promovem essas modificações na medida em que agem de acordo com leis e procedimentos próprios, muitas vezes avessos às regras jurídicas formais.

A concepção de mutação constitucional de Jellinek não pode ser alcançada exclusivamente considerada uma abordagem fundada exclusivamente na Ciência do Direito. A obra de Jellinek envolve a análise das estruturas constitucionais do Estado, mas também do comportamento de seus órgãos, de uma perspectiva política, não apenas jurídica[2]. A mutação constitucional, dessa perspectiva, a nosso ver, é mais um conceito afeto à Ciência Política do que ao Direito. Em uma perspectiva mais conciliadora, poder-se-ia dizer que a mutação constitucional estuda os efeitos da Política sobre o Direito de um ponto de vista zetético.

Apesar dessa ponderação, não é rara a doutrina que adota a mutação constitucional como um conceito propriamente jurídico. No Brasil, merece destaque o entendimento de Gilmar Ferreira Mendes (2004), o qual entende ter havido mutação constitucional no significado do art. 52, X, da Constituição Federal, na medida em que a crescente "abstrativização" das decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade concreto tornou despicienda a competência do Senado para suspender a execução de lei tida por inconstitucional pela Corte.

Tanto a ideia de originalismo quanto a de mutação da Constituição tratam de concepções jurídicas a respeito dos limites da modificação temporal de ideias constitucionais. Em grande parte, portanto, tratam de concepções a respeito da interpretação sem que, a nosso ver, sejam teorias propriamente estruturadas de interpretação em si mesma. As doutrinas em questão dizem mais respeito a um entendimento sobre a legitimidade jurídico-política da interpretação do que sobre métodos propriamente ditos.

Ainda assim, o originalismo e a mutação constitucional, caso encarados como premissas da interpretação, podem ser encaixados, respectivamente, como abordagens *estática* e *dinâmica*, conforme se verá à frente.

2 Essa ponderação é, inclusive, feita por Pablo Lucas Verdú no prólogo da versão espanhola do trabalho de Jellinek.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

1.2 As abordagens estática e dinâmica da interpretação do Direito

Para compreender a possibilidade de modificação nos sentidos veiculados pelo texto constitucional, é preciso firmar primeiramente uma abordagem *cronológica*[3] a respeito da interpretação.

Do ponto de vista teórico, Guastini (2011, p. 437) diferencia as concepções estática ou dinâmica da interpretação. Para a abordagem estática da interpretação, o produto do processo interpretativo deve sempre permanecer o mesmo, de modo a que o significado do texto normativo deve sempre manter-se inalterado, inflexível a modificações contextuais. Já para a abordagem dinâmica, o produto da interpretação pode e deve ser modificado para atualizar o texto normativo às variações históricas e sociais. O autor afirma que a doutrina dinâmica permite, via de consequência, a interpretação evolutiva do texto normativo.

Eros Grau (2018, p. 78-79) assevera que a escolha por uma abordagem estática ou dinâmica da interpretação pressupõe na realidade a eleição de valores concorrentes específicos. A teoria estática prestigia os valores de certeza, estabilidade e previsibilidade, pelos seguintes fundamentos: (i) a certeza jurídica demanda que apenas o legislador possa modificar o Direito; (ii) a vontade do legislador define o significado da norma; (iii) os métodos sistemático e linguístico de interpretação são preferíveis ao método teleológico ou funcional; (iv) ainda que adotados estes últimos métodos, devem ser os mesmos tomados de acordo com a intenção histórica do legislador; (v) a interpretação é um ato de *descobrimento* de sentidos; (vi) a interpretação não se confunde com a atividade legislativa.

De outra banda, a interpretação tida como dinâmica prestigia a aplicabilidade do Direito e seu papel na vida social. Isso porque: (i) a vida social condiciona o contexto funcional da norma, bem como seu contexto linguístico; (ii) nada obsta a antecipação dos acontecimentos da vida social pelo Direito; (iii) a interpretação do Direito deve adaptá-lo à vida social; (iv) o significado do Direito não está conectado ao legislador histórico, mas ao contexto social presente; (v) a própria linguagem jurídica varia no tempo; (vi) a interpretação funcional do Direito tem papel relevante na vida social; (vii) a própria interpretação linguística privilegia os usos correntes da linguagem; (viii) a interpretação sistêmica leva em conta o sistema jurídico atual, não o histórico; (ix) a interpretação dinâmica é uma interpretação *criadora*.

Como se pode desde já concluir, a concepção originalista, tanto intencionalista quanto textualista, amolda-se à teoria estática da interpretação, posto que se considera fixo o produto da interpretação, não sendo modificado pela variação de contexto. Por outro lado, ao reconhecer que a aplicação dos textos legais está sujeita às opiniões variáveis das pessoas que os aplicam, Jellinek (1991, p. 16) acaba por, do ponto de vista estritamente jurídico, aderir à teoria dinâmica da interpretação.

O ponto essencial da questão é que apenas a abordagem dinâmica da interpretação se coaduna com uma teoria idônea da interpretação.

Ávila (2013, p. 181-204) critica a chamada teoria descritivista da interpretação, pela qual somente seria possível a interpretação meramente cognitiva, ou seja, aquela que pressupõe significados imediatamente apreensíveis e unívocas. A interpretação do tipo cognitivo, pelo qual somente se identificam os significados possíveis, é apenas uma daquelas exigidas pela natureza dos textos jurídicos.

Ora, a teoria descritivista encontra óbices na impossibilidade de significação meramente textual (pressupostos da norma), plurivocidade de sentido das palavras (ambiguidade, vagueza e defectibilidade da linguagem) e da impossibilidade de suscetibilidade imediata e direta do conhecimento. Assim, Ávila demonstra que interpretar não é somente *descrever*, mas também *escolher* significados, de modo que a aplicação do direito inevitavelmente demandará interpretações decisórias,

3 Nos referimos a "abordagem" para não haver confusão terminológica em relação às teorias sobre a interpretação (cognitivista, cética e eclética). Conforme se verá, a escolha por uma ou outra abordagem passa pela análise também das teorias da interpretação. Eros Grau (2018, p. 78) se refere às abordagens estática e dinâmica como "ideologias da interpretação".

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

pelas quais o intérprete escolhe dentre significados possíveis, e criativas, pelas quais são escolhidos significados não previstos expressamente pelo texto.

A teoria da interpretação que melhor se coaduna com essas necessidades, portanto, é a *cética moderada*[4], pela qual a intepretação é um ato de conhecimento e de vontade, na qual se escolhe um significado dentre os sentidos possíveis. Ocorre que mesmo na abordagem cética moderada, o intérprete encontra limites nas convenções sociais próprias da linguagem, o que demanda um processo de argumentação e justificação de suas interpretações, o que permite o controle intersubjetivo destas.

Dessa explanação, entende-se haver uma conexão essencial entre a teoria cética moderada e a abordagem dinâmica da interpretação. Na medida em que a abordagem estática preceitua que há apenas *um sentido possível* para os textos constitucionais e que esse texto é pré-determinado ou pelo próprio texto ou por uma intenção histórica do legislador, conecta-se essencialmente à concepção descritivista do Direito (interpretação como mero ato de conhecimento). A impossibilidade de significação meramente textual, plurivocidade de sentido das palavras e a impossibilidade de suscetibilidade imediata e direta do conhecimento que justificam a teoria cética moderada também demandam a possibilidade de interpretações dinâmicas (interpretação como ato de conhecimento e de vontade).

Se coexistem diversas possibilidades de sentido de textos normativos e a *escolha* entre eles envolve interpretação, tal escolha pode variar ao longo do tempo. Isso, em especial, porque existem fatores que *influenciam* a interpretação, como a estrutura, o contexto linguístico específico e o intertexto das disposições (Ávila, 2013, p. 197). Larenz (1980, p. 347) trata a modificação desses fatores como *alteração na situação normativa*. Esta se dá quando as relações de fato e os costumes levados em conta pelo legislador histórico tinha em vista quando projetou sua regulação se modificaram de tal forma que é necessário um "ajuste" para que a norma se adapte ao novo contexto. O que ocorre é uma relação de tensão entre os fatos e o Direito que impele o intérprete a uma solução diversa quando a concepção pretérita do significado da lei seja evidentemente insuficiente.

Também ocorre essa alteração quando há mudanças substanciais no ordenamento jurídico em si, como é o caso da superveniência de um novo regime constitucional (Larenz, 1980, p. 349). Nestes casos, há uma modificação na interpretação sistemática do ordenamento motivada pela necessidade de se adaptar o Direito pré-constitucional à nova ordem.

Conclui-se, portanto, neste ponto, que como a interpretação do Direito demanda atividades não apenas de cognição, mas também de atribuição de sentido, e que essa atividade é influenciada pela estrutura, o contexto linguístico e as relações de sentido entre enunciados do sistema em um dado momento, os significados da lei podem ser alterados sem modificação formal do texto em virtude de mutações históricas não antecipadas pelo legislador.

Não se pode, contudo, confundir a interpretação evolutiva com mera mudança de jurisprudência (Ávila, 2018b, p. 429-493). Está última ocorre quando uma decisão judicial manifesta entendimento diretamente contrário àquele manifestado em outra decisão anterior eficaz sobre a mesma matéria. Há interpretação evolutiva quando ocorre efetiva alteração da situação normativa anterior, ou seja, com a introdução de novos elementos dogmáticos que conduzem a um novo entendimento em relação àquele presente no momento da produção do texto legal. A interpretação evolutiva, portanto, ocorre pela introdução de um *argumento histórico evolutivo* (*Ávila*, 2013, p. 193).

A diferença entre essas situações pode ser exemplificada por processos argumentativos de duas decisões do Supremo Tribunal Federal. A primeira dá nova interpretação ao art. 155, inciso II, da Constituição, que prevê a competência dos Estados e do Distrito Federal para tributar as operações relativas à circulação de mercadorias (ICMS). Por "operações relativas à circulação de mercadorias",

4 A teoria cética radical dispõe que a interpretação é sempre ato de vontade pela qual se atribui *qualquer* significado aos enunciados legais (Ávila, 2013, p. 185). A teoria cética radical, portanto, não reconhece limites comuns no uso da linguagem pela sociedade ou pelo Direito, o que a distingue da abordagem moderada.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

a jurisprudência tradicional entendia a operação que transfere a propriedade de bens corpóreos, o que excluiria, por exemplo, o comércio de programas de computador da incidência do ICMS[5]. Entretanto, posteriormente, o Supremo Tribunal Federal, apreciando a Ação Direta de Inconstitucionalidade no 1945/MC, passou a entender que não é necessário o caráter corpóreo do bem para ensejar a incidência do ICMS[6].

Nesse julgado, aduziu a Suprema Corte expressamente que o mundo mudara em relação ao que disposto pelo constituinte em 1988, sendo necessário interpretar novamente a palavra "mercadoria" para passar a abranger a economia digital. Nesse sentido, trecho da ementa do voto vencedor, redigido pelo Ministro Gilmar Mendes, deixa clara a existência de argumento histórico evolutivo:

> O Tribunal não pode se furtar a abarcar situações novas, consequências concretas do mundo real, com base em premissas jurídicas que não são mais totalmente corretas. O apego a tais diretrizes jurídicas acaba por enfraquecer o texto constitucional, pois não permite que a abertura dos dispositivos da Constituição possa se adaptar aos novos tempos, antes imprevisíveis (Brasil, 2011).

Situação completamente diversa é a da decisão do Supremo Tribunal Federal a respeito da incidência de Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS) sobre planos de assistência à saúde no Recurso Extraordinário no 651.703[7]. Nesse caso, interpretou-se o art. 156, inciso III, da Constituição, para definir que o conceito de "serviço" no Direito Tributário, para fins de incidência do ISS, não se confunde com o conceito de "prestação de serviços" do Código Civil, vinculado à configuração de uma obrigação de fazer.

Esse entendimento contraria fortemente a jurisprudência pacífica do STF que vinculava o conceito tributário de serviço ao conceito civil do mesmo instituto, por incidência, inclusive, do art. 110 do Código Tributário Nacional[8]. Tão vetusto foi esse entendimento que motivou a edição do enunciado no 31 da Súmula Vinculante, segundo o qual não incide ISS sobre a locação de bens.

Ocorre que no Recurso Extraordinário no 651.703, em que pese terem sido considerados argumentos diversos daqueles elencados na jurisprudência do STF, não se recorreu a um argumento histórico evolutivo, de modo que não se evidenciou a alteração da situação normativa. Na realidade, no que diz respeito à definição de serviço para os fins apreciados naquele julgado, não parece ter havido qualquer modificação contextual que autorizasse a nova posição. É dizer: "serviço" em 2016 tinha o mesmo significado que "serviço" em 1988. Neste caso, portanto, houve modificação da jurisprudência, não interpretação evolutiva do conceito[9] de serviço.

Deve-se considerar que, embora se tenha demonstrado que a abordagem estática não se coaduna com uma teoria contemporânea da interpretação, persiste a preocupação com os valores de certeza e previsibilidade do Direito. Assim, é de se salientar que a interpretação somente será hígida na medida em que seja controlável intersubjetivamente. Noutros termos, quando ela siga métodos e argumentos devidamente estruturados, o que evidencia a necessidade de se analisar a organização de um argumento histórico evolutivo.

Primeiro, o argumento deverá evidenciar qual fora a situação normativa considerada no momento da edição do texto interpretado, analisando sua finalidade e o contexto linguístico e normativo (sistêmico) em que produzido. Esses mesmos elementos influenciadores da interpretação devem, então, ser considerados no momento presente, esclarecida sua alteração.

---

5 STF. RE 176626, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 10/11/1998, DJ 11-12-1998 PP-00010 EMENT VOL-01935-02 PP-00305 RTJ VOL-00168-01 PP-0030.

6 STF. ADI 1945 MC, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 26/05/2010, DJe-047 DIVULG 11-03-2011 PUBLIC 14-03-2011 EMENT VOL-02480-01 PP-00008 RTJ VOL-00220-01 PP-00050

7 STF. RE 651703, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 29/09/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-086 DIVULG 25-04-2017 PUBLIC 26-04-2017

8 Nesse sentido, por exemplo: "Não se revela tributável, mediante ISS, a locação de veículos automotores (que consubstancia obrigação de dar ou de entregar), eis que esse tributo municipal somente pode incidir sobre obrigações de fazer, a cuja matriz conceitual não se ajusta a figura contratual da locação de bens móveis." (RE 446003 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 30/05/2006, DJ 04-08-2006 PP-00071 EMENT VOL-02240-06 PP-01094 RTJ VOL-00202-01 PP-00336 REVJMG v. 57, n. 176/177, 2006, p. 465-468).

9 A discussão a respeito de "conceitos" e "tipos" nas normas de atribuição de competência tributária será abordada no capítulo seguinte deste trabalho.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

A nova interpretação, assim como a antiga, ainda encontra como limitação o sentido literal das palavras, bem como a finalidade original da norma (Larenz, 1980, p. 348). Se essa finalidade se tornou inalcançável ou supérflua, deve-se perquirir se há algum outro fim a ser perseguido pelo texto legal de acordo com os valores atualmente albergados pelo ordenamento. Caso não haja esse fim superveniente, somente se veem como possíveis interpretações que atendem a finalidades avessas ao ordenamento, então de fato a lei se tornou inaplicável, restando impossibilitada a interpretação evolutiva.

Essa relação entre a finalidade da norma e a interpretação evolutiva fica clara no julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do Recurso Extraordinário no 330.817[10], que decidiu pela imunidade tributária do livro eletrônico. Naquela oportunidade, o Tribunal aduziu expressamente estar realizando uma intepretação evolutiva com base no atendimento da *finalidade* da norma:

> A teleologia da imunidade contida no art. 150, VI, d, da Constituição, aponta para a proteção de valores, princípios e ideias de elevada importância, tais como a liberdade de expressão, voltada à democratização e à difusão da cultura; a formação cultural do povo indene de manipulações; a neutralidade, de modo a não fazer distinção entre grupos economicamente fortes e fracos, entre grupos políticos etc; a liberdade de informar e de ser informado; o barateamento do custo de produção dos livros, jornais e periódicos, de modo a facilitar e estimular a divulgação de ideias, conhecimentos e informações etc. Ao se invocar a interpretação finalística, se o livro não constituir veículo de ideias, de transmissão de pensamentos, ainda que formalmente possa ser considerado como tal, será descabida a aplicação da imunidade (Brasil, 2017).

Não se poderia, por outro lado, efetuar uma interpretação evolutiva em sentido contrário, para excluir determinados materiais informacionais que já se encontravam incluídos no bojo da intepretação anterior do texto normativo.

Da mesma forma, não se podem interpretar normas que conferem competência tributária para alcançar situações que, pela finalidade da própria norma de competência, não poderiam ser abrangidas. Para análise dessa questão, contudo, a estrutura e tipologia dos enunciados a serem interpretados pode ensejar necessidades argumentativas diversas. Por essa razão, a seguir a matéria será analisada especificamente em relação às normas que atribuem competências tributárias.

2 NORMAS DE COMPETÊNCIA E INTERPRETAÇÃO EVOLUTIVA

2.1 Estrutura e classificação das normas de competência

O sistema tributário brasileiro é historicamente reconhecido pela doutrina como rígido, no sentido de que a Lei Maior fixa de forma particularizada e abundante as competências de cada ente federado, deixando pouco espaço para o legislador ordinário fazê-lo (Ataliba, 1968, p. 15; Ávila, 2012, p. 161). A rigidez é um conceito que se contrapõe à plasticidade (Ataliba, 1968, p. 14), propriedade das constituições que se adaptam às variáveis necessidades dos tempos e das circunstâncias, porque suas fórmulas sintéticas e genéricas deixam larga margem a seu desenvolvimento e integração pelo legislador ordinário.

Em contraposição ao sistema constitucional tido como rígido na Constituição brasileira, pode ser citado como exemplo o sistema norte-americano, cuja Carta estabelece tão somente normas como a competência do Congresso para instituir e cobrar tributos[11] e a imunidade tributária do comércio interestadual[12], cabendo ao legislador ordinário atuar de forma ampla e livre na instituição de tributos.

Ao analisar a estrutura das normas de competência tributária no Direito brasileiro, portanto, há de se levar em conta a premissa de que em geral os sistemas tributários comparados não abarcam uma rigidez comparável à da Constituição Federal de 1988. Além disso, é preciso analisar em que medida a rigidez do sistema tributário constitucional brasileiro impede ou condiciona a possibilidade de

10 STF. RE 330817, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 08/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-195 DIVULG 30-08-2017 PUBLIC 31-08-2017.

11 Artigo I, Seção 8: “1: The Congress shall have Power To lay and collect Taxes, Duties, Imposts and Excises, to pay the Debts and provide for the common Defence and general Welfare of the United States; but all Duties, Imposts and Excises shall be uniform throughout the United States;”

12 Artigo I, Seção 9: “5: No Tax or Duty shall be laid on Articles exported from any State.”

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

interpretação evolutiva, conforme encarada nos tópicos anteriores. Antes de adentrar nas normas de competência do sistema brasileiro, contudo, é preciso definir o que é *ter competência* e qual a estrutura das normas que *atribuem competência*.

Dizer que um determinado sujeito detém competência é dizer que ele tem a capacidade de alterar posições jurídicas por seus atos (Spaak, 2005). Por exemplo: a competência tributária implica a possibilidade de um ente político introduzir uma norma no sistema que torne um cidadão sujeito passivo em uma relação tributária.

Essa capacidade é meramente hipotética, na medida em que a alteração de posições jurídicas somente acontecerá se o sujeito *exercer* essa competência por intermédio de determinados atos específicos previstos na norma. Essa separação entre atribuição e exercício da competência é essencial para compreender a estrutura dessa espécie normativa.

Ao analisar uma norma de competência, vários elementos são relevantes, como o *sujeito*, o *objeto* e a *forma de exercício* da competência. A doutrina, à luz da coexistência desses elementos, classifica diversas espécies de normas de competência, que pode, neste momento, ser consideradas um gênero.

As normas de competência (gênero) são normas de caráter constitutivo (Aarnio, 1997, p. 161-162) ou de comportamento, na medida em que criam para um determinado sujeito a já analisada condição de ser competente. A constituição da competência se dá por intermédio de (i) normas que atribuem competências (normas de competência em sentido estrito); (ii) normas que disciplinam o exercício da competência (normas procedimentais); (iii) normas que delimitam o exercício da competência (Aarnio, 1997, p. 161-163; Guastini, 1995, p. 136-144; Ferrer Beltrán, 2000, p. 157).

As normas que atribuem competências, normas de competência *em sentido estrito*, são normas que *constituem* para um sujeito a condição de ser competente para emitir atos que modifiquem posições jurídicas. Fala-se norma de caráter constitutivo pois ela não prescreve um comportamento a ser observado, mas apenas atribui uma propriedade a um sujeito. Exemplo dessa espécie normativa é a veiculada pelo enunciado do art. 48, inciso I, da Constituição Federal, que atribui ao Congresso Nacional a competência de dispor sobre sistema tributário, arrecadação e distribuição de rendas. A norma, portanto, elege um *sujeito* (Congresso Nacional) e um *objeto* (sistema tributário), permitindo que aquele modifique posições jurídicas afetas a este.

Ao mesmo tempo em que define um determinado sujeito como competente, a norma de competência em sentido estrito reserva poder para aquele sujeito, excluindo demais sujeitos de mesma estatura. Por exemplo: não tem o Presidente da República competência para alterar isoladamente posições jurídicas afetas ao sistema tributário. Há, evidentemente, os casos em que a norma de competência em sentido estrito elegerá diversos sujeitos como titulares, como é o caso do art. 24 da Constituição, que prevê a competência concorrente da União, Estados, Distrito Federal e Municípios para legislar, dentre outras coisas, sobre direito tributário.

Perceba-se que a atribuição de competência em sentido estrito é *genérica*, demandando especificação pelas outras espécies de normas de competência. Essa especificação pode ou não ocorrer em âmbito constitucional. Como visto, a Constituição norte-americana se limita a estabelecer uma norma de atribuição de competência, enquanto a brasileira, de forma mais aprofundada, a delimita.

A segunda espécie proposta é a das normas procedimentais, ou seja, aquelas que delimitam a forma como será produzido o ato modificador de posições jurídicas. Podem ser exemplificadas essas normas como aquelas afetas ao processo legislativo, veiculadas pelo art. 59 e seguintes da Constituição Federal. As normas procedimentais são normas de conduta[13], na medida em que indicam os atos pretéritos necessários para que se chegue à mudança de uma posição jurídica.

A terceira espécie de norma de competência é a das normas que delimitam seu exercício. Trata-se de normas que limitam o âmbito material de posições jurídi-

13 Nesse sentido: Guastini (1995, p. 141) e Spaak (2005).

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

cas que podem ser modificadas pelo sujeito competente ou que disciplinam em alguma medida o próprio conteúdo da norma que será produzida (Guastini, 1995, p. 144-146). Como limitam o próprio exercício da competência, são também normas de conduta (Ferrer Beltrán, 2000, p. 157), pois limitam o comportamento do órgão detentor de competência.

Perceba-se que existe uma diferença sutil entre atribuir competência genericamente (o que ocorre a partir de normas constitutivas de competência em sentido estrito) de limitar o âmbito material dessa competência (o que ocorre a partir de normas de comportamento que delimitam o exercício). Primeiro, porque a competência, conforme já aduzido, é atribuída de maneira potencial, de modo que não se pode conceber a mera inobservância de uma norma de competência em sentido estrito. Se o Presidente da República dispõe por decreto sobre modificação de relações jurídico-tributárias fora das hipóteses constitucionais, o que ocorre é que ele agiu *sem competência*, por não estar amparado por norma que a atribua. Somente haverá inobservância, pois, no exercício da competência, não na sua atribuição genérica. Isso decorre logicamente da circunstância de que as normas de competência em sentido estrito são normas constitutivas, enquanto as normas que delimitam a competência são normas de conduta voltadas ao legislador.

Em segundo lugar, enquanto a atribuição de competência genérica é comum a praticamente todos os sistemas jurídicos, a maior ou menor delimitação dessas competências vai variar em função da *plasticidade* desse sistema. Em sistemas rígidos, pois, haverá normas delimitadoras mais restritas.

Compare-se, por exemplo, a Constituição dos Estados Unidos com a brasileira em matéria de atribuição de competências tributárias. O artigo I, seção 8, da carta norte-americana, como já exposto, veicula uma norma de competência em sentido estrito, na medida em que atribui ao Congresso o poder de instituir tributos. Já a Constituição brasileira, a par de conferir essa mesma competência ao Congresso Nacional (art. 24, I, e 48, I), também delimita *numerus clausus* sob quais bases incidirão os impostos federais, estaduais e municipais (art. 153 a 156). Daí se dizer que a repartição de competências tributárias no Direito Tributário brasileiro se dará no âmbito das normas que *delimitam o exercício* da competência, não nas normas que a *atribuem genericamente*.

É preciso, todavia, diferenciar a delimitação da competência de outras normas superiores às produzidas pelo sujeito competente que podem inquiná-la de invalidade. Imagine-se, por exemplo, as seguintes situações[14]:

um grupo de parlamentares que representa a maioria simples tanto no Senado quanto na Câmara dos Deputados, sem convocação do Presidente da República, da Câmara ou do Senado, se reúne em janeiro e aprova uma lei que institui Imposto Territorial Rural sobre imóveis urbanos;

um grupo de parlamentares que representa a maioria simples tanto no Senado quanto na Câmara dos Deputados, com convocação do Presidente do Senado, se reúne em janeiro e, em votação unicameral, aprova uma lei que institui Imposto Territorial Rural sobre imóveis urbanos;

um grupo de parlamentares que representa a maioria simples tanto no Senado quanto na Câmara dos Deputados, com convocação do Presidente do Senado, se reúne em janeiro e, em votação bicameral, aprova uma lei que institui Imposto Territorial Rural sobre imóveis urbanos;

um grupo de parlamentares que representa a maioria simples tanto no Senado quanto na Câmara dos Deputados, com convocação do Presidente do Senado, se reúne em janeiro e, em votação bicameral, aprova uma lei que aumenta a alíquota Imposto Territorial Rural com vigência para dali a trinta dias;

um grupo de parlamentares que representa a maioria simples tanto no Senado quanto na Câmara dos Deputados, com convocação do Presidente do Senado, se reúne em janeiro e, em votação bicameral, aprova uma lei que aumenta a alíquota Imposto Territorial Rural com vigência no exercício seguinte.

14 As situações propostas são baseadas nos exemplos de Ferrer Beltrán (2000, p. 139), mas adaptadas ao contexto constitucional brasileiro e ao Direito Tributário em particular.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

A única situação em que se produziu uma norma válida foi a (e). Todavia, nos outros casos, há vícios em diversos âmbitos. Na situação (a) sequer se pode cogitar de ver exercida a competência, pois o órgão a quem foi atribuída sequer está presente, posto que o Congresso Nacional somente poderia reunir-se em seu período de recesso por convocação do Presidente da República, da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal (art. 57, § 6º, II). Não há, então, sequer sujeito a exercer competência a si atribuída.

No caso (b), há sujeito, posto que o Congresso Nacional foi convocado nos termos constitucionais. Todavia, a votação unicameral viola a regra da bicameralidade prevista no art. 65 da Constituição. Há, pois, a inobservância a uma norma procedimental, o que inquina de invalidade a norma produzida.

Na hipótese (c), há sujeito competente (para editar leis em matéria tributária) e foram obedecidas as normas procedimentais próprias de uma lei ordinária. Contudo, foi estipulada a incidência de ITR sobre imóveis urbanos, situação em que o art. 153, inciso VI, delimita fora da competência da União, sendo que o art. 156, inciso I, delimita essa competência aos Municípios. Aqui, portanto, o que há é a violação de uma norma delimitadora do exercício da competência.

Perceba-se a diferença entre as situações (a) e (c). Na primeira, sequer se pode cogitar de que houve a aprovação de algum texto normativo, pois ele sequer foi produzido por um sujeito detentor de competência legislativa. Em nada difere a situação (a) de um texto legal fictício produzido por um grupo de estudantes. Já no exemplo (c), houve de fato a aprovação de uma lei, mas ela é inequivocamente inválida por extrapolar a limitação constitucional de competência tributária da União[15]. Pode-se cogitar, inclusive, da presunção de constitucionalidade da legislação decorrente da situação (c), que deverá ser elidida pelo procedimento próprio.

A situação (d), por sua vez, se configura em um sujeito competente, atuando conforme as normas procedimentais e dentro do escopo constitucionalmente delimitado para sua competência. Todavia, a cobrança imediata do tributo viola o princípio da anterioridade (art. 150, III, “b”, da Constituição). Este princípio não se configura como uma norma limitadora de competência em si, mas uma desconformidade da lei inferior em face da norma de caráter constitucional e, portanto, superior. Em outros termos, enquanto em (c) há uma inconstitucionalidade *formal* decorrente de ausência de competência, em (d) há uma inconstitucionalidade *material*, decorrente de inobservância da *lex superior.*

Nesse sentido, pode-se dizer que a observância às normas de competência (gênero) é uma condição *necessária*, mas não *suficiente* à verificação completa da validade de uma lei produzida no exercício da competência. Daí se afirmar que a validade decorrente do exercício de competência deve ser verificada *ceteris paribus* (Ferrer Beltrán, 2000, p. 142).

A diferença entre as normas de competência enquanto gênero das demais normas constitucionais que condicionam a legislação inferior se funda, primeiro, na ideia de enunciados de competência, que são os enunciados textuais que atribuem a alguém uma determinada competência (gênero) (Ferrer Beltrán, 2000, p. 158). Desses enunciados, o intérprete pode extrair normas de competência em qualquer de suas espécies. Os demais enunciados do texto constitucional que não exprimem competências veiculam normas das mais variadas, como direitos fundamentais dos cidadãos, por exemplo. Colocar sob a mesma aba todas essas diferentes espécies normativas implicaria evidente indeterminação e desestruturação interpretativa e argumentativa.

Assim, as normas de competência, abrangidas as normas de competência em sentido estrito, as normas procedimentais e as normas que delimitam o exercício da competência são aquelas veiculadas por enunciados de competência.

Como normas que são, quaisquer normas de competência podem ser objeto de interpretação evolutiva. Contudo, como já asseverado, as competências tributárias dos entes federados são repartidas pelas normas delimitadoras da com-

15 Neste momento, caberia uma análise a respeito da teoria da nulidade em face da eventual inexistência de norma. Entretanto, em razão da delimitação temática deste trabalho, o debate não será abordado.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

petência, pelo que elas serão em apartado analisadas para permitir a análise de sua interpretação evolutiva.

2.2 Caráter típico ou conceitual das normas que delimitam a competência

O debate acerca da configuração estrutural das normas de competência por intermédio de tipos ou conceitos tem relevância teórica por si só. Todavia, conforme se poderá observar, para se discutir a interpretação evolutiva e a construção do argumento histórico evolutivo, é de suma importância a questão.

Para Larenz (1980, p. 456), um tipo caracteriza um grupo de pessoas ou relações jurídicas por características habituais comuns a eles. Em geral, esse grupo resiste a uma caracterização por intermédio de conceitos. Justamente por isso, a caracterização de um grupo por tipos no mais das vezes não impõe uma definição imutável ou suficientemente precisa, pois esta necessitará ser completada por outros traços que resultem de um processo de dedução. A condição para que essa dedução seja correta é que abarque as características típicas eleitas na própria concepção do tipo (Larenz, 1980, p. 458).

Schoueri (1998, p. 109-111) descreve a doutrina do tipo no Direito Tributário a partir dos estudos sobre o sistema alemão de Klaus Vogel e Hannfrid Walter, bem como de Heinrich Kruse e Karl-Heinz Strache. Para os autores alemães, a distribuição constitucional de competências para instituição de impostos não obedeceu a um critério racional, tendo havido apenas a destinação de impostos a partir de seus nomes e de fatores históricos. Por isso, a estrutura da distribuição de competências no sistema alemão resiste à definição conceitual, sendo adequada sua descrição com base em tipos.

Schoueri entende que normas constitucionais delimitadoras de competência no sistema brasileiro, ao veicularem tipos, elegem determinadas características de cada imposto como relevantes. Essas características devem então ser levadas em conta pela lei complementar que *completa a definição do tributo*, obedecidas as características típicas eleitas pela Constituição.

É relevante notar, neste ponto, a possibilidade de construção de *séries de tipos* (Larenz, 1980, p. 460-461). Os tipos permitem a criação de *sistemas móveis*, na medida em que o legislador, ao regular determinadas situações, pode escolher características típicas específicas, ignorando outras, que nem por isso deixa de estar abrangidas no tipo. Entretanto, também é possível que determinadas características típicas sejam substituídas por outras com o tempo, desaparecendo completamente as primeiras para dar lugar às novas. Assim, são formadas séries de tipos afins, mas diferentes. Ao analisar as diferenças entre esses tipos e as semelhanças que os tornam próximos, pode-se chegar aos chamados *tipos mistos* ou *de transição*. Larenz (1980, p. 463) utiliza como exemplo a possibilidade de se aplicarem regras de Direito Societário a determinados contratos de prestação de serviços ou arrendamento, quando haja características típicas societárias na avença.

A noção das séries de tipos permite concluir que o tipo, diferentemente do conceito, pode evoluir no tempo, posto que algumas características típicas do tributo podem desaparecer e ser substituídas por outras (Schoueri, 1998, p. 110). Em virtude da variabilidade dos elementos típicos permitem que os tipos vão se substituindo no tempo, portanto, modificando o produto da interpretação da norma.

Fica evidente que a noção de tipo como vetor da competência tributária se coaduna perfeitamente com a possibilidade de interpretação evolutiva. Entretanto, a qualificação das normas que delimitam competências como tipos não é unânime.

Ávila entende que as normas que definem competências veiculam conceitos, não tipos (Ávila, 2018a). Um conceito é o significado de um termo ou de uma classe de termos sinônimos, levando em conta todas as características necessárias para sua configuração. A explicação dos limites dos conceitos se denomina *definição*. Difere o conceito do tipo na medida em que este é o conjunto de propriedades de um referente que ocorrem de forma habitual, não necessária.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

Para entender que a Constituição exprime conceitos, não tipos, o autor argumenta que a noção de tipo é incompatível com a estrutura das normas definidoras de competência. A própria noção de norma como um enunciado prescritivo rejeita a tese de que pode haver norma que meramente "descreva" como as coisas são. Uma regra de competência é o significado de um enunciado prescritivo com eficácia comportamental direta e indireta, qualificado como abstrato, heterônomo e coativo. Assim, os tipos não identificam com as regras de competência.

De outro lado, a noção de tipo é inconciliável com o processo de especificação da linguagem em geral e com o da Constituição em particular. A Constituição brasileira definiu os tributos por meio de definições intensionais e extensionais. O significado intensional é aquele que delimita as propriedades necessárias e suficientes que o termo conota, enquanto o extensional consiste nos referentes desse conceito.

Quando a Constituição utiliza um termo, ela ou o faz no sentido comumente empregado na linguagem ou estipula uma nova definição para ele. Daí a conclusão lógica necessária de que a Constituição, ao delimitar competências, delimita conceitos. Entender de forma contrária implicaria conceber que os termos usados pela Constituição não teriam significado prévio algum, e este seria atribuído livremente pelo intérprete. Noutros termos, isso seria uma abordagem cética radical do texto constitucional.

O entendimento a respeito da definição de competências por conceitos implica algumas dificuldades em admitir a interpretação evolutiva. A tese em questão demanda a incorporação de conceitos pré-constitucionais no texto da própria constituição e rejeita que eles possam ir se alterando progressivamente ao longo do tempo. Na verdade, Ávila (2018a, p. 67) é peremptório em afirmar:

> O significado do termo constitucional não pode se modificar automaticamente quando a definição estipulada pelo legislador infraconstitucional ao tempo da promulgação da Constituição, e por esta incorporada, é posteriormente alterada. Primeiro, porque essa compreensão levaria à descaracterização das regras de competência, pois faria com que elas deixassem de traduzir significados de enunciados prescritivos, com eficácia comportamental direta e indireta, qualificados como abstratos, heterônomos e coativos em sentido amplo, para passar a traduzir significados de enunciados descritivos, sem eficácia comportamental direta, qualificados como concretos, autônomos e não coativos. Segundo, porque aceitar que um conceito constitucional, produto da incorporação de um conceito infraconstitucional, possa ser automaticamente transformado pela mudança do conceito infraconstitucional por lei ordinária, implicaria aceitar que a Constituição pudesse ser alterada por uma lei ordinária, o que é expressamente proibido.

A despeito das ponderações de Ávila a respeito da necessária *estabilidade* dos conceitos constitucionais, entendemos que não é possível, à luz das premissas de interpretação adotadas neste trabalho, rejeitar de forma peremptória a possibilidade de interpretação evolutiva nesses casos.

Primeiro, porque a interpretação evolutiva decorre da própria indeterminação e vagueza da linguagem. Conforme já aduzido neste trabalho, essas propriedades da linguagem permitem uma multiplicidade de interpretações possíveis, sendo que em diversos casos haverá uma atividade por parte do intérprete de atribuição ou criação de sentidos. É o que já se demonstrou ser a adoção da *teoria cética moderada* da interpretação.

O que Ávila critica, ao rejeitar a intepretação por tipos, é uma abordagem *cética radical*, pela qual pode ser atribuído *qualquer* significado às palavras. Podem sim ser atribuídos significados diversos aos enunciados prescritivos, mas esses significados devem ser atribuídos por intermédio de um processo argumentativo estruturado. Um dos argumentos possíveis, como já exposto, é o argumento histórico evolutivo, decorrente das inevitáveis alterações de fatores que influenciam a interpretação, em especial as convenções sociais sobre a linguagem.

Ressalte-se que no tópico 1.2 deste trabalho avaliou-se que o significado literal das palavras e a finalidade da norma são limitadores da interpretação evolutiva, pelo que se rejeita, assim como Ávila, a teoria cética radical da intepretação, ainda que para justificar a interpretação evolutiva.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

Dessa forma, pode-se dizer que interpretar por uma abordagem estática da interpretação é optar ao mesmo tempo por uma abordagem meramente cognitiva dela, de que há apenas um significado correto para qualquer enunciado. É certo que há graus diversos de vagueza e indeterminação dos conceitos. Por isso, a interpretação evolutiva de conceitos mais precisos, por óbvio, demandará uma carga argumentativa maior que os conceitos mais vagos. Constatando-se a rigidez do sistema tributário brasileiro, é de se convir que há no caso presente um ônus argumentativo elevado.

Em segundo lugar, é preciso considerar que a alteração da situação normativa de que permeia um conceito não implica, em qualquer caso, violação do caráter normativo das normas constitucionais. Isso porque a alteração da situação normativa não decorre unicamente da alteração da legislação ordinária, em especial da tributária.

Como exposto no tópico 1.2, a alteração da situação normativa que enseja uma interpretação evolutiva pode se dar quando: (i) as relações de fato e os costumes levados em conta pelo legislador histórico tinha em vista quando projetou sua regulação se modificaram de tal forma que é necessário um "ajuste" para que a norma se adapte ao novo contexto; (ii) há mudanças substanciais no ordenamento jurídico em si, como é o caso da superveniência de um novo regime constitucional.

A primeira hipótese implica a alteração de contextos de linguagem e de concepções sociais em si. É, em verdade, uma situação similar à que Jellinek identificava como uma *mutação constitucional*, ou seja, a modificação de significados por atos *não intencionais e conscientes*, sem que haja alteração formal do texto. Quando isso ocorre, não se pode dizer que é o legislador ordinário que está de forma consciente desobedecendo à Constituição, mas sim que os fundamentos do legislador histórico – que foram acolhidos pela Constituição – não mais se encontram presentes. Desse modo, os *argumentos* que justificaram a interpretação pretérita – ou o conceito pretérito – não mais se encontram presentes.

Veja-se, por exemplo, o entendimento da Suprema Corte norte-americana sobre a possibilidade de tributação de vendas interestaduais pela internet. O artigo I, seção 9, parágrafo 5, da Constituição norte-americana previa que "nenhum tributo ou tarifa será imposto sobre artigos exportados por qualquer Estado". No caso *Quill Corp. v. North Dakota* (1992), a Suprema Corte entendeu que Estados americanos não podem tributar vendas à distância, porque o aludido artigo I da Constituição veda a tributação de exportações de um Estado a outro *(Dormant Commerce Clause*). Somente seria possível a tributação se o vendedor tiver um estabelecimento no Estado tributante.

Posteriormente, no caso *South Dakona v. Wayfair Inc.* (2018), a Corte considerou que o poder da internet modificou substancialmente a dinâmica da economia nacional. Por óbvio, no momento da elaboração da Constituição, não existia internet, de modo que os argumentos que justificaram a decisão *Quill Corp. v. North Dakota* não mais eram sustentáveis em função das convenções e práticas sociais da época. Não há como negar que a expressão "artigos exportados por qualquer Estado" veiculava um conceito bastante preciso do que visava o legislador histórico. Contudo, a finalidade social deste conceito perdeu o objeto, o que fez surgir argumentos novos por uma também nova interpretação decorrente da alteração da situação normativa.

A segunda hipótese de alteração da situação normativa – modificações substanciais no próprio ordenamento jurídico – também justifica a interpretação evolutiva de conceitos. A preocupação de Ávila é justificável na hipótese de alteração do contexto normativo na seara *estritamente tributária*, ou seja, quando conceitos da legislação tributária são alterados para fins também tributários. É o caso, por exemplo, do conceito de "faturamento" para fins de incidência da Cofins. Ao definir "faturamento" como "a totalidade das receitas auferidas", a Medida Provisória nº 1.724/1998, ampliou a base de cálculo da Cofins em desacordo com o conceito constitucional de faturamento já definido pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Declaratória de Constitucionalidade no 1.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

Situação completamente diversa ocorreria se o próprio conceito de faturamento tivesse sido alterado no contexto social e na prática contábil. Se isso tivesse ocorrido, inclusive no âmbito da legislação *comercial*, não *tributária*, não se poderia acusar o legislador ordinário de tentar perverter um conceito tributário constitucional, pois isso nem seria intencional nem decorreria de uma ação consciente do órgão detentor da competência.

Poder-se-ia visualizar essa alteração de situação normativa de modo mais claro se, por exemplo, o legislador alterasse o conceito de "prestação de serviço" na legislação *civil*, para abranger atividades que não impliquem apenas "obrigações de fazer". Se isso ocorresse, o seria em virtude de alterações na prática social, acolhidas expressamente pelo legislador ordinário. Qual sentido faria, então, defender a existência de um conceito constitucional estático específico de "serviço" em contraposição a um conceito social e civil da mesma noção?

Não se está aqui a dizer que a alteração do Código Civil ensejaria a alteração da Constituição. Contudo, os mesmos fatores sociais que teriam ensejado a modificação *do texto* do Código Civil justificam a modificação *do significado* da Constituição.

Veja-se que no Recurso Extraordinário no 651.703, que discutiu a incidência de ISS sobre planos de saúde, o Supremo Tribunal Federal não evidenciou uma alteração de situação normativa, mas apenas deu uma nova interpretação ao conceito constitucional de serviço. Como visto, ocorreu uma mudança jurisprudencial, não uma interpretação evolutiva.

Por essas razões, defende-se que é sim possível a interpretação evolutiva de conceitos. Todavia, a carga argumentativa para se evidenciar a evolução dos conceitos é superior àquela exigida para demonstração da evolução de tipos.

Isso porque, conforme já exposto, os tipos comportam sua organização em *séries de tipos*, na medida em que características típicas são substituídas. Assim, um tipo se transforma em outro, ocorrendo isso inclusive pela adoção de tipos mistos e intermediários. O argumento histórico evolutivo sobre os tipos, portanto, demanda a reconstrução da série de tipos que demonstre a adoção de uma ou outra característica típica ao longo do tempo. Pode-se dizer, como uma analogia, que a evolução dos tipos é como a análise de *frames* de um *filme*: eles passam de um a outro de forma contínua, com transições suaves, que devem ser demonstradas progressivamente pelo intérprete.

Já no caso dos conceitos, é preciso demonstrar uma quebra de significado em virtude da alteração da situação normativa. Como os conceitos demandam a coexistência necessária das características relevantes que os definem, é preciso que o intérprete demonstre qual dessas características foi alterada no tempo e como o foi. Além disso, é necessário apresentar uma nova definição que evidencie a relação entre a nova característica conceitual e as demais que definem o conceito em si. É preciso levar em conta os argumentos que levaram à intepretação pretérita e se eles permanecem com a mesma força e validade de outrora.

Ao contrário da fluidez da série de tipos, portanto, a eventual modificação de um conceito pelo tempo é abrupta, de modo que, por analogia, pensa-se na comparação de duas *fotografias*, uma no contexto normativo passado, outra no contexto normativo presente.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

CONCLUSÕES

Este trabalho envolveu dois objetivos: discutir a possibilidade de uma interpretação evolutiva das normas de competência tributária e estruturar os argumentos necessários a verificar a ocorrência dessa espécie interpretativa.

Para tanto, fez-se inicialmente um apanhado sobre os debates clássicos a respeito da mutabilidade de significados dos enunciados constitucionais, notadamente o originalismo e a mutação constitucional. Observou-se que essas abordagens envolviam em muito preocupações com a legitimidade política da atividade de controle de constitucionalidade (ou *judicial review*). Esses debates, então, não tratavam necessariamente de questões a respeito do que é interpretar um enunciado e quais os processos que levam ao resultado da interpretação.

Firmou-se que a interpretação do Direito demanda atividades não apenas de cognição, mas também de atribuição de sentido, e que essa atividade é influenciada pela estrutura, o contexto linguístico e as relações de sentido entre enunciados do sistema em um dado momento, os significados da lei podem ser alterados sem modificação formal do texto em virtude de mutações históricas não antecipadas pelo legislador. Adotou-se, portanto, uma abordagem *dinâmica* da interpretação, o que autoriza concluir pela possibilidade de interpretação evolutiva.

A interpretação evolutiva ocorre quando se verifica uma alteração na situação normativa dos textos legais. Essa alteração decorre da modificação das relações de fato e dos costumes levados em conta pelo legislador histórico quando projetou sua regulação, de modo a se modificaram substancialmente as circunstâncias de aplicação da norma. Pode decorrer também de mudanças substanciais no ordenamento jurídico, como a recepção de um ordenamento pré-constitucional por uma nova lei fundamental.

Essas modificações alteram circunstâncias que influem na intepretação, levando à obsolescência de argumentos que justificaram a cognição, atribuição ou criação de significados dos textos legais. Daí a necessidade de se estruturar um argumento histórico evolutivo que chegue a uma nova interpretação consentânea com a realidade de aplicação da norma e que preserve sua finalidade.

Definiu-se a estrutura das normas de competência enquanto gênero, tendo como espécies as normas que atribuem competência, as normas procedimentais a respeito do exercício da competência e as normas que delimitam o exercício competência. Enquanto a atribuição de competência genérica é comum a praticamente todos os sistemas jurídicos, a maior ou menor delimitação dessas competências vai variar em função da *plasticidade* desse sistema. Em sistemas rígidos, pois, haverá normas delimitadoras mais restritas.

Como as competências tributárias dos entes federados são repartidas pelas normas delimitadoras da competência, estas foram analisadas em apartado. A questão fundamental foi expor como pode haver a interpretação evolutiva nessa espécie normativa caso considerada que ela maneja tipos ou conceitos para definir os critérios materiais dos tributos em âmbito constitucional.

Caso as normas delimitadoras de competência tributária sejam viabilizadas mediante tipos, a interpretação evolutiva se dará pela análise da ocorrência de séries de tipos. As séries de tipos implicam a inclusão e exclusão de propriedades típicas ao longo do tempo, gerando tipos mistos ou intermediários e tipos inteiramente novos. A ideia da série de tipos é consentânea com uma interpretação evolutiva como *frames* em um filme: há uma transição gradual, que deve ser demonstrada pelo intérprete ao construir o argumento histórico evolutivo.

Mais complexa é a análise da interpretação evolutiva em conceitos. Os conceitos têm propriedades não habituais, mas necessárias, e caráter mais certo e estável que os tipos. A doutrina, inclusive, tende a rejeitar a possibilidade de modificação de conceitos no tempo por ato do legislador ordinário, pois isso malfere o próprio caráter coativo das normas delimitadoras de competência que, em última instância, são normas de conduta.

CC BY NC ND

REVISTA DO DIREITO PÚBLICO, Londrina, v. 20, n. 2, p. 115-133, ago. 2025. DOI: 10.5433/1980-511X.2025.v20.n2.49508.

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

A rejeição da interpretação evolutiva de conceitos, contudo, não pode ocorrer sem que se chegue a uma noção de que somente são admissíveis interpretações cognitivas dessa espécie normativa. Isso porque se é possível a *escolha* e mesmo *criação* de significados, não se pode pregar um significado único e imutável para um enunciado. Noutros termos, a abordagem estática da interpretação é incompatível com a teoria cética moderada, a qual foi adotada por este trabalho.

O que é relevante é que a interpretação evolutiva ainda encontra limites nas próprias convenções de linguagem, bem como na finalidade do texto interpretado. A interpretação evolutiva deve observar esses dois limites ao ser efetivada. É preciso que se estruture o argumento histórico evolutivo de modo a evidenciar quais características do conceito foram alteradas e porque o foram deixando claro quais os efeitos dessa mudança na definição do conceito, que explicita seu novo significado em detrimento do antigo.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. **Reason and authority**: a treatise on the dynamic paradigm of legal dogmatics. Aldershot: Ashgate: Dartmouth, 1997.

ATALIBA, Geraldo. **Sistema constitucional tributário**. São Paulo: RT, 1968.

ÁVILA, Humberto Bergmann. "Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo". **Revista Direito Tributário Atual**, São Paulo, v. 29, p. 181-204, 2013.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Competências tributárias**: um ensaio sobre a sua compatibilidade com as noções de tipo e conceito. São Paulo: Malheiros, 2018a.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Sistema constitucional tributário**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria da segurança jurídica**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2018b.

BELTRÁN DE FELIPE, Miguel. **Originalismo e interpretación**: Dworkin vs. Bork, una polémica constitucional. Madri: Civitas, 1989.

BORK, Robert Heron. "O que pretendiam os fundadores?" **Revista de Direito Público**, Brasília, n. 93, p. 6-9, mar. 1990.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão da ADI-MC 1945. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Redator: Min. Gilmar Mendes. LexMl, Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 14 mar. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 330817. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Tributário. Imunidade objetiva constante do art. 150, VI, d, da CF/88. Teleologia multifacetada [...]. Recorrente: Estado do Rio de Janeiro. Recorrido : Elfez Edição Comercio e Serviços Ltda. Relator: Dias Toffoli, 31 de agosto de 2017.

BREST, Paul. "The misconceived quest for the original understanding". **Boston University Law Review**, Boston, v. 60, p. 204-238, Jan. 1980.

BRITO, Miguel Nogueira de. "Originalismo e interpretação constitucional". *In*: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2010.

FERRER BELTRÁN, Jordi. **Las normas de competencia.** Madrid: Centro de Estudios Politicos e Constitucionales, 2000.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**: a interpretação/aplicação do direito e dos princípios. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

GUASTINI, Riccardo. **Il giudice e la legge:** lezioni di diritto constituzionale. Torino: Giappichelli, 1995.

GUASTINI, Riccardo. **Interpretare e argomentare**. Milão: Dott A Giuffré Editore, 2011.

JELLINEK, Georg. **Reforma y mutación de la Constitución**. Traducción de Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

LARENZ, Karl. **Metodología de la ciencia del derecho**. 2. ed. Tradução de Marcelino Rodríguez Molinero. Barcelona: Editorial Ariel, 1980.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

LYONS, David. "Basic rights and constitutional interpretation". **Social Theory and Practice**, Charlottesville, v. 16, n. 3, p. 337-357, 1990. DOI: https://doi.org/10.5840/soctheorpract199016317.

MENDES, Gilmar. "O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional". **Revista de Informação Legislativa do Senado**, Brasília, a. 41, n. 162, p. 149-168, abr./jun. 2004.

SCHOUERI, Luis Eduardo. "Discriminação de Competências e Competência Residual". *In*: SCHOUERI, Luis Eduardo; ZILVETE, Fernando Aurelio (coord.). **Direito Tributário**: Estudos em Homenagem a Brandão Machado. São Paulo: Dialética, 1998, p. 82-115.

SPAAK, Torben. "The concept of legal competence". *In*: SPAAK, Torben. IVR **Encyclopaedia of Jurisprudence, Legal Theory and Philosophy of Law,** Stockholm, 13 May 2005. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=923531. Acesso em: 10 jul. 2024.

CC BY NC ND

DOI: 10.5433/1980-511X.2025.V20.N1.49527

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

O MAGISTRADO DO TRABALHO E O PAPEL DAS ESCOLAS JUDICIAIS COMO INDUTORAS DA BOA GOVERNANÇA

THE ROLE OF LABOR JUDGES AND FEDERAL JUDICIAL INSTITUTIONS IN PROMOTING GOOD GOVERNANCE THE ROLE OF LABOR JUDGES AND FEDERAL JUDICIAL INSTITUTIONS IN PROMOTING GOOD GOVERNANCE

Ediandro Martins

Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso - UFMT. Especialista em Direito do Estado (UNIDERP). Juiz do Trabalho Titular de Vara do Trabalho (TRT-23). Atuou como Vice-Diretor da Escola Judicial do TRT-23 no biênio de 2022/2023. E-mail: ediandro@gmail.com.

Silvia Regina Siqueira Loureiro

Professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT), de graduação e dos programas de Mestrado em Direito e Mestrado PROFNIT/Ponto Focal Cuiabá, MT. Doutorado pela Universidade de León/Espanha e Mestrado pela Universidade Presbiteriana Mackenzie/SP. E-mail: sirelou@gmail.com.

Como citar: MARTINS, Ediandro; LOUREIRO, Silvia Regina Siqueira. O magistrado do trabalho e o papel das escolas judiciais como indutoras da boa governança. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 20, n. 2, p. 134-150, ago. 2025. DOI: 10.5433/1980-511X.2025.v20.n2.49527. ISSN: 1980-511X.

Recebido em: 07/12/2023

Aceito em: 08/08/2025

Resumo: A formação na área do Direito é requisito constitucional para o exercício do cargo de juiz do trabalho, inexistindo, entretanto, verificação quanto ao conhecimento técnico dos juízes na área administrativa, embora estes sejam responsáveis pela gestão de varas do trabalho, quando assumem o cargo de juiz titular, ou mesmo como juízes substitutos quando no exercício da titularidade. Essa ausência de formação teórica em administração pode levar à ineficiência na gestão da unidade judicial, trazendo consequências estruturais ao Tribunal Regional e, conseguinte, à estrutura da Justiça do Trabalho, desaguando em reflexos à sociedade, que, na estrutura da governança, é colocada como "Principal" da relação. Dessa forma, é necessário compreender os mecanismos de governança aplicados à administração pública, notadamente ao Poder Judiciário Trabalhista, compreendendo o juiz do trabalho como um "Agente" desta estrutura. Estas premissas visam ao reconhecimento de que o juiz do trabalho atua não apenas como órgão julgador, mas também como gestor da unidade judicial, responsável pela entrega de resultados à sociedade. Assim, as Escolas Judiciais possuem importante papel na difusão da cultura da boa governança, por meio da necessária qualificação dos magistrados nesta temática. Neste estudo, valemo-nos de pesquisas bibliográficas e metodologia qualitativa, pelo método dedutivo, a fim de chegar a uma conclusão.

Palavras-chave: governança pública; governança judicial; escola judicial; justiça do Trabalho.

Abstract: Legal education is a constitutional requirement for holding the position of labor judge. However, there is no verification regarding the technical knowledge of judges in the administrative field, even though they are responsible for managing labor courts when they assume the position of presiding judge, or even as substitute judges when exercising such responsibility. This lack of theoretical training in administration may lead to inefficiency in the management of the judicial unit, bringing structural consequences to the Regional Court and, consequently, to the structure of Labor Justice as a whole, ultimately affecting society, which, within the governance structure, is positioned as the 'Principal' in this relationship. Therefore, it is necessary to understand the governance mechanisms applied to public administration, particularly within the Labor Judiciary, considering the labor judge as an 'Agent' of this structure. These premises aim to recognize that the labor judge acts not only as a judicial authority but also as the manager of the judicial unit, responsible for delivering results to society. In this sense, Judicial Schools play an important role in disseminating the culture of good governance, through the necessary qualification of magistrates in this field. In this study, bibliographic research and qualitative methodology, based on the deductive method, were employed in order to reach a conclusion.

Keywords: Public Governance; Judicial Governance; Federal Judicial Center; Labor Justice.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

INTRODUÇÃO

O presente artigo investiga a questão central sobre em que medida a ausência de formação específica na área administrativa, especialmente em governança administrativa, compromete a atuação do magistrado do trabalho como gestor da unidade judicial, e qual o papel das Escolas Judiciais na superação desse déficit formativo. Essa indagação parte da constatação de que, embora a formação jurídica seja um requisito constitucional para o exercício da magistratura trabalhista, inexiste, por outro lado, exigência de conhecimento técnico em gestão pública e governança, ainda que esses profissionais sejam responsáveis pela administração das varas do trabalho.

Em um contexto em que se exige do Poder Judiciário maior eficiência, celeridade e *accountability*, a lacuna formativa dos magistrados na área administrativa representa um fator de risco para a boa governança judicial. Nesse cenário, torna-se imperioso compreender os mecanismos de governança pública e seus reflexos no desempenho da Justiça do Trabalho, situando o juiz como um agente fundamental dessa engrenagem.

A partir dessa delimitação, este estudo propõe-se a examinar, primeiramente, os conceitos e funções da governança pública aplicados ao Poder Judiciário, com destaque para a atuação do juiz do trabalho como gestor, mitigando os riscos de agência na relação com a sociedade. Em seguida, analisa-se a atuação das Escolas Judiciais, especialmente da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (ENAMAT) e das Escolas Regionais, como instâncias promotoras da cultura da boa governança, por meio da formação inicial e continuada dos magistrados.

A investigação adota a metodologia qualitativa, com base em pesquisa bibliográfica e método dedutivo, de modo a construir um raciocínio lógico a partir de premissas gerais sobre a governança pública até a sua aplicação no âmbito da Justiça do Trabalho.

1 A GOVERNANÇA JUDICIAL APLICADA AO PODER JUDICIÁRIO

1.1 A relevância da governança no Poder Judiciário

Com o advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, houve a inclusão no texto constitucional brasileiro de dispositivos voltados à entrega da prestação jurisdicional em tempo razoável, com os meios que garantam a celeridade da tramitação processual. A fim de atingir tal desiderato, o constituinte reformador, a par de outras disposições, criou o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), dotando-o de competência para o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário[1]. Este Conselho vem conduzindo, ao longo de mais de quinze anos, o processo de evolução da administração judiciária brasileira (Didier Junior; Fernandez, 2023).

Ainda no ano de 2004, os Poderes da República brasileira firmaram o "Pacto de Estado em favor de um judiciário mais rápido e republicano" (Brasil, 2004), voltado ao aprimoramento da gestão do sistema judicial brasileiro. Pouco tempo depois, no ano de 2009, o CNJ implementou o primeiro planejamento estratégico do sistema judiciário brasileiro, com objetivos e metas a serem cumpridos por todos os tribunais do Brasil[2].

Asperti assevera que é constituído um discurso político que coloca a insegurança jurídica ao lado da *morosidade da justiça* como um obstáculo aos investimentos que podem levar ao crescimento do país (Asperti, 2017).

A partir de então, o Conselho Nacional de Justiça, volta-se – dentre outras atribuições – ao aprimoramento da gestão administrativa do Poder Judiciário

1 A Constitucionalidade da atuação do Conselho Nacional de Justiça restou confirmada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 3.367, sendo reconhecida a condição de órgão de "aprimoramento do autogoverno do Judiciário". Na apreciação de medida cautelar, na ADC n. 12, o STF admitiu o exercício de competência normativa pelo CNJ.

2 O Conselho Nacional de Justiça publicou a Resolução n. 70/2009, que dispõe sobre o planejamento e a gestão estratégica no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências (CNJ, 2009a).

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

nacional, editando, no ano de 2020, a Resolução n. 325, a qual dispõe sobre a Estratégia Nacional do Poder Judiciário para o período de 2021-2026 (CNJ, 2020). Segundo tal normativo, o Conselho Nacional de Justiça é a instância máxima de governança interna do Poder Judiciário, competindo à Presidência do órgão, com apoio da Comissão Permanente de Gestão Estratégica, Estatística e Orçamento, coordenar as atividades de planejamento e gestão estratégica do Poder Judiciário.

Partindo-se dessas premissas iniciais, denota-se que a atuação do Judiciário brasileiro deve preocupar-se com a qualidade da gestão administrativa, a qual é meio para o atingimento de uma prestação jurisdicional célere e satisfativa. Em outras palavras, dar efetividade ao princípio da razoável duração do processo deve ser o norte de atuação deste Poder da República, em perfeito cumprimento do mandamento constitucional.

No plano da governança corporativa, tem-se que os estudos avançam no sentido de se aplicar tais institutos à administração pública em todas as esferas de poder[3]. Nesse sentido, há a necessidade de se compreender este modelo horizontal entre poder público e agentes privados no processo de elaboração de políticas públicas (Secchi, 2009).

Considerando a função precípua de julgar, a formação na área do direito é um requisito constitucional para o exercício do cargo de juiz do trabalho, inexistindo, por outro lado, verificação quanto ao conhecimento técnico dos magistrados na área de administração, conforme se depreende da Resolução n. 75/2009, do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre os concursos públicos para ingresso na carreira da magistratura em todos os ramos do Poder Judiciário nacional (CNJ, 2009b). Nada obstante, é importante registrar que os juízes do trabalho são responsáveis não apenas por julgarem os casos que lhes são submetidos à análise, à luz do art. 114 da Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988), mas, igualmente, por presidir as varas do trabalho, conforme previsto no art. 659, I, da CLT[4] (Brasil, 1943), o que inclui a própria gestão administrativa da unidade.

Essa ausência de formação teórica na área administrativa, notadamente os conhecimentos sobre governança judicial, pode levar à ineficiência na gestão da vara do trabalho, trazendo consequências estruturais ao Tribunal Regional do Trabalho a que vinculado o juiz e, por conseguinte, à própria estrutura da Justiça do Trabalho, desaguando em reflexos negativos à sociedade, que na estrutura da governança é colocada como “Principal” da relação.

Nesse sentido, em importante pesquisa realizada, Stumpf conclui que a morosidade da prestação jurisdicional decorre essencialmente de fatores internos do Poder Judiciário, apontando-se especialmente a má-gestão da unidade jurisdicional, especialmente no primeiro grau de jurisdição (Stumpf, 2008).

Dessa forma, torna-se necessário compreender os mecanismos de governança aplicados à administração pública, especialmente ao Poder Judiciário trabalhista, compreendendo o juiz do trabalho como um agente desta estrutura.

1.2 Conceito de Governança aplicada ao Poder Público

Para o entendimento acerca do instituto da governança, é necessário buscar conhecimento interdisciplinar, para além das doutrinas clássicas das matérias de direito. Akutsu e Guimarães apontam que “o conceito de governança é multifacetado e plural, envolve distintas dimensões e está alinhado com práticas de gestão e de controle de organizações, tanto públicas quanto privadas” (Akutsu; Guimarães, 2015). O que diferencia as conceituações é o ponto de partida do observador (Kissler; Heidemann, 2006).

Andrade e Rossetti explicam que há um conjunto de diversidades que cerca as questões relacionadas à governança, o que, somando-se ao desenvolvimento ainda recente da governança corporativa, leva à grande diversidade de concei-

3 Cf. Acórdão do plenário do Tribunal de Contas da União - TC 025.068/2013-0, que versa sobre governança e gestão das aquisições na Administração Pública Federal. Data da Sessão: 21/10/2015; e acórdão do Plenário do Tribunal de Contas da União - TC 008.127/2016-6, que versa sobre Governança de TI na Administração Pública Federal. Data da sessão: 4/4/2018

4 Com o advento da Emenda Constitucional n. 24/1999, houve a extinção da representação classista na Justiça do Trabalho, passando as atividades de competência dos “Presidentes das Juntas” à responsabilidade dos Juízes do Trabalho aprovados por meio de concurso público de provas e títulos.

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

tos que se encontram na literatura técnica desta área. Os autores expõem que, vinculando a conceituação com os processos e objetivos da alta gestão, pode-se agrupar o conceito em quatro grupos, podendo a governança ser observada como: a) guardiã de direitos das partes com interesses em jogo nas empresas; b) sistema de relações pela qual as sociedades são dirigidas e monitoradas; c) estrutura de poder que se observa no interior das corporações; d) sistema normativo que rege as relações internas e externas das companhias (Andrade; Rossetti, 2016).

Analisando-se a governança corporativa como *guardiã de direitos das partes com interesses em jogo*, esta é reconhecida como um sistema por meio do qual as corporações são dirigidas e controladas. Por meio da estrutura de governança, há a distribuição de direitos e responsabilidades dentre os participantes da corporação, seja o conselho de administração, os diretores, os *stakeholders*, além da definição de regras e procedimentos para a tomada de decisões. A par disso, a governança corporativa delineia as bases por meio das quais os objetivos empresariais são traçados, definindo-se a forma de alcançá-los, bem como os correspondentes instrumentos de monitoramento (OECD, 1999).

No mesmo diapasão, Akutsu e Guimarães afirmam que a governança é "ferramenta analítica para compreensão dos fatores que organizam a interação dos atores, a dinâmica dos processos e as regras do jogo" (Akutsu; Guimarães, 2012, p. 185).

Sob a ótica da *governança como sistema de relações*, vislumbra-se a governança corporativa como o sistema pelo qual as sociedades são dirigidas e monitoradas, analisando-se a relação entre acionistas e cotistas, conselho de administração, auditorias independentes, conselho fiscal. Em tal sentido, a governança tem por finalidade o aumento do valor da sociedade, a facilitação do acesso ao capital, além de contribuir para sua perenidade (IBGC, 2003).

Observando-se a *governança como estrutura de poder*, Hitt, Ireland e Hoskisson referem que a governança corporativa consiste em um conjunto de instrumentos voltados à administração das relações entre os diversos interessados na organização, bem como à definição e supervisão de sua direção estratégica e de seu desempenho. Em sua essência, busca garantir que as decisões estratégicas sejam tomadas com eficácia. Pode ser compreendida, ainda, como um mecanismo adotado pelas empresas para organizar a relação entre os proprietários e os gestores de alto escalão, cujos interesses podem ser divergentes. Assim, a governança corporativa expressa e sustenta os valores da instituição (Hitt; Ireland; Hoskisson, 2008).[5]

Por fim, analisando-se a *governança como sistema normativo*, governança corporativa é "um campo de investigação focado em como monitorar as corporações, através de mecanismos normativos, definidos em estatutos legais, termos contratuais e estruturas organizacionais que conduzem ao gerenciamento eficaz das organizações [...]" (Mathiesen, 2002 *apud* Andrade; Rossetti, 2016, p. 140).

A partir de tais pontos de vista, Andrade e Rossetti apresentam a seguinte síntese conceitual de governança corporativa (Andrade; Rossetti, 2016, p. 141):

> Partindo-se de uma concepção que define sua abrangência, a governança corporativa é um conjunto de princípios, propósitos, processos e práticas que rege o sistema de poder e os mecanismos de gestão das empresas, abrangendo: propósitos dos proprietários; sistema de relações proprietários-conselho-direção; maximização do retorno total dos proprietários, minimizando oportunismos conflitantes com este fim; sistema de controle e de fiscalização das ações dos gestores; sistema de informações relevantes e de prestação de contas às partes interessadas nos resultados corporativos; sistema guardião dos ativos tangíveis e intangíveis das companhias.

5 No original: "Corporate governance is the set of mechanisms used to manage the relationship among stakeholders and to determine and control the strategic direction and performance of organizations. At its core, corporate governance is concerned with identifying ways to ensure that strategic decisions are made effectively. Governance can also be thought of as a means corporations use to establish order between parties (the firm's owners and its top-level managers) whose interests may conflict. Thus, corporate governance reflects and enforces the company's values". Em livre tradução: Governança corporativa é o conjunto de mecanismos utilizados para gerenciar as relações entre as partes interessadas (stakeholders) e para determinar e controlar a direção estratégica e o desempenho das organizações. Em sua essência, a governança corporativa preocupa-se em identificar formas de assegurar que as decisões estratégicas sejam tomadas de maneira eficaz. Pode-se também compreendê-la como um meio utilizado pelas corporações para estabelecer ordem entre as partes — os proprietários da empresa e seus gestores de alto nível — cujos interesses podem ser conflitantes. Dessa forma, a governança corporativa reflete e reforça os valores da empresa.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

Como é de se denotar, a depender do enfoque que se busca, o conceito de governança pode atingir escopos diversos, o que não impede, no entanto, que seja traçada uma linha de convergência de entendimento.

Nesse sentido, a governança corporativa pode ser entendida como um sistema formado por princípios, regras, estruturas e processos pelos quais as organizações são dirigidas e monitoradas, focando-se na geração de valor sustentável para a organização, seus sócios e a sociedade em geral. Esse sistema visa regular os interesses em conflito, balizando a atuação dos agentes de governança e demais indivíduos (IBGC, 2023).

Em linhas gerais, ao se falar em governança, a ideia central refere-se à existência de práticas sistematicamente organizadas, que são embasadas em princípios e propósitos, voltados a regular a relação entre proprietários, órgãos diretivos, conselhos, acionistas e demais *stakeholders*, mitigando-se as situações de conflito e buscando a maximização do retorno com o menor potencial de oportunismo dos gestores.

Partindo-se desses conhecimentos da área privada, as organizações públicas vêm, aos poucos, aplicando o sistema de governança em suas instâncias internas, voltando ao maior atingimento de suas finalidades, com o devido gerenciamento de conflitos de interesses internos.

Há de se ter em mente que a existência do Estado volta-se à satisfação do bem comum, devendo as estruturas públicas existirem somente em decorrência da necessidade dos seus serviços ou das políticas públicas que implementa (Brasil, 2020). Nas palavras de Rousseau, a finalidade da instituição do Estado é o bem comum, "porque, se a oposição dos interesses particulares tornou necessário o estabelecimento das sociedades, foi o acordo desses mesmos interesses que o possibilitou" (Rousseau, 1991, p. 43).

Tem-se, assim, o conceito de cidadania administrativa, que no âmbito do Poder Judiciário pode ser entendida como a necessidade de reorganização das estruturas internas, visando à concretização de direitos. Reconhece-se, nesta linha, a presteza jurisdicional como um atributo da boa governança (Calhao, 2010).

Segundo o Tribunal de Contas da União (Brasil, 2020), governança pública organizacional compreende essencialmente os mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a atuação da gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade.

Altounian, Nardes e Vieira esclarecem que a governança pública pode ser entendida como a capacidade que os governos têm de avaliar, direcionar e monitorar a gestão das políticas e serviços públicos para atender de forma efetiva as necessidades e demandas da população (Altounian; Nardes; Vieira, 2018).

No âmbito do Poder Executivo, no ano de 2017, editou-se o Decreto n. 9.203, o qual dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

Para efeitos do aludido normativo, considera-se governança pública o "conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade" (Brasil, 2017).

Conforme consta do decreto, são princípios da governança pública: capacidade de resposta; integridade; confiabilidade; melhoria regulatória; prestação de contas e responsabilidade e transparência.

No âmbito do Poder Judiciário, as questões relativas à governança são tratadas pela Resolução 325/2020, do CNJ, a qual dispõe sobre a Estratégia Nacional do Poder Judiciário para o período de 2021-2026 e pela Portaria CNJ n. 59/2019, que regulamenta a Rede de Governança Colaborativa do Poder Judiciário (CNJ, 2019).

A governança colaborativa volta-se para o desempenho e para o resultado, com participação das partes interessadas, ao passo que a qualidade em conjunto

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

com a capacidade institucional contribui para a formação do produto final (Negri; Rodrigues, 2018).

Conforme prevê a Resolução n. 325/2020, do CNJ, é competência da presidência do Conselho, com o apoio da Comissão Permanente de Gestão Estratégica, Estatística e Orçamento, coordenar as atividades de planejamento e gestão estratégica do Poder Judiciário (CNJ, 2020).

Ainda segundo aludida resolução, todos os órgãos do Poder Judiciário, vinculam-se às diretrizes traçadas pelo Conselho Nacional de Justiça, o qual, como instância máxima de governança interna possui a competência para traçar metas nacionais, diretrizes estratégicas, política judiciária nacional, às quais os órgãos devem seguir, alinhando os seus respectivos planos estratégicos.

A Portaria n. 59/2019 do CNJ regulamenta a Rede de Governança Colaborativa do Poder Judiciário visando trazer a participação democrática dos órgãos do Poder Judiciário na construção da estratégia nacional. Esta rede de colaboração é composta por representantes de todo o judiciário nacional.

No âmbito da Justiça do Trabalho, o comitê gestor é coordenado pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT) e por um Tribunal Regional eleito entre os coordenadores dos subcomitês. Nessa linha, o CSJT editou a Resolução n. 325/2022 (Brasil, 2022), instituindo a Política de Governança dos colegiados temáticos da Justiça do Trabalho de primeiro e segundo graus e do Conselho Superior da Justiça do Trabalho. Conforme esta regulamentação, considera-se governança os mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a atuação da gestão, a fim de garantir a prestação dos serviços demandados pela sociedade e reduzir o conflito de interesses e a assimetria de informações entre as partes interessadas.

Nessa linha, governança judicial é o "conjunto de políticas, processos, costumes, atitudes, ações, comportamentos e decisões necessários ao exercício da Justiça" (Akutsu; Guimarães, 2015, p. 942). Para os autores, "governança judicial se fundamenta em instituições, isto é, em regras, em normas, em padrões de conduta socialmente construídos e legitimados, e manifesta-se em práticas, ações e comportamentos dos distintos atores do Poder Judiciário" (Akutsu; Guimarães, 2015, p. 942).

Pode-se dizer, assim que a governança judicial vincula-se aos "princípios e regras constitucionais, leis, normas gerais, recursos, capacidades, práticas e métodos de gestão utilizados para o planejamento, acompanhamento e controle das atividades encarregadas da prestação de serviços judiciais" (Negri; Rodrigues, 2018).

1.3 Funções da governança

A partir da conceituação de governança pública, pôde-se notar que esta se refere aos mecanismos postos para *avaliar, direcionar e monitorar* a atuação da gestão, buscando-se o cumprimento da missão das instituições públicas, com a redução do conflito de interesses, diante da assimetria de informações entre as partes interessadas.

Assim, a tríade das funções da governança é desenhada pelos três verbos-chave, que espelham as suas atividades básicas: *avaliar, direcionar e monitorar.*

De proêmio, importa deixar assente que essas três funções não são estanques, isoladas ou independentes. Ao revés, essas funções são dinâmicas e de retroalimentação, ou seja, uma serve de auxílio à outra (Altounian; Nardes; Vieira, 2018).

Para o Tribunal de Contas da União (Brasil, 2020, p. 17-19), essas três funções básicas podem ser assim sintetizadas:

> a) avaliar, com fundamento em evidências, o ambiente, os cenários, as alternativas, o desempenho e os resultados atuais e os almejados. É necessário avaliar para poder direcionar;
>
> b) direcionar, priorizar e orientar a preparação, a articulação e a coordenação de políticas e de planos, alinhando as funções organizacionais às necessidades das partes interessadas (usuários dos serviços, cidadãos e sociedade em geral) e assegurando o alcance dos objetivos estabelecidos. O direcionamento dá os critérios para o monitoramento.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

> c) monitorar os resultados, o desempenho e o cumprimento de políticas e planos, confrontando-os com as metas estabelecidas e as expectativas das partes interessadas. O monitoramento gera insumos para a avaliação.

De suma importância deixar claro que a *governança não se confunde com a gestão.* Aquela volta-se exatamente a avaliar, direcionar e monitorar os atos de gestão. No campo da hierarquia, pode-se desenhar a governança acima da gestão, controlando seus atos.

Para que não restem dúvidas, as atividades básicas de *gestão* são (Brasil, 2020, p. 19):

> a) Planejar - dada a direção, as prioridades e os objetivos, quais são os passos para chegar lá?
>
> b) Executar - colocar o plano para funcionar e gerar resultados de políticas e serviços; e
>
> c) Controlar - como estão os indicadores de eficácia e de eficiência? Como lidar adequadamente com os riscos de não cumprir as metas?

Na linha do aqui exposto, notadamente diferenciando-se a governança da gestão, o Tribunal de Contas da União (Brasil, 2014, p. 31) assevera que, a partir do trinômio da *governança* (avaliar, direcionar e monitorar), esta possui as seguintes funções:

> a) definir o direcionamento estratégico;
>
> b) supervisionar a gestão;
>
> c) envolver as partes interessadas;
>
> d) gerenciar riscos estratégicos;
>
> e) gerenciar conflitos internos;
>
> f) auditar e avaliar o sistema de gestão e controle; e
>
> g) promover a *accountability* (prestação de contas e responsabilidade) e a transparência.

Por outro lado, são funções da *gestão* (Brasil, 2014, p. 31)*:*

> a) implementar programas;
>
> b) garantir a conformidade com as regulamentações;
>
> c) revisar e reportar o progresso de ações;
>
> d) garantir a eficiência administrativa;
>
> e) manter a comunicação com as partes interessadas; e
>
> f) avaliar o desempenho e aprender.

Chaves adota uma diretriz sistêmica de governança, afirmando que esta não se volta estritamente à visão interna, da gestão judiciária, “mas, da própria projeção da garantia institucional de autogoverno do Poder Judiciário, que implica estabelecer também olhares e relações externas aos domínios dos tribunais” (Chaves, 2014, p. 31). No mesmo sentido, afirma Pachá que a “função de autogoverno é, a meu ver, a que mais bem define o que se espera de um Poder Judiciário num mundo em permanente mudança e que exige da sua funcionalidade e estrutura um funcionamento objetivo, claro e comprometido com as transformações” (Pachá, 2012, p. 18).

Portanto, sob a ótica da boa governança, incumbe à alta administração dos órgãos públicos *avaliarem* o ambiente, os cenários, os resultados presentes e almejados, *direcionando* a atuação da gestão, com vistas ao atingimento das metas traçadas, com o devido *monitoramento* das ações.

No que se refere ao presente estudo, os juízes do trabalho, dentro do escopo de prestarem um bom serviço público, são igualmente responsáveis pela boa governança da unidade judicial em que atuam, primando para que haja uma boa gestão do local. Partindo-se de evidências, deve o magistrado *avaliar* os cenários, as possibilidades administrativas viáveis e que trarão ganhos de eficiência e efetividade da atuação; a partir desta avaliação *direciona* a atuação dos serventuários que lhes são vinculados, primando pela otimização dos resultados, sem descuidar do contínuo *monitoramento* das ações, para que estas estejam sempre alinhadas com o planejamento estratégico do Poder Judiciário.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

1.4 Mecanismos de governança

Conforme previsto no Decreto n. 9.203/2017, são mecanismos para o exercício da governança pública: *liderança*, *estratégia* e *controle*.

De acordo com aludida norma, a *liderança* compreende conjunto de práticas de natureza humana ou comportamental exercida nos principais cargos das organizações, para assegurar a existência das condições mínimas para o exercício da boa governança, quais sejam: integridade, competência, responsabilidade, motivação; *estratégia* compreende a definição de diretrizes, objetivos, planos e ações, além de critérios de priorização e alinhamento entre organizações e partes interessadas, para que os serviços e produtos de responsabilidade da organização alcancem o resultado pretendido; e *controle* compreende processos estruturados para mitigar os possíveis riscos com vistas ao alcance dos objetivos institucionais e para garantir a execução ordenada, ética, econômica, eficiente e eficaz das atividades da organização, com preservação da legalidade e da economicidade no dispêndio de recursos públicos.

O Tribunal de Contas da União, ao dispor sobre as práticas de governança, aduz a existência dos correspondentes mecanismos, sintetizando a ideia da seguinte maneira: quanto ao mecanismo da *liderança*, correspondem às práticas de estabelecer o modelo de governança, promover a integridade e promover a capacidade de liderança; no tocante ao mecanismo de *estratégia*, tem-se as práticas de gerir riscos, estabelecer a estratégia, promover a gestão estratégica, monitorar o alcance dos resultados organizacionais, monitorar o desempenho das funções de gestão; por fim, no que se refere ao *controle*, aponta as seguintes práticas: promover a transparência, garantir a *accountability*, avaliar a satisfação das partes interessadas e avaliar a efetividade da auditoria interna (Brasil, 2020).

Esses mecanismos de governança são interligados, sendo a alta administração do órgão responsável pelo cumprimento da estratégia e dos objetivos fixados, os quais devem ser verificados no controle, inclusive com sua responsabilização em caso de falhas.

1.5 O Magistrado como um agente de governança: mitigando o conflito de agência

Em casos de pequenas empreitas, ou atividades unipessoais, aquele que executa as atividades é o mesmo que planeja e traça as diretrizes de seu próprio trabalho, não se vislumbrando que possa haver um conflito entre aquilo que se deseja e aquilo que se executa. Situação diversa começa a surgir quando a atividade a ser executada exige a presença de terceiros, aumentando-se exponencialmente os conflitos de acordo com a complexidade dos trabalhos.

No âmbito empresarial, a revolução industrial é tida como o marco da produção em escala e, consequentemente, a possibilidade de acumulação de capital. O poder da terra passou a ceder espaço ao poder do capital (Andrade; Rossetti, 2016). Já no século XIX, impulsionando este crescente mercado, o sistema de sociedades anônimas ganhou corpo, surgindo inúmeros sócios que não participavam efetivamente da gestão dos negócios.

Em tempos atuais, com o desenvolvimento do mercado de capitais, grandes corporações negociam seus papéis societários no mercado de ações, elaboram-se planos e processos sucessórios em grandes empresas familiares, contratam-se executivos para a direção das empresas, catalisando-se os conflitos de interesse.

Jensen e Meckling são tidos como os precursores do estudo da Teoria da Agência, em artigo publicado no Journal of Financial Economics. De acordo com as luzes lançadas pelos autores sobre o tema, a relação entre as partes seria uma espécie de contrato em que uma ou mais pessoas (principal) contrata um terceiro (agente) para executar em seu nome algum serviço em que necessite a delegação de algum poder (Jensen; Meckling, 1976).

A separação entre propriedade e gestão emerge na medida em que os detentores do capital investido cada vez mais se afastam das atividades de gestão, as quais são delegadas aos executivos, gerentes e demais empregados. No exercício

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

da atividade diária, é comum que os administradores detenham mais dados acerca dos trabalhos do que os proprietários, deflagrando-se a assimetria da informação.

Nessas situações, pode ocorrer de os interesses dos administradores serem colidentes com os dos proprietários. Por exemplo, de um lado, o proprietário pode almejar a perenidade do negócio, com a fidelização de clientes, enquanto que, de outro, o administrador pode buscar a maximização dos lucros, a fim de atingir alguma bonificação, pouco se importando com a longevidade do empreendimento.

Este conflito de interesses, é conhecido como conflito de agência. Principal (proprietário) e agente (aquele que executa as atividades) almejam, via de regra, objetivos diversos, surgindo o problema geral que se preocupa a governança corporativa, de ampliar a probabilidade de os administradores efetivamente realizarem os objetivos estabelecidos pelas partes interessadas, reduzindo os conflitos (Brasil, 2020).

Este conflito de agência, embora concebido na esfera privada, não lhe é exclusivo, estando vívido igualmente no setor público. Conforme alhures mencionado, a razão de ser do Estado é a consecução do bem-comum e, para tanto, devem agir os agentes públicos. Nada obstante, é comum de se ver órgãos públicos e seus servidores agindo, muitas vezes, como órgãos meramente burocráticos e com pouca eficiência[6].

Conforme estatui o texto constitucional (Brasil, 1988, art. 1º) "todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição", reconhecendo-se que a sociedade detém o papel de "principal", a quem delega o exercício das funções públicas aos servidores (*lato sensu*), considerados "agentes" desta relação.

Sistematizando as estruturas de governança, o Tribunal de Contas da União (Brasil, 2020) elenca as estruturas internas e externas de governança, além das instâncias de apoio à governança. Acerca das estruturas internas de governança, tem-se que estas são "responsáveis por garantir que a estratégia e as políticas formuladas atendam ao interesse público servindo de elo entre principal e agente", exemplificando os agentes como representantes eleitos, conselhos, autoridade máxima do órgão, dirigentes, superiores, gerentes.

No âmbito do Poder Judiciário Trabalhista, os juízes do trabalho possuem a incumbência constitucional de julgar os casos envolvendo relações de trabalho que lhes são submetidos à apreciação, nos termos do art. 114, da Constituição Republicana de 1988 (Brasil, 1988). Todavia, mais que julgar, em tempos atuais, o magistrado deve preocupar-se com a qualidade da jurisdição.

Periu e Araújo são enfáticos aos concluírem que o juiz "não é livre para administrar os serviços que presta como bem entender, pois está vinculado à eficácia objetiva dos direitos humanos fundamentais" (Perius; Araújo, 2017), devendo "promover a duração ótima do processo com racionalidade e absoluta transparência em todas as suas etapas" (Perius; Araújo, 2017).

Assim, é que nos mostra adequado vislumbrar o juiz do trabalho como um *Agente de Governança*, nesta complexa engrenagem, de ubiquamente analisar e julgar os casos que lhes são submetidos, zelando pela adequada entrega da prestação jurisdicional, com observância das normas administrativas emanadas pelas instâncias de governança, como Conselho Nacional de Justiça, Conselho Superior da Justiça do Trabalho, Tribunal Pleno ou Órgão Especial do Tribunal a que vinculado.

6 Nesse sentido, a criação do Ministério da Desburocratização, que existiu de 1979 a 1986. Em tempos atuais, a "Secretaria Especial Desburocratização, Gestão e Governo Digital", vinculada ao Ministério da Economia

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

2 AS ESCOLAS JUDICIAIS NA FORMAÇÃO DOS MAGISTRADOS

2.1 O Programa de Formação Inicial e Continuada de Magistrados – Análise dos eixos de estudo sob a perspectiva administrativa

Nada obstante os avanços dos estudos acerca da governança aplicada ao Poder Público, considerando-se que a função típica do Poder Judiciário volta-se à prestação da jurisdição, verifica-se que no concurso público de provas e títulos para o provimento ao cargo de juiz do trabalho substituto ainda não se exige conhecimentos em referida área, mas, sobretudo, em questões atinentes ao Direito.

Para Sadek, a seleção via concurso público somada à mentalidade construída nas faculdades de Direito tradicionais são catalisadoras do "corporativismo *interna corporis*", dificultando as inovações, enquanto que a necessidade de qualificação do "juiz-gestor", para atuar na organização da unidade judicial exige aperfeiçoamento (Sadek, 2004).

As escolas judiciais são responsáveis por oferecer aos magistrados a formação necessária para bem julgar. Superando-se a clássica educação de exposições unilaterais, a Escola atua como facilitadora de acesso ao conhecimento, e não apenas como transmissora deste (Piragibe, 2016).

Importante alerta é feito por Gonçalves, no sentido de que os atuais cursos jurídicos brasileiros não são capazes de criar uma formação que propicie aos bacharéis conhecimentos, habilidades e atitudes que os preparem para o exercício de funções judicantes, "muito menos as funções atípicas de administração das unidades jurisdicionais" (Gonçalves, 2015).

A Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (ENAMAT), por meio da Resolução ENAMAT n. 28/2022, revisou o conteúdo programático do Curso de Formação Inicial e Continuada de Juízes do Trabalho. Conforme aludido normativo, o período de formação inicial desenvolve-se durante todo o período de vitaliciamento dos magistrados[7], sendo composto pelos módulos nacional e regional, tendo como objetivo "integrar os conhecimentos adquiridos na formação acadêmica na área jurídica com as competências profissionais necessárias para o exercício da magistratura" (ENAMAT, 2022, art. 5º).

O curso deve abranger, no mínimo, as seguintes áreas: Deontologia Profissional Aplicada, Técnica de Decisão Judicial, Sistema Judiciário, Linguagem Jurídica, Administração Judiciária, Técnica de Juízo Conciliatório, Psicologia Judiciária Aplicada, Relacionamento com a Sociedade e a Mídia, Uso adequado das Redes Sociais, Temas Contemporâneos de Direito, Efetividade da Execução Trabalhista, Laboratório Judicial (ENAMAT, 2022, art. 10).

A partir da ampla gama de conhecimentos, não há dúvida de que se busca a *formação sistêmica* do novo agente público, almejando-se efetivar uma adequada entrega da atividade jurisdicional, verificando-se a existência de temas ligados à área jurídica, linguagem, comportamento, administração, psicologia, sociologia.

No que tange ao escopo deste estudo, interessa-nos analisar os módulos de "Sistema Judiciário" e "Administração Judiciária". Com efeito, no primeiro bloco, tem-se a "análise dos aspectos fundamentais da inserção orgânica, institucional e sistêmica da juíza e do juiz do trabalho no Poder Judiciário" (ENAMAT, 2020, art. 10, III) e, no segundo, "estudo dos aspectos gerenciais da atividade judiciária (gestão de pessoas, de materiais e de processos de trabalho)" (ENAMAT, 2020, art. 10, V).

De acordo com o Anexo 7 da resolução, o entendimento dessas matérias encontra-se dentro do eixo de "Alteridade", subeixo "Relacionamento Institucional", do qual se almeja o desenvolvimento da competência de "praticar relacionamento institucional colaborativo com a Presidência, Ouvidoria, Corregedoria, Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho, Conselhos e Colegiados temáticos, além de outros setores institucionais", com inúmeras "Descrições e Dimensões", dentre as quais se destacam:

7 Conforme art. 95, I, da Constituição Federal de 1988, a garantia da vitaliciedade só será adquirida, para os juízes de primeiro grau, após dois anos de exercício (Brasil, 1988).

REVISTA DO DIREITO PÚBLICO, Londrina, v. 20, n. 2, p. 134-150, ago. 2025. DOI: 10.5433/1980-511X.2025.v20.n2.49527.

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

> Compreender os papéis institucionais, princípios, valores, atividades, atribuições e estratégias nacionais e internacionais;
>
> Identificar os papéis funcionais dos órgãos de atuação, dentro da estrutura judiciária, consideradas suas funções, atribuições e hierarquia, bem como os canais de diálogo e colaboração entre os órgãos;
>
> Praticar a jurisdição com observância dos desafios, objetivos e valores do Poder Judiciário na complexa sociedade contemporânea;
>
> Agir com comprometimento e senso de pertencimento à instituição, manifestados na colaboração e cooperação com as diversas unidades institucionais e na atuação de forma sistêmica, dialogal e integrativa em relação às competências;
>
> Compreender o planejamento estratégico dos Órgãos de Administração dos Tribunais e contribuir para o aperfeiçoamento e o funcionamento desses Órgãos;
>
> Compreender o funcionamento dos Conselhos e dos Órgãos de Administração dos Tribunais, inclusive no que diz respeito aos Colegiados Temáticos que contam com integrantes da magistratura trabalhista;
>
> Compreender políticas públicas e judiciárias, bem como o processo de elaboração do planejamento estratégico dos tribunais (ENAMAT, 2020, p. 37-38).

Denota-se, pois, que há grande preocupação institucional em se formar profissional que atenda aos anseios da sociedade, tanto no aspecto jurídico quanto no aspecto organizacional.

2.2 As escolas da magistratura do trabalho como indutoras da boa governança

As primeiras Escolas de Formação de Magistrados surgiram no Pós-Segunda Guerra Mundial, no Japão e na França, havendo acentuado a importância dessas instituições após a realização do Primeiro Congresso Internacional de Magistrados, no ano de 1958, na cidade de Roma (Brasil, 2008). A criação da "École Nationale de Magistrature", na França, influenciou a criação de novas Escolas na Europa.

No Brasil, na década de 1970, os Estados de Minas Gerais e Rio Grande do Sul foram os pioneiros a implementar as Escolas da Magistratura, havendo referência expressa no texto constitucional acerca dessas instituições apenas em 1977, com o advento da Emenda Constitucional n. 07/1977 (Brasil, 2008).

No âmbito da Justiça do Trabalho, a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (ENAMAT) foi instituída por meio da Resolução Administrativa nº 1.140 do Tribunal Pleno do Tribunal Superior do Trabalho, de 1º de junho de 2006, em observância da Emenda Constitucional n. 45/2004.

A ENAMAT promove cursos de formação inicial e continuada, cursos de formação de formadores, eventos de pesquisa e estudo, além da coordenação das atividades de formação promovidas pelas escolas regionais.

No que se refere à andragogia do ensino e especialmente a formação de magistrados que, via de regra, iniciam na carreira com ampla formação teórica, o processo de aprendizado mostra-se ainda mais complexo, com estilos, características e práticas distintas. Segundo o Superior Tribunal de Justiça (Brasil, 2008), essas peculiaridades decorrem, de um lado, do modelo formativo dos cursos de graduação em Direito, os quais utilizam, ainda, a metodologia original da Universidade de Coimbra e, de outro, os critérios de recrutamento e seleção dos novos juízes.

Acerca da metodologia de ensino dos cursos jurídicos nacionais, Melo Filho ressalta a necessidade de se dar uma nova "fisionomia calcada em densidade teórica, crítica e técnica, com objetivo de fugir do jargão que tem caracterizado a maioria das escolas de Direito, tidas como centros reprodutores de conhecimento codificados" (Melo Filho, 1997).

Aponta o estudo realizado pelo Superior Tribunal de Justiça (Brasil, 2008) que "[o] juiz, como aluno, tem a característica de ser rigorosamente autônomo, limitado às necessidades individuais e voltado à solução de seus problemas mais prementes. São excepcionalmente motivados na busca de competência de seu dia-a-dia profissional".

A ENAMAT pressupõe que esta autossuficiência técnica do magistrado recém-ingresso, a dispensar uma formação específica está superada, porquanto os juízes são

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

sujeitos de aprendizado especializado constante ao longo da carreira e, notadamente, em seu início, uma vez que, embora dominem os conhecimentos jurídico-dogmáticos básicos, "devem desenvolver as competências próprias para o exercício da judicatura laboral, identificadas nos seus processos de trabalho característicos" além de necessitarem de conhecimentos interdisciplinares (Brasil, 2022).

No mesmo sentido, a ENAMAT aponta para importante preocupação de que o exercício da jurisdição não mais volta-se à perspectiva exclusiva da instituição, mas, especialmente, na perspectiva do cidadão tomador do serviço da Justiça, devendo a centralidade da resolução estar na pacificação do conflito, e não apenas no processo, o qual é um mero instrumento (Brasil, 2022).

Para Martin, tanto o juiz individualmente considerado quanto o Judiciário como instituição possuem responsabilidade (*accountability*), tendo a educação judicial importante papel de capacitar os juízes para servirem de maneiras que aprimorem a qualidade da administração da justiça (Martin, 2011).

É necessário, nesse norte, buscar o desenvolvimento das "qualidades, capacidades e competências como sistemas complexos de compreensão e ação, que incluam, ao mesmo tempo e com a mesma relevância, conhecimentos, habilidades, emoções, atitudes e valores" (Pérez-Gomes, 2015, p. 72).

Nessa ordem de ideias, pode-se afirmar, seguramente, que o papel das Escolas Judiciais da Magistratura do Trabalho, tanto a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (ENAMAT) quanto as Escolas Judiciais Regionais são muito mais do que centros de formação e atualização de saberes jurídicos. Ao revés, parte-se da premissa de que estes conhecimentos são basilares da atuação jurisdicional e, muitas vezes, buscados por *sponte propria* pelo magistrado ao longo de sua carreira.

O papel das Escolas Judiciais deve voltar-se para a formação sistêmica dos magistrados, em saberes multidisciplinares, como economia, ética, psicologia, administração, além do próprio direito.

No que toca especificamente ao tema ora em debate, conforme adrede amplamente exposto, a Governança Judicial volta-se a avaliar, direcionar e monitorar as ações de gestão, com os mecanismos de liderança, estratégia e controle, mitigando-se os conflitos de agência entre o "Principal" e o "Agente". O magistrado, tido como agente desta engrenagem, atua por delegação do principal, na importante missão de pacificar o conflito, em especial, porque, em regra, veda-se a autotutela. Vale dizer, o Estado moderno trouxe para si a exclusividade do poder de julgar as lides, substituindo o uso da força pelo direito, incumbindo aos juízes o papel de decidir o conflito.

Dentro da dinâmica da governança judicial, deve, pois, o magistrado prestar a jurisdição de forma célere e satisfativa, observando-se não apenas as leis, mas, igualmente, as emanações administrativas das instâncias superiores, como o cumprimento das metas judiciais e a observância dos planos estratégicos.

Entrementes, o que se vislumbra, muitas vezes, é que os juízes buscam a formação e o aperfeiçoamento técnico, olvidando-se de que, mais que órgãos julgadores, são - igualmente - administradores da jurisdição local. O juiz do trabalho, como responsável pela unidade judicial, presta contas à sociedade de seu trabalho ("accountability").

As Escolas Judiciais, nesse contexto, devem preocupar-se com a formação dos magistrados nesta importante área do conhecimento, criando-se a cultura da governança judicial no Poder Judiciário trabalhista. A par disso, a própria metodologia de ensino deve preocupar-se com a formação prática, com a utilização de formas ativas de ensino.

Portanto, por meio das Escolas Judiciais é que se atingirá o objetivo de os próprios magistrados se verem como verdadeiros agentes de governança.

CC BY NC ND

REVISTA DO DIREITO PÚBLICO, Londrina, v. 20, n. 2, p. 134-150, ago. 2025. DOI: 10.5433/1980-511X.2025.v20.n2.49527.

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

CONCLUSÃO

A partir da metodologia dedutiva e de uma revisão crítica da literatura, este estudo demonstrou que o juiz do trabalho, além de exercer a função típica de julgar, ocupa posição estratégica como agente de governança no âmbito da Justiça do Trabalho. A ausência de formação específica na área de gestão administrativa — notadamente nos princípios, mecanismos e funções da governança pública — compromete a eficácia da atuação judicial enquanto serviço público essencial, refletindo negativamente na celeridade, na qualidade da jurisdição e na confiança da sociedade no Poder Judiciário.

Identificou-se que, apesar de a governança pública ser reconhecida como pilar da boa administração, ainda há um descompasso entre as exigências contemporâneas da função judicante e o modelo de formação tradicional, centrado, via de regra, no domínio técnico-jurídico. Nesse cenário, as Escolas Judiciais, especialmente a ENAMAT e suas congêneres regionais, desempenham papel crucial ao promoverem a capacitação dos magistrados em competências interdisciplinares.

Conclui-se, portanto, que fortalecer a formação dos juízes do trabalho em temas ligados à governança judicial é medida necessária para a concretização de uma Justiça mais eficiente, transparente e comprometida com os princípios constitucionais. Nessa ordem de ideias, cabe às Escolas Judiciais consolidarem-se como vetores dessa transformação, disseminando a cultura da boa governança e contribuindo para que o magistrado se reconheça não apenas como intérprete da norma, mas também como gestor público responsável pela entrega de resultados à sociedade.

CC BY NC ND

REVISTA DO DIREITO PÚBLICO, Londrina, v. 20, n. 2, p. 134-150, ago. 2025. DOI: 10.5433/1980-511X.2025.v20.n2.49527.

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

REFERÊNCIAS

AKUTSU, Luiz; GUIMARÃES, Tomás de Aquino. Dimensões da governança judicial e sua aplicação ao sistema judicial brasileiro. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 183-202, jan./jun. 2012. Disponível em: https://www.scielo.br/j/rdgv/a/T8NnXhBMmTqRqkB5dhLtdhb/?format=pdf&lang=pt. Acesso em: 6 out. 2023.

AKUTSU, Luiz; GUIMARÃES, Tomás de Aquino. Governança judicial: proposta de modelo teórico-metodológico. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 49, n. 4, p. 937-958, jul./ago. 2015. Disponível em: https://www.scielo.br/j/rap/a/rPJFNtfDFcKVNtVBpCK5zvL/?format=pdf&lang=pt. Acesso em: 6 out. 2023.

ALTOUNIAN, Cláudio Sarian; NARDES, João Augusto Ribeiro; VIEIRA, Luis Afonso Gomes. **Governança pública:** o desafio do Brasil. 3. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2018. Disponível em: https://www.forumconhecimento.com.br/livro/L1310/E1754/9334. Acesso em: 19 out. 2023.

ANDRADE, Adriana de; ROSSETI, José Paschoal. **Governança corporativa***:* fundamentos, desenvolvimento e tendências. 7. ed. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. Litigiosidade repetitiva e a padronização decisória: entre o acesso à justiça e a eficiência do judiciário. **Revista de Processo,** São Paulo, v. 263, p. 233-355, jan. 2017. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4132495/mod_resource/content/1/Maria%20Cecilia%20Asperti%20-%20Litigiosidade%20Repetitiva%20e%20Padronizacao%20Decisoria.pdf. Acesso em: 7 dez. 2023.

BRASIL. Conselho Superior da Justiça do Trabalho. **Resolução CSJT n. 325, de 11 de fevereiro de 2022**. Institui a Política de Governança dos Colegiados Temáticos da Justiça do Trabalho de primeiro e segundo graus e do Conselho Superior da Justiça do Trabalho – CSJT. Brasília: CSJT, 2022. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/197201/2022_res0325_csjt_rep01.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 3 dez. 2023.

BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1943 Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm. Acesso em: 3 dez. 2023;

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: 3 dez. 2023.

BRASIL. **Decreto n. 9.203, de 22 de novembro de 2017**. Dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Brasília, DF: Presidência da República, 2017. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9203.htm. Acesso em: 4 dez. 2023;

BRASIL. Câmara dos Deputados. Pacto republicano n. 1, de 15 de dezembro de 2004. **Diário Oficial da União:** seção 1, Brasília, n. 241, p. 8, 16 dez. 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Bibliografia básica para o ensino e pesquisa nas escolas de magistratura**. Brasília, DF: ENFAM. 2008. Disponível em: https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/SubEnfam/article/view/3279/3221. Acesso em: 3 dez. 2023

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Referencial básico de governança aplicável a órgãos e entidades da administração pública**: 2ª versão. Brasília: TCU: Secretaria de Planejamento, Governança e Gestão, 2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Referencial básico de governança aplicável a organizações públicas e outros entes jurisdicionados ao TCU:** Tribunal de Contas da União. 3. ed. Brasília: TCU: Secretaria de Controle Externo da Administração do Estado, 2020.

CALHAO, Antônio Ernani Pedroso. **Justiça célere e eficiente**: uma questão de governança judicial. São Paulo: LTr, 2010.

CHAVES, Luciano Athayde. O juiz e a governança do poder judiciário: do modelo burocrático ao democrático. **Revista da EJUSE**, Aracaju, n. 20, p. 25-54, 2014. Disponível em: http://www.diario.tjse.jus.br/revistaesmese/revistas/20.pdf. Acesso em: 3 dez. 2023.

CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução no 325, de 29 de junho de 2020**. Dispõe sobre a Estratégia Nacional do Poder Judiciário 2021-2026 e dá outras providências. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/original18234320200630efb832f79875.pdf. Acesso em: 3 dez. 2023.

CNJ - CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Portaria n. 59/2019**. Regulamenta o funcionamento e estabelece procedimentos sobre a Rede de Governança Colaborativa do Poder Judiciário. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2887. Acesso em: 3 dez. 2023.

CNJ - CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução n. 325/2020**. Dispõe sobre a Estratégia Nacional do Poder Judiciário 2021-2026 e dá outras providências. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/original18234320200630efb832f79875.pdf. Acesso em: 12 out. 2023.

CNJ - CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução n. 70/2009**. Dispõe sobre o Planejamento e a Gestão Estratégica no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília: CNJ, 2009a. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_70_18032009_25032019142233.pdf. Acesso em: 13 out. 2023.

CNJ - CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução n. 75/2009**. Dispõe sobre os concursos públicos para ingresso na carreira da magistratura em todos os ramos do Poder Judiciário nacional. Brasília: CNJ, 2009b. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/100. Acesso em: 13 out. 2023.

DIDIER JUNIOR, Fredie; FERNANDEZ, Leandro. *O Conselho Nacional de Justiça e o direito processual*: administração judiciária, boas práticas e competência normativa. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Juspodivm, 2023.

ENAMAT - ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS DO TRABALHO. **Resolução ENAMAT n. 28, de 28 de setembro de** 2022. Revisa, atualiza, sistematiza e consolida Resoluções da ENAMAT. Brasília: ENAMAT, 2022. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/207173/2022_res0028_enamat_rep07.pdf?sequence=21&isAllowed=y. Acesso em: 4 dez. 2023;

GONÇALVES, Flávio José Moreira. Políticas públicas para a formação e avaliação de magistrados: a contribuição da educação judicial através das escolas de magistratura. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, n. 3, p. 289-315, 2015. Disponível em: https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/3778/pdf_1. Acesso em: 30 nov. 2023.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

HITT, Michael A.; IRELAND, R. Duane; HOSKISSON, Robert E. **Strategic management, concepts & cases, competitiveness and globalization**. 8th ed. Mason: South-Western Cengage Learning, 2008.

IBGC - INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. **Código de melhores práticas de governança corporativa.** 6. ed. São Paulo: IBGC, 2023.

IBGC - INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. **Governança corporativa**. 6. ed. São Paulo: IBGC, 2003.

JENSEN, Michael C.; MECKLING, William F. Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure. **Journal of Financial Economics**, Lausanne, v. 3, n. 4, p. 305-360, 1976. Disponível em: https://www.sfu.ca/~wainwrig/Econ400/jensen-meckling.pdf. Acesso em: 5 dez. 2023.

KISSLER, Leo; HEIDEMANN, Francisco G. Governança pública: novo modelo regulatório para as relações entre Estado, mercado e sociedade. **Revista de Administração Pública,** Rio de Janeiro, v. 40, n. 3, p. 479-499, maio/jun. 2006. Disponível em: https://www.scielo.br/j/rap/a/rwrQDBzcvb7qVLGgdBvdWDH/?lang=pt. Acesso em: 7 dez. 2023.

MARTIN, Wayne. **Future directions in judicial education**. New Zealand: Supreme and Federal Court Judges' Conference, 2011. Disponível em: https://www.supremecourt.wa.gov.au/_files/Future_Directions_in_Judicial_Education_January_2011_NZ.pdf. Acesso em: 3 dez. 2023

MATHIESEN. *Management ownership and financial performance*. 2002. Dissertation (PhD) - Copenhagen Business School, Copenhagen, 2002.

MELO FILHO, Álvaro. Ensino Jurídico e a Nova LDB. *In*: ENSINO Jurídico OAB: ensino Jurídico - 170 anos de cursos jurídicos no Brasil. Brasília: Conselho Federal da OAB, 1997. p. 103-122.

NEGRI, Sandra; RODRIGUES, Leonel Cezar. Reforma Constitucional: Sistema Judiciário Brasileiro e a Inserção da Governança Colaborativa. **Revista Internacional Consinter de Direito,** Porto, v. 4, n. 6, p. 277-291, 2018. Disponível em: https://revistaconsinter.com/index.php/ojs/article/view/282/545. Acesso em: 3 dez. 2023.

OECD - ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *OECD Principles of corporate governance.* Paris: OECD, 1999.

PACHÁ, Andréa Maciel. A necessidade de adequar a formação dos magistrados como agentes de aplicação das normas jurídicas, no mundo em permanente mudança. *In*: Curso de direito constitucional – normatividade jurídica. [Rio de Janeiro: EMERJ], 2012. (Série Aperfeiçoamento de Magistrados 11). Disponível em: https://emerj.tjrj.jus.br/files/pages/publicacoes/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/11/normatividadejuridica_11.pdf. Acesso em: 3 dez. 2023.

PÉREZ-GÓMEZ, Ángel I. **Educação na era digital**: a escola educativa. Traduzido por Marisa Guedes. Porto Alegre: Penso, 2015.

PERIUS, Oneide; ARAUJO, Rodrigo. E-PROC - Rumo à governança judiciária. **Revista Vertentes do Direito**, Palmas, v. 4, n. 2, p. 168–190, 2017. DOI: https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2017v4n2.p168-190.

PIRAGIBE, Marcelo. Equilíbrio entre influência e independência na formação judiciária. **Revista Amagis Jurídica**, Belo Horizonte, v. 2, n. 13, p. 143-154, 2016. Disponível em: https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2017/02/ArtigoMarceloPiragibe.pdf. Acesso em: 5 dez. 2023.

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. 5. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

SADEK, Maria Tereza A. Poder judiciário: perspectivas de reforma. **Opinião Pública,** Campinas, v. 10, n. 1, p. 1-62, maio 2004.

SECCHI, Leonardo. Modelos organizacionais e reformas da administração pública. **Revista de Administração Pública,** Rio de Janeiro, v. 43, n. 2, p. 347-369, mar./abr. 2009. Disponível em: https://www.scielo.br/j/rap/a/ptr6WM63xtBVpfvK9SxJ4DM/?format=pdf&lang=pt. Acesso em: 7 dez. 2023.

STUMPF, Juliano C. **Poder Judiciário**: morosidade e inovação. 2008. Dissertação (Mestrado Profissionalizante em Poder Judiciário) - Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2759. Acesso em: 3 dez. 2023.

CC BY NC ND

DOI: 10.5433/1980-511X.2025.V20.N1.50856

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

O CONTROLE LEGISLATIVO DE CONVENCIONALIDADE NO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO (2010-2020)

LEGISLATIVE CONTROL OF CONVENTIONALITY IN THE CITY OF SÃO PAULO (2010 - 2020)

Danilo Garnica Simini

Doutor em Ciências Humanas e Sociais (UFABC). Doutorando em Direito Internacional (USP). Mestre em Direito (UNESP). Bacharel em Direito (PUC-CAMPINAS). Docente na Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP) e no Centro Universitário Barão de Mauá (CUBM). Pesquisador do Núcleo de Estudos e Pesquisas em Relações Internacionais da UNAERP. E-mail: danilosimini@gmail.com.

Como citar: SIMINI, Danilo Garnica. O controle legislativo de convencionalidade no município de São Paulo (2010-2020). **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 20, n. 2, p. 151-169, ago. 2025. DOI: 10.5433/1980-511X.2025.v20.n2.50856. ISSN: 1980-511X.

Recebido em: 19/06/2024

Aceito em: 09/04/2025

Resumo: O Estado brasileiro é signatário de diversos tratados de direitos humanos, fazendo com que as normas ali previstas sejam observadas por todas as autoridades públicas em todos os níveis de governo. Os integrantes dos três Poderes devem zelar pela observância das normas internacionais de direitos humanos em suas atividades, bem como devem verificar se as normas domésticas são compatíveis com as regras internacionais. Tal verificação é denominada controle de convencionalidade. O Poder Legislativo também deve realizar tal verificação porque pode impedir a responsabilização internacional do Estado em razão da aprovação de leis contrárias ao Direito Internacional. O presente artigo analisou o controle de convencionalidade exercido de forma preventiva pelo Poder Legislativo municipal de São Paulo entre os anos de 2010 e 2020 no que diz respeito à Convenção das Nações Unidas Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. A fim de atingir o objetivo pretendido teceu considerações sobre o controle de convencionalidade no Brasil através de revisão bibliográfica e jurisprudencial, apresentou o processo legislativo na capital paulista com base na sua normativa e realizou levantamento dos projetos de lei municipais sobre direitos das pessoas com deficiência analisados pela Comissão de Constituição e Justiça. Concluiu-se que o Poder Legislativo do município de São Paulo realizou o controle preventivo legislativo de convencionalidade de forma ínfima.

Palavras-chave: controle de convencionalidade; Poder Legislativo; São Paulo; direitos das pessoas com deficiência.

Abstract: The Brazilian State is a signatory to several human rights treaties, which requires that the norms established therein be observed by all public authorities at every level of government. The members of the three Branches of Government must ensure compliance with international human rights standards in their activities, as well as verify whether domestic norms are compatible with international rules. This verification is referred to as the control of conventionality. The Legislative Branch must also perform such verification, as it may prevent the international accountability of the State for the enactment of laws contrary to International Law. This article analyzed the control of conventionality exercised preventively by the Municipal Legislative Branch of São Paulo between 2010 and 2020, with regard to the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities. In order to achieve this objective, the study examined the control of conventionality in Brazil, presented the legislative process in the capital of São Paulo, and conducted a survey of municipal bills on the rights of persons with disabilities reviewed by the Committee on Constitution and Justice. This paper concludes that the Legislative Branch of the municipality of São Paulo carried out preventive legislative control of conventionality only to a minimal extent.

Keywords: conventionality control; Legislative power; São Paulo; rights of people with disabilities.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

INTRODUÇÃO

A incorporação das normas internacionais ao ordenamento jurídico interno traz como consequência a obrigatoriedade de sua observância pelas autoridades domésticas. Nesse contexto, surge o chamado controle de convencionalidade. Toda a atividade pública desenvolvida internamente pelos países deve se pautar nos tratados de direitos humanos, e havendo falha nessa tarefa o país poderá ser responsabilizado internacionalmente perante os órgãos competentes. A teoria do controle de convencionalidade é desenvolvida principalmente pela atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, e exige da autoridade doméstica a verificação da compatibilidade das normas internas com os preceitos internacionais, especialmente aqueles relacionados aos direitos humanos.

A não realização ou a realização precária do controle de convencionalidade pelas autoridades domésticas constitui um problema em muitos países. No caso do Brasil, a ausência do controle de convencionalidade chegou a ocasionar a responsabilização internacional do Estado perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos. O controle de convencionalidade visa a maximizar a efetividade dos direitos humanos, e no caso de sua realização ou realização precária estes certamente não produzirão todos os efeitos jurídicos e sociais possíveis. Assim, mostra-se importante analisar no âmbito acadêmico a realização do controle de convencionalidade pelas autoridades brasileiras.

Não existem estudos específicos voltados à análise do controle de convencionalidade por parte do Poder Legislativo. Este Poder é de fundamental importância em termos de efetividade dos direitos humanos, pois as leis por ele produzidas devem ser compatíveis com os tratados e demais obrigações internacionais. As leis muitas vezes estão relacionadas com políticas públicas e estas devem respeitar os direitos humanos. Portanto, não havendo controle de convencionalidade por parte do Poder Legislativo existe o risco da criação de leis e implementação de políticas públicas contrárias aos tratados de direitos humanos.

No presente artigo optou-se por analisar o controle de convencionalidade exercido de forma preventiva pelo Poder Legislativo municipal. A escolha pelos municípios se dá em razão do seu importante papel na proteção dos direitos humanos e formulação e implementação de políticas públicas

Dentre os municípios brasileiros, a pesquisa escolheu a capital paulista. A cidade de São Paulo possui Lei Orgânica estabelecendo expressamente a defesa dos direitos humanos de acordo com as normas nacionais e internacionais. A escolha por São Paulo também se justifica em razão da extensa produção normativa municipal e com isso se mostra possível analisar um maior número de projetos de lei.

Outro recorte foi feito em relação ao tema dos projetos de lei. Os direitos e grupos protegidos pelas normas internacionais são amplos, tornando impossível analisar todos os projetos relacionados aos direitos humanos. Dessa forma, somente serão analisados os projetos relacionados aos direitos das pessoas com deficiência. A escolha se justifica pelo fato de o Brasil ter promulgado a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência com *status* de emenda constitucional, e em razão de os municípios possuírem competência sobre a temática.

O presente artigo visa, pois, a analisar o controle preventivo legislativo de convencionalidade realizado pela Câmara Municipal de São Paulo através da Comissão de Constituição, Justiça e Legislação Participativa entre os anos de 2010 e 2020, sendo o ano de 2010 o inicial da análise pelo fato de a referida Convenção da ONU ter sido promulgada no Brasil no ano de 2009, e o ano de 2020 o último ano da legislatura anterior. Assim, o recorte temporal possibilita uma análise mais ampla.

A fim de atingir tal objetivo o artigo irá tecer algumas considerações sobre a realização do controle de convencionalidade no Brasil através de revisão bibliográfica e indicação de julgados importantes. Posteriormente, apresentará o processo legislativo no município de São Paulo com base na normativa da capi-

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

tal paulista e por fim apresentará em termos quantitativos os projetos de lei com a realização do controle de convencionalidade por parte da Comissão de Constituição e Justiça através da análise dos pareceres do referido órgão.

1 A APLICAÇÃO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO BRASIL

O século XX fez surgir o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Além da emergência desse ramo do Direito, há uma outra consequência importante, qual seja, a incorporação de uma nova feição do Direito Constitucional Ocidental, com carga axiológica e aberto aos princípios (Piovesan, 2018). Nesse contexto se insere a Constituição Federal de 1988, mesmo promulgada anos após o término da 2ª Guerra Mundial.

A Constituição Federal de 1988 marca a redemocratização brasileira após um longo período ditatorial. O texto apresenta um importante catálogo de direitos fundamentais e apresenta a dignidade humana como princípio básico e informador de todo o ordenamento jurídico, explica Piovesan (2018). Outro aspecto existente nessa Constituição é ressaltado pela referida autora. O texto constitucional apresenta inicialmente os direitos fundamentais para depois tratar da organização do Estado. Dessa forma, "de um Direito inspirado pela ótica do Estado, radicado nos deveres dos súditos, transita-se a um Direito inspirado pela ótica da cidadania, radicado nos direitos dos cidadãos" (Piovesan, 2018, p. 112).

O texto constitucional também apresenta os princípios das relações internacionais do Brasil no seu artigo 4º. Neste dispositivo, encontra-se o princípio da prevalência dos direitos humanos. Em razão dele o Estado brasileiro deve se engajar no processo de elaboração dos tratados de direitos humanos, integrando-os ao ordenamento jurídico interno, bem como se posicionar contrariamente aos países onde existam violações de direitos humanos. Em tal contexto, "esse princípio invoca a abertura da ordem jurídica interna ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos." (Piovesan, 2018, p. 118). Ademais, "o respeito aos direitos humanos constitui hoje um padrão para aferir a legitimidade do Estado perante a comunidade internacional" (Tiburcio; Barroso, 2013, p. 21).

Após a Constituição Federal de 1988, o Estado brasileiro passou a assinar, ratificar e promulgar diversos tratados de direitos humanos, aceitou a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e também passou a aceitar o recebimento de denúncias individuais em diversos Comitês de Direitos Humanos do Sistema ONU. Assim, o Direito Internacional dos Direitos Humanos passou a ser incorporado ao ordenamento jurídico interno, tornando as normas internacionais também fontes jurídicas de observância obrigatória para toda autoridade doméstica.

Dessa forma, impõe-se aos três Poderes da República, por meio de seus agentes, a realização do controle de convencionalidade (Simini; Blanes Sala, 2021). Em relação ao Poder Judiciário, há o controle de convencionalidade difuso e controle de convencionalidade concentrado, assim como ocorre com o controle de constitucionalidade. O controle de convencionalidade difuso deve ser feito por qualquer juiz ou Tribunal de forma incidental e produz efeitos *inter partes*. Por outro lado, o controle de convencionalidade concentrado é aquele realizado pelo Supremo Tribunal Federal com efeitos *erga omnes*. O controle de convencionalidade concentrado pode ser exercido através das ações próprias do controle de constitucionalidade, e os legitimados são aqueles indicados no artigo 109 da Constituição Federal (Mazzuoli, 2018a; Menezes, 2009).

O Supremo Tribunal Federal realizou o controle de convencionalidade em alguns casos importantes. No mês de dezembro de 2008, através do Recurso Extraordinário nº 466.343-1, analisou a convencionalidade da prisão do depositário infiel. Entendeu-se ser a referida modalidade de prisão civil incompatível com o artigo 7º da Convenção Americana de Direitos Humanos, pois esta impede a prisão por dívidas, exceto no caso de inadimplemento de obrigação alimentar. O Ministro Gilmar Mendes em seu voto explicou que a internalização dos tratados de direitos humanos tem efeito paralisante em relação à legislação infraconstitucional contrária, bem como estabeleceu o *status* supralegal dos tratados de direitos

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

humanos não incorporados ao ordenamento jurídico interno através do procedimento indicado no artigo 5º, parágrafo 3º da Constituição Federal.

O controle de convencionalidade também foi realizado pelo Supremo Tribunal Federal ao analisar a exigência de diploma de curso de ensino superior para exercer a função de jornalista, através do Recurso Extraordinário 511.961/SP, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, julgado em junho de 2009. O relator destacou em seu voto que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, por meio da Opinião Consultiva nº 5/85, entendeu ser incompatível com o artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos a exigência de diploma de ensino superior para se exercer a profissão de jornalista. Ademais, pontuou ser esse o posicionamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, através da Relatoria de Liberdade de Expressão. Esse precedente se destaca pelo fato de o Supremo Tribunal Federal ter levado em consideração, no exercício do controle de convencionalidade, uma opinião consultiva e manifestações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, não obstante as divergências acerca do seu caráter vinculante.

Pode-se apontar o julgamento da Lei de Anistia como um caso emblemático envolvendo o controle de convencionalidade no Supremo Tribunal Federal. No ano de 2008, o Conselho Federal da OAB ajuizou uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) alegando que a Lei de Anistia brasileira (Lei 6.683/79) não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988. Silva e Volpini Júnior (2015) explicam ter o Conselho Federal da OAB solicitado ao STF uma interpretação conforme a Constituição, ou seja, o objetivo não era a retirada da norma, mas sua inconstitucionalidade.

O Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a ADPF 153 em abril de 2010, considerando a lei de anistia brasileira compatível com a Constituição Federal de 1988. Votaram pela improcedência os Ministros Eros Grau, Cármen Lúcia, Celso de Mello, Cezar Peluso, Ellen Gracie, Gilmar Mendes e Marco Aurélio, sendo vencidos os Ministros Ayres Britto e Ricardo Lewandovsky. A decisão do Supremo Tribunal Federal recebeu diversas críticas da comunidade internacional e de órgãos como o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos e o Comitê de Tortura da ONU, conforme lembra Martins (2011).

Contudo, no ano de 1995, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos recebeu denúncia contra o Estado brasileiro formulada pelo *Centro por La Justicia y el Derecho Internacional* e *Human Rights Watch* referente às violações de direitos humanos ocorridas no âmbito da chamada Guerrilha do Araguaia. No mês de março de 2009, o caso foi encaminhado à Corte Interamericana de Direitos Humanos. No bojo da sua sentença, em 24 de novembro de 2010, a Corte Interamericana de Direitos Humanos entendeu ser a lei de anistia brasileira incompatível com a Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como afirmou carecer de efeitos jurídicos a referida norma interna e não poder ser um óbice à investigação e punição dos responsáveis pelas violações de direitos humanos naquele episódio.

Assim, quando o Supremo Tribunal Federal julgou a ADPF, mesmo inexistente naquele momento a sentença no caso Gomes Lund, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos já havia reconhecido a responsabilidade internacional do Estado brasileiro. Ademais, em abril de 2010, a Corte Interamericana de Direitos Humanos já havia julgado outros casos envolvendo leis de anistia na América, tais como Barrios Altos vs Peru (2001), Almonacid Arellano vs Chile (2006) e La Cantuta vs Peru (2006). Nesses precedentes, a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu a incompatibilidade das leis de anistia com a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Ora, mesmo se tratando de outros países, tais precedentes são importantes na jurisprudência internacional. As sentenças deveriam ter sido utilizadas pelo Supremo Tribunal Federal, pois a teoria do controle de convencionalidade exige a observância não apenas dos tratados de direitos humanos, mas também da interpretação dada pelos órgãos internacionais. O controle de convencionalidade pelo

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

Supremo Tribunal Federal poderia ter evitado a responsabilização internacional do Estado brasileiro junto à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Ramos (2016), ao tratar da decisão do STF, ressalta a importância da teoria do duplo controle ou crivo de direitos humanos. Determinada norma interna, para ser considerada válida, deve passar pelos controles de constitucionalidade e convencionalidade. O Supremo Tribunal Federal falhou na realização do controle de convencionalidade, pois quando ocorreu o julgamento a Comissão Interamericana de Direitos Humanos já havia reconhecido a responsabilidade internacional do Estado brasileiro em razão das violações de direitos humanos na época da Ditadura Militar, e inclusive havia feito recomendações ao país. O caso foi submetido à Corte Interamericana de Direitos Humanos justamente porque o Brasil não havia cumprido as recomendações feitas. Tais alegações e recomendações deveriam ter sido levadas em consideração pelo Supremo Tribunal Federal.

Outro precedente importante diz respeito à convencionalidade do crime de desacato analisada pelo Superior Tribunal de Justiça em maio de 2017 através do *Habeas Corpus* 379.269 - MS. O referido caso foi analisado pela Terceira Seção, após a Quinta Turma ter entendido ser o crime de desacato incompatível com o artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos. O relator do caso na Terceira Seção, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, acabou sendo vencido através da divergência instaurada pelo voto do Ministro Antônio Saldanha Palheiro.

O voto vencedor apresentou, em linhas gerais, os seguintes argumentos: a) as recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos não são vinculantes; b) inexistência de caso sobre a temática envolvendo o Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos; c) a própria Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu no "Marco Jurídico Interamericano sobre o Direito à Liberdade de Expressão" não ser este um direito absoluto; d) mesmo se houvesse decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos contra o Brasil sobre a temática, tal fato, por si só, não seria capaz de suprimir eventual deliberação sobre a aplicação interna da sentença, em razão da soberania inerente ao Estado.

Como se vê, o voto vencedor ignora a importância das deliberações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, mesmo o Supremo Tribunal Federal tendo utilizado tais deliberações no julgamento relacionado ao diploma do jornalista. Outro ponto a merecer críticas diz respeito à utilização da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. A ausência de processos relacionados ao Brasil não impede a realização do controle de convencionalidade a partir de precedentes de outros países com a mesma temática. Por fim, encontra-se no voto vencedor uma percepção defasada da soberania do Estado. O Direito Internacional dos Direitos Humanos ocasionou a relativização da ideia de soberania e a própria Convenção Americana de Direitos Humanos é clara ao estabelecer a obrigatoriedade das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos. O Brasil, quando condenado, deve cumprir a sentença, não sendo cabível se falar em eventual deliberação interna acerca da sua aplicação ou não.

O controle de convencionalidade também deve ser realizado pelo Poder Legislativo (Araújo, 2015; Figueiredo, 2016; Glasenapp, 2015; Mazzuoli, 2018a; Menezes, 2009). O Poder Legislativo deve verificar a compatibilidade das normas domésticas com os tratados de direitos humanos, essencialmente de forma preventiva, através da atuação das Comissões de Constituição e Justiça, além de revogar leis contrárias às normas internacionais. O papel do Poder Legislativo no controle de convencionalidade se explica em razão de tratados como a Convenção Americana de Direitos Humanos e a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência estabelecerem aos Estados o dever de adotar medidas legislativas necessárias para realização dos direitos nelas previstos.

Por fim, o Poder Executivo exerce o controle de convencionalidade através dos mecanismos de sanção e veto, assim como ocorre no controle de constitucionalidade (Araújo, 2015; Figueiredo, 2016; Glasenapp, 2015; Mazzuoli, 2018a; Menezes, 2009). O Chefe do Executivo poderá vetar projeto de lei quando entender ser contrário ao interesse público (veto político) ou quando for ilegal ou inconstitucional (veto jurídico). No caso do veto jurídico, com a promulgação do tratado

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

de direitos humanos este passa a integrar o ordenamento jurídico interno, e por isso deve ser utilizado como parâmetro para eventual veto.

> O controle propriamente dito (em caráter estrito), deve ser exercido pelo Poder Judiciário e, em geral, por quem realiza funções judiciais em cada Estado. E isto porque somente o Poder Judiciário está em condições de declarar a invalidade da norma jurídica inconvencional. Nada obstante, tanto o Poder Legislativo como o Poder Executivo e seus agentes estão sujeitos ao controle de convencionalidade (em sentido lato). Para isso devem estar atentos à jurisprudência internacional para evitar atos de execução ou a responsabilidade internacional do Estado que infrinja os tratados e convenções internacionais. É dizer, as autoridades do Executivo e os representantes do Poder Legislativo devem estar atentos às decisões proferidas pelo sistema regional de direitos humanos, aplicando e interpretando as leis do seu país de acordo com as linhas exegéticas do direito internacional dos direitos humanos de maneira que seja mais favorável (positiva) à sua teleologia (Figueiredo, 2016. p. 91).

O controle de convencionalidade, conforme explicado anteriormente, é ferramenta importante para evitar a responsabilização internacional do Estado. Nesse contexto, o Poder Legislativo, objeto de análise na presente tese, poderá levar à responsabilização internacional do Estado. A responsabilização internacional em razão da conduta do Poder Legislativo pode ocorrer em quatro situações: a) quando o Poder Legislativo edita leis contrárias a tratados internacionais já pactuados pelo país; b) quando o Poder Legislativo deixa de revogar lei contrária a tratado internacional; c) quando o Poder Legislativo revoga lei necessária à correta aplicação de tratado internacional; e d) quando o Poder Legislativo deixa de aprovar lei necessária à correta aplicação interna do tratado internacional pactuado pelo próprio país (Mazzuoli, 2018b).

Amaral Júnior também apresenta a mesma argumentação:

> O Poder Legislativo engendra a responsabilidade do Estado quando aprovar lei contrária à obrigação internacional anteriormente assumida, quando for ab-rogada lei interna que impeça a produção de efeitos de tratado em vigor, ou quando o Congresso não adotar a norma pertinente para garantir o cumprimento do acordo internacional já celebrado (Amaral Júnior, 2015, p. 331).

Portanto, pode-se dizer que o Poder Legislativo possui obrigações positivas e negativas. A obrigação positiva consiste em aprovar lei necessária à aplicação de tratado internacional, bem como revogar as disposições internas contrárias aos tratados internacionais. A obrigação negativa consiste em não aprovar lei contrária a compromisso internacional e não revogar as leis necessárias à aplicação interna do compromisso internacional. A responsabilização internacional do Estado por atos do Poder Legislativo também poderá ocorrer quando houver violação de costumes internacionais e princípios gerais do direito internacional; a participação do Poder Executivo na elaboração de uma lei contrária aos compromissos internacionais também poderá levar à responsabilização (Mazzuoli, 2018b). Ademais, mesmo a lei constitucional não poderá eximir o Estado de suas obrigações internacionais (Accioly, Silva; Casella, 2019).

> Os princípios aplicáveis aos atos do órgão executivo também o são aos do órgão legislativo, ainda que este tenha funcionado como órgão constitucional. Assim, se o poder legislativo do estado adota lei ou disposição interna contrária aos seus deveres internacionais ou incompatível com tais deveres, ou deixa de adotar as disposições legislativas necessárias para a execução de algum dos ditos deveres, o estado responderá por isso. Daí a regra, que se pode dizer universalmente aceita, de que um Estado não pode declinar sua responsabilidade com a invocação de seu direito interno (Accioly; Silva; Casella, 2019, p. 356).

A discussão acerca da responsabilização internacional do Estado por atos do Poder Legislativo traz um importante questionamento: a responsabilização se dá com a simples edição da lei ou é necessária a sua aplicação através de atos administrativos e judiciais? A literatura apresenta algumas considerações a respeito (Amaral Júnior, 2015; Mazzuoli, 2018b; Ramos, 2004).

De acordo com Ramos (2004), em um primeiro momento a Corte Interamericana de Direitos Humanos diferenciava os atos do Poder Legislativo em lei de aplicação imediata e lei de aplicação mediata ou indireta. As leis de aplicação mediata ou indireta estão sujeitas a regulamentação posterior e, por isso, não haveria uma violação imediata, exigindo-se a existência de violações concretas por parte dessas leis. Por outro lado, em relação às leis de aplicação imediata, a mera aprovação pode levar à responsabilização internacional do Estado. Contu-

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

do, após o caso *Suárez Rosero vs Equador*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos passou a entender existir a violação ao direito internacional mesmo sem a aplicação da norma interna, ou seja, "o Estado é, assim, responsável pelos atos do legislador, mesmo quando não realizada qualquer medida concreta de aplicação da citada norma. Basta a possibilidade de aplicação da lei" (Ramos, 2004, p. 173-174).

> E, no caso de ausência de lei, a responsabilidade do Estado também é concretizada, tendo em vista o seu dever de assegurar os direitos humanos. Busca-se, com isso, o aumento da proteção ao indivíduo, já que a mera edição de lei (auto-aplicável ou não) demonstra uma violação da obrigação internacional de prevenção, não devendo ser esperada a concretização do dano ao particular (Ramos, 2004, p. 174).

Mazzuoli (2018b), por sua vez, também leciona que a aprovação de uma lei contrária a compromissos internacionais já pode gerar a responsabilização internacional do Estado, não sendo necessária a existência de danos concretos, pois com a entrada em vigor da lei todos são potencialmente atingidos por ela. Ademais, ele faz menção à Opinião Consultiva nº 14 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, tendo esta ressaltado ser a criação de uma lei contrária à Convenção Americana de Direitos Humanos uma violação à própria Convenção, capaz de gerar a responsabilização internacional do Estado em questão.

Como se vê, o controle de convencionalidade pelo Poder Legislativo, objeto de análise do presente trabalho, deve ser realizado, a fim de evitar a responsabilização internacional do Estado, pois a edição de uma lei contrária aos tratados de direitos humanos, por exemplo, pode configurar ato ilícito internacional, um dos elementos constitutivos do instituto da responsabilidade internacional do Estado.

2 O PROCESSO LEGISLATIVO NO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

A atividade legislativa no município de São Paulo está disciplinada através da Lei Orgânica (São Paulo, 1990) e do Regimento Interno da Câmara Municipal (São Paulo, 1991). O Título III da Lei Orgânica trata da organização dos Poderes, disciplinando o Poder Legislativo no Capítulo I (artigos 12 ao 55). O Poder Legislativo no município de São Paulo é exercido por 55 vereadores, eleitos dentre os cidadãos maiores de 18 anos e no pleno exercício dos direitos políticos, conforme preceitua o artigo 12 da Lei Orgânica de São Paulo (São Paulo, 1990).

A Câmara Municipal de São Paulo poderá, com a sanção do Prefeito, dispor sobre as matérias indicadas no artigo 13 da Lei Orgânica, tais como: a) legislar sobre assuntos de interesse local; b) suplementar a legislação federal e estadual no que couber; c) legislar sobre tributos municipais; d) legislar sobre Conselhos e Comissões; e e) criar, estruturar e atribuir funções às Secretarias e aos órgãos da administração pública. O artigo 14 da Lei Orgânica também trata das competências da Câmara Municipal, porém sem a necessidade de sanção do Prefeito, destacando-se: a) a eleição da Mesa Diretora; b) a elaboração do seu Regimento Interno; c) dar posse ao Prefeito e Vice; d) autorizar ausência do Prefeito por mais de 15 dias consecutivos; e) criar Comissões Parlamentares de Inquérito; f) autorização para convocação de plebiscito e referendo; e g) criar, organizar e disciplinar o funcionamento dos seus Conselhos e Comissões (São Paulo, 1990).

A Câmara Municipal de São Paulo, conforme artigo 29 da Lei Orgânica, deverá se reunir anualmente de 1º de fevereiro a 30 de junho e de 1º agosto a 15 de dezembro. Em regra, as sessões do Legislativo municipal serão públicas, salvo deliberação em contrário adotada através de 2/3 dos votos dos seus membros em razão de motivo relevante. Durante o recesso, a Câmara Municipal poderá ser convocada extraordinariamente pelo Prefeito ou através da maioria absoluta de seus membros, devendo deliberar no período apenas em relação ao motivo da convocação, nos termos do 31 da Lei Orgânica. O artigo 132 do Regimento Interno da Câmara Municipal, por sua vez, indica como sessões as ordinárias, extraordinárias, extraordinárias virtuais, solenes e permanentes.

O processo legislativo no município de São Paulo, de acordo com o artigo 34 da Lei Orgânica, compreende a elaboração de emendas à Lei Orgânica, leis, decretos legislativos e resoluções, devendo as deliberações da Câmara Munici-

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

pal e de suas Comissões ocorrerem através do voto aberto. Em regra, compete a qualquer membro ou Comissão permanente da Câmara Municipal, ao Prefeito e aos cidadãos a iniciativa das leis. Em relação ao Prefeito, este poderá solicitar a tramitação em regime de urgência dos projetos de sua iniciativa.

O projeto de emenda à Lei Orgânica poderá ser apresentado por 1/3, no mínimo, dos membros da Câmara Municipal, pelo Prefeito ou pelos cidadãos mediante iniciativa popular assinada por pelo menos 5% dos eleitores do município de São Paulo. A proposta deverá ser discutida e votada em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, nas duas votações, o voto favorável de 2/3 dos membros, respeitando-se um intervalo de 48 horas entre um turno de votação e outro, nos termos dos artigos 36 da Lei Orgânica e 233 do Regimento Interno da Câmara Municipal de São Paulo. De acordo com o artigo 234 do Regimento Interno, "projeto de lei é a proposição que tem por fim regular toda matéria legislativa de competência da Câmara e sujeita à sanção do Prefeito" (São Paulo, 1991); será privativa do Prefeito a iniciativa de projetos de lei indicados no artigo 37, parágrafo 2º, e no artigo 137, incisos I, II e III, ambos do Regimento Interno.

Os projetos apresentados serão encaminhados às Comissões Permanentes da Câmara de Vereadores. De acordo com os artigos 38 do Regimento Interno e 32 da Lei Orgânica, as Comissões podem ser permanentes ou temporárias. As permanentes são aquelas de caráter técnico-legislativo, cuja finalidade é analisar os assuntos a elas submetidos, bem como exercer as demais atribuições indicadas pela Lei Orgânica e Regimento Interno da Câmara Municipal. As comissões temporárias, por sua vez, têm prazo definido, e são extintas quando alcançado o seu objetivo ou expirado o seu prazo de duração. Nas Comissões, deverá ser assegurada, na medida do possível, a representação proporcional dos partidos integrantes da Câmara de Vereadores.

As competências das comissões permanentes estão indicadas no artigo 46 do Regimento Interno da Municipal de São Paulo:

> Art.46-Às Comissões Permanentes, em razão da matéria de sua competência, cabe: I - estudar proposições e outras matérias submetidas ao seu exame: a) dando-lhes parecer, oferecendo-lhes substitutivos ou emendas; b) apresentando relatório conclusivo sobre as averiguações e inquéritos. II - promover estudos, pesquisas e investigações sobre assuntos de interesse público; III - tomar a iniciativa de elaboração de proposições ligadas ao estudo de tais assuntos ou decorrentes de indicação da Câmara ou de dispositivos regimentais; IV - redigir o vencido em primeira discussão ou em discussão única e oferecer redação final aos projetos, de acordo com o seu mérito, bem como, quando for o caso, propor a reabertura da discussão nos termos regimentais; V - realizar audiências públicas; VI - convocar os Secretários Municipais, os responsáveis pela administração direta ou indireta e os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município, para prestar informações sobre assuntos inerentes às suas atribuições; VII - receber petições, reclamações, representações ou queixas de associações e entidades comunitárias ou de qualquer pessoa contra atos e omissões de autoridades municipais ou entidades públicas; VIII - solicitar ao Prefeito informações sobre assuntos inerentes à administração, dentro da competência da Comissão; IX -fiscalizar, inclusive efetuando diligências, vistorias e levantamentos 'inloco', os atos da administração direta e indireta, nos termos da legislação pertinente, em especial para verificar a regularidade, a eficiência e a eficácia dos seus órgãos no cumprimento dos objetivos institucionais, recorrendo ao auxílio do Tribunal de Contas do Município, sempre que necessário; X - discutir e votar projetos de lei que exigir maioria simples, dispensada a competência do Plenário, salvo com recurso de 1/10 (um décimo) dos membros da Casa; XI - acompanhar, junto ao Executivo, os atos de regulamentação, velando por sua completa adequação; XII - acompanhar, junto ao Executivo, a elaboração da proposta orçamentária, bem como a sua posterior execução; XIII - solicitar informações ou depoimentos de autoridades ou cidadãos; XIV - apreciar programas de obras, planos regionais e setoriais de desenvolvimento e sobre eles emitir parecer; XV - requisitar dos responsáveis a exibição de documentos e a prestação dos esclarecimentos necessários; XVI - solicitar ao Presidente do Tribunal de Contas informações sobre assuntos inerentes à atuação administrativa desse órgão (São Paulo, 1991).

Os membros das Comissões deverão eleger seu Presidente e Vice-Presidente, com competências indicadas nos artigos 50 e 52 do Regimento Interno da Câmara Municipal. Os atos e deliberações do Presidente e do Vice poderão ser impugnados através de recurso ao plenário da Comissão. Ademais, havendo ausência simultânea de ambos, caberá ao membro mais idoso presidir a sessão.

As Comissões Permanentes, assevera o artigo 57 do Regimento Interno, deverão se reunir de forma ordinária uma vez por semana e de forma extraordinária, sempre quando for necessário, mediante convocação da Presidência da Comissão ou

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

a requerimento formulado pela maioria de seus membros. Se a Câmara Municipal estiver de recesso, as Comissões poderão ser reunir em caráter extraordinário para tratar de assunto relevante e inadiável não podendo se reunir durante as sessões ordinárias.

As reuniões das Comissões serão públicas, salvo deliberação em sentido contrário adotada pela maioria de seus membros. No caso de reuniões secretas, somente poderão participar seus membros e pessoas por eles convidadas. As reuniões das Comissões também poderão contar com a presença de técnicos de reconhecida competência ou representantes de entidades idôneas, a fim de apresentar esclarecimentos sobre o assunto em discussão. As reuniões serão documentadas, através de atas contendo um sumário sintetizando o discutido e a assinatura dos membros presentes. As Comissões poderão solicitar ao Executivo todas as informações necessárias.

De acordo com o artigo 74 do Regimento Interno, denomina-se parecer o pronunciamento oficial da Comissão sobre qualquer matéria por ela analisada. O parecer deverá ser escrito e conter três partes: a) exposição da matéria em exame; b) conclusão do relator, tanto quanto possível sintética, com sua opinião sobre a conveniência da aprovação ou rejeição total ou parcial da matéria e, quando for o caso, oferecendo-lhe substitutivo ou emenda; e c) decisão da Comissão, com a assinatura dos membros que votaram a favor ou contra. Os membros da Comissão poderão opinar sobre a manifestação do relator, e o relatório somente será convertido em parecer com a aprovação da maioria dos membros da Comissão. Havendo a distribuição do projeto para mais de uma Comissão, será ouvida inicialmente a Comissão de Constituição e Justiça e por último a Comissão de Finanças e Orçamento (São Paulo, 1991).

As deliberações das Comissões serão tomadas pela maioria dos votos. Para emitir parecer sobre qualquer matéria a Comissão terá o prazo de 15 dias, podendo ser prorrogado por mais oito dias pelo Presidente da Comissão, mediante requerimento devidamente fundamentado, conforme artigos 62 e 63 do Regimento Interno da Câmara Municipal de São Paulo. O prazo começa a ser contado a partir do primeiro dia útil subsequente à entrada do projeto na respectiva Comissão, devendo o Presidente, dentro do prazo máximo de três dias úteis, designar o respectivo relator e este terá o prazo de oito dias para se manifestar por escrito a partir da data da distribuição.

As Comissões Permanentes poderão discutir e votar projetos de lei com quórum de maioria simples, dispensada a votação em Plenário, salvo com recurso de 1/10 dos membros da Câmara de Vereadores. Os pareceres das Comissões serão publicados juntamente com o da última Comissão a ter se manifestado, abrindo-se o prazo de cinco sessões ordinárias para apresentação do recurso, conforme preceitua o artigo 82 do Regimento Interno da Municipal. Havendo aprovação da proposição pela própria Comissão, esta será encaminhada à sanção do Prefeito, nos termos do artigo 84 do Regimento Interno.

Não se tratando de projeto passível de ser discutido e votado pelas Comissões, ele será instruído com os pareceres e será considerado em condições de pauta. O vereador terá até 30 minutos para se manifestar sobre o projeto na primeira fase de discussão, e encerrada a discussão será feita a votação. No caso de substitutivos ao projeto, estes serão votados anteriormente ao projeto original e no caso de rejeição será votado o projeto original. Havendo aprovação do projeto original ou do substitutivo, serão votadas as emendas e com a aprovação será o processo enviado à Comissão de mérito para a redação. Após, será realizada a segunda discussão nos mesmos moldes da primeira. Se houver emendas, será o projeto encaminhado à Comissão para a redação e se houver aprovação sem emendas será desde logo enviado à sanção do Prefeito ou promulgação do Presidente da Câmara, nos termos dos artigos 257 e 258 do Regimento Interno.

O projeto deverá ser encaminhado à sanção do Prefeito no prazo de 10 dias úteis contados da sua aprovação, e decorridos 15 dias úteis do recebimento, sem a oposição do veto por parte do Prefeito, haverá sanção tácita. O Prefeito poderá vetar o projeto total ou parcialmente no prazo de 15 dias úteis, e o veto poderá

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

ser político quando o projeto for contrário ao interesse público ou jurídico quando for inconstitucional. As razões do veto deverão ser comunicadas à Câmara Municipal no prazo de 48 horas, conforme artigo 361 do Regimento Interno.

A Câmara de Vereadores, por sua vez, deverá deliberar sobre o veto no prazo de 30 dias, contados do recebimento das suas razões. As razões do veto serão analisadas pelas Comissões, se for o caso, devendo emitir pareceres em até 10 dias. O veto poderá ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos membros da Câmara Municipal; no caso de rejeição, o Prefeito será comunicado em cinco dias úteis para realizar a promulgação do projeto no prazo máximo de 48 horas, nos termos do artigo 368 do Regimento Interno.

3 A ATUAÇÃO DA COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E LEGISLAÇÃO PARTICIPATIVA ENTRE OS ANOS DE 2010 E 2020

A Comissão de Constituição, Justiça e Legislação Participativa é composta por nove membros, e nos termos do artigo 47 do Regimento Interno da Câmara Municipal apresenta as seguintes competências específicas: a) opinar sobre o aspecto constitucional, legal e regimental das proposições, as quais não poderão tramitar na Câmara sem o seu parecer; b) dar encaminhamento às sugestões de proposições encaminhadas por entidades civis, como sindicatos, órgãos de classe, associações e organizações não governamentais (ONGs); c) fiscalizar e acompanhar o cumprimento das leis aprovadas no Município; d) promover estudos e debates sobre temas jurídicos, éticos, sociais, de interesse da comunidade; e e) desincumbir-se de outras atribuições que lhe confere esse Regimento (São Paulo, 1991).

De acordo com o artigo 79 do Regimento Interno, o parecer da Comissão de Constituição e Justiça pela inconstitucionalidade ou ilegalidade de alguma proposição ocasiona o seu arquivamento, cabendo recurso ao Plenário da Câmara Municipal pelo autor do projeto, no prazo de 30 dias. Havendo a manutenção do parecer pelo Plenário, o projeto será arquivado, e no caso de rejeição do parecer a proposição será encaminhada a análise das demais Comissões.

No presente trabalho, foi feito o levantamento através do mecanismo de busca SPLEGIS, da Câmara Municipal de São Paulo, de todos os projetos de lei apresentados entre os anos de 2010 e 2020. O termo inicial do levantamento se explica em razão da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência ter sido incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro no ano de 2009. Ademais, foram excluídos da análise os projetos de lei não analisados pela Comissão de Constituição e Justiça, seja porque o autor retirou de tramitação ou porque não houve a análise pela Comissão até o levantamento dos dados. No mecanismo de busca, foi colocado, no campo “assunto” do projeto de lei, a expressão “pessoa com deficiência”.

No período analisado, passaram pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara Municipal de São Paulo um total de 175 projetos relacionados a pessoa com deficiência. Do total, foi realizado o controle de convencionalidade em 20 projetos, ou seja, em 11,42%. Dentre os 20 projetos com controle de convencionalidade, a Comissão de Constituição e Justiça se manifestou pela legalidade do projeto em 19 (95%) e pela ilegalidade em apenas um (5%). Dentre os 155 projetos sem a realização do controle de convencionalidade, houve manifestação pela legalidade em 139 (89,67%) e pela ilegalidade em seis deles (10,33%).

A Comissão de Constituição e Justiça realizou o controle de convencionalidade pela primeira vez no Projeto nº 824/2013, de autoria do vereador Toninho Vespoli (PSOL). O referido projeto obriga os órgãos públicos e privados, no âmbito do município de São Paulo, a usarem o termo pessoa com deficiência para se referir a pessoas com qualquer tipo de deficiência. Na justifica do projeto, o vereador assevera que a mudança do termo ocorre em razão da promulgação da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. A Comissão de Constituição e Justiça analisou o projeto através do Parecer nº 376/2014, tendo como relatora a vereadora Sandra Tadeu (DEM). O parecer, ao se manifestar pela legalidade do projeto, indica não haver à época uniformidade quanto ao termo

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

correto para se referir às pessoas com deficiência, pois a Convenção da ONU não teria imposto a obrigatoriedade da expressão pessoa com deficiência. De qualquer forma, assevera o parecer, o Poder Público, a fim de conscientizar a população quanto ao termo utilizado pela Convenção da ONU, deveria realizar campanhas.

Posteriormente, a Comissão de Constituição e Justiça realizou o controle de convencionalidade no Projeto nº 564/2014, de autoria do vereador Senival Moura (PT). Através do projeto, instituiu-se o "Serviço de Atendimento Especial", destinado ao transporte gratuito de pessoas com dificuldades em termos de acessibilidade e mobilidade. O projeto foi analisado pela Comissão por meio do Parecer nº 345/2015, tendo como relator o vereador Arselino Tatto (PT). Além de analisar a legislação interna aplicável à matéria, a Comissão também pontuou a imposição ao Brasil, em decorrência do artigo 4º da Convenção da ONU, de uma série de medidas visando à proteção da pessoa com deficiência, tais como a adoção de medidas legislativas, administrativas ou de qualquer natureza. Manifestou-se pela legalidade da proposição.

O Projeto nº 126/2015, de autoria do vereador Toninho Paiva (PL), dispõe sobre a instalação de caixas eletrônicos em altura compatível para cadeirantes e pessoas com nanismo. A Comissão de Constituição e Justiça se manifestou pela legalidade do projeto através do Parecer nº 1368/2015, tendo como relator David Soares (DEM). O parecer ressaltou a incorporação da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência com *status* de emenda constitucional, o dever dos Estados em adotar as medidas necessárias para a realização dos direitos nela previstos, bem como o fato da acessibilidade ser um dos princípios do tratado (artigo 3º, "f) e também existirem no artigo 9º obrigações relacionadas à acessibilidade.

Houve também realização do controle de convencionalidade no Projeto nº 53/2017, de autoria do vereador Camilo Cristófaro (PSB), cujo objetivo era obrigar os condomínios residenciais de São Paulo a dispor de cadeiras de rodas. O Parecer nº 326/2017 indicou a legalidade do projeto, tendo como relator o vereador Reis (PT). O referido documento ressalta ser a medida compatível com a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, pois esta impõe aos Estados a adoção de medidas apropriadas para assegurar a acessibilidade das pessoas com deficiência, eliminando-se obstáculos e barreiras à acessibilidade em edifícios e residências (artigo 9º da Convenção). Ademais, o parecer lembra a incorporação da Convenção da ONU ao ordenamento brasileiro na forma do artigo 5º, parágrafo 3º da Constituição Federal, fato a demonstrar a higidez e a compatibilidade do projeto com a Carta Magna.

O Projeto nº 103/2017, de autoria dos vereadores Ricardo Teixeira (DEM) e Toninho Vespoli (PSOL), tratava da obrigatoriedade de construção de rampas de acesso do passeio à soleira de entrada dos pontos comerciais, industriais e de serviços. A Comissão de Constituição e Justiça se manifestou pela legalidade através do Parecer nº 879/2017, tendo como relator o vereador Caio Miranda Carneiro (PSB). Novamente, ressaltou-se a incorporação da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência com *status* de emenda constitucional e a obrigação dos Estados em adotar medidas legislativas, administrativas ou de qualquer natureza necessárias para a realização dos direitos nela previstos. Também destacou ser a acessibilidade um dos princípios do tratado, e a existência de obrigações relacionadas à acessibilidade indicadas no artigo 9º.

O Projeto nº 411/2017, de autoria do vereador Reis (PT), obrigava a instalação de caixa eletrônico com sinalização tátil e áudio para atendimento de deficientes visuais nas agências e postos de atendimento bancário localizados no município de São Paulo. A Comissão de Constituição e Justiça se manifestou pela legalidade do projeto através do Parecer nº 1487/2017, tendo como relator o vereador Caio Miranda Carneiro (PSB). Mais uma vez, a Comissão destacou a imposição aos Estados, por parte da Convenção da ONU, da adoção de medidas necessárias para a realização dos direitos nela indicados. Também apontou o princípio da acessibilidade e a existência de obrigações dela decorrentes.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

A Comissão de Constituição e Justiça realizou novamente o controle de convencionalidade ao se manifestar pela legalidade do Projeto nº 567/2017, de autoria do vereador Paulo Frange (PTB), cujo objetivo era o uso da bengala verde como meio adequado para identificar pessoas acometidas de baixa visão e como instrumento de orientação e mobilidade. Por meio do Parecer nº 732/2018, com a relatoria da vereadora Sandra Tadeu (DEM), a Comissão ressaltou que o Brasil, ao ratificar a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, obrigou-se a assegurar o pleno exercício dos direitos nela previstos, devendo adotar medidas legislativas necessárias para esse exercício.

O Projeto nº 708/2017, de autoria do vereador Dalton Silvano (DEM), tratava da obrigatoriedade de supermercados e hipermercados, instalados no município de São Paulo, com construção acima de 700m², possuírem 2% do total de carrinhos de compras adaptados para crianças com deficiência. A Comissão de Constituição e Justiça se manifestou pela legalidade do projeto através do Parecer nº 544/2018, tendo como relator o vereador Cláudio Fonseca (PPS). Foi asseverada a compatibilidade do projeto com a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, pois esta prevê, conforme artigo 9, item 1, a adoção de medidas por parte do Poder Público para assegurar a acessibilidade às pessoas com deficiência, incluindo a eliminação de obstáculos e barreiras à acessibilidade em edifícios e residências.

O controle de convencionalidade também foi realizado no Projeto nº 726/2017, de autoria dos vereadores Ota (PSB) e Jair Tatto (PT), cujo objetivo era tornar obrigatória, em todos os supermercados e congêneres, a adaptação de 5% dos carrinhos de compras às crianças com deficiência ou mobilidade reduzida. A Comissão de Constituição e Justiça se manifestou pela legalidade do pedido através do Parecer nº 892/2018, com a relatoria do vereador Reis (PT). Novamente, a Comissão ressaltou a imposição aos Estados, em razão da Convenção da ONU, da adoção de medidas para assegurar a acessibilidade das pessoas com deficiência e também destacou mais uma vez a incorporação do tratado com *status* de emenda constitucional.

O Projeto nº 773/2017, de autoria do vereador Rinaldi Digilio (PSL), concede às pessoas com o transtorno de espectro autista o direito de utilizar as vagas reservadas para as pessoas com deficiência. A Comissão de Constituição e Justiça se manifestou pela legalidade do projeto através do Parecer nº 899/2018, tendo como relator o vereador Cláudio Fonseca (PPS). O parecer ressalta ser o Brasil obrigado, em razão da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, a assegurar e promover o pleno exercício dos direitos das pessoas com deficiência, devendo adotar as medidas legislativas necessárias para o seu exercício.

Outro projeto com realização do controle de convencionalidade é o de nº 781/2017, de autoria da vereadora Sandra Tadeu (DEM), cujo objetivo foi alterar o número de caixas preferenciais nos estabelecimentos comerciais de São Paulo. A Comissão de Constituição e Justiça se manifestou pela legalidade do projeto através do Parecer nº 219/2018, com a relatoria do vereador André Santos (PRB). O parecer destaca a incorporação da Convenção da ONU ao ordenamento jurídico brasileiro com *status* de emenda constitucional, e também o fato de o tratado impor aos Estados a adoção de medidas legislativas, administrativas ou de qualquer natureza necessárias para a realização dos direitos das pessoas com deficiência. Ademais, assevera ser a acessibilidade um dos princípios da Convenção da ONU, bem como a existência de obrigações relacionadas à acessibilidade indicadas no artigo 9º.

O Projeto nº 784/2017, de autoria do vereador Dalton Silvano (DEM), estabelecia o prazo de 12 meses para a realização de estudos sobre a demanda de atendimento especializado voltado às pessoas com deficiências em supermercados e estabelecimentos similares. Os dados deveriam ser encaminhados às autoridades municipais competentes, especialmente àquelas relacionadas à defesa do consumidor para a adoção das medidas cabíveis. O projeto também impunha aos estabelecimentos a obrigação de permitir formas de interação eficientes, tais como LIBRAS e braille. A Comissão de Constituição e Justiça, através do Parecer nº 1407/2018, manifestou-se pela ilegalidade do projeto, com a relato-

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

ria do vereador João Jorge (PSDB). O parecer entendeu não serem razoáveis as obrigações impostas por meio do projeto. Asseverou-se a existência da ideia de adaptações razoáveis na Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e no Estatuto da Pessoa com Deficiência, ou seja, aquelas desprovidas de ônus desproporcional ou indevido. Trata-se do único projeto submetido ao controle de convencionalidade tendo como consequência o reconhecimento da incompatibilidade da proposição com o tratado.

O controle de convencionalidade também foi realizado no Projeto nº 178/2018, de autoria do vereador Jair Tatto (PT), referente à instalação de placas em braille no interior de táxis contendo o seu número para facilitar a sua identificação por passageiros com deficiência visual. A Comissão de Constituição e Justiça se manifestou pela legalidade do projeto através do Parecer nº 1422/2018, com a relatoria da vereadora Sandra Tadeu (DEM). O parecer ressaltou que a incorporação da Convenção da ONU com *status* de emenda constitucional confere natureza constitucional aos direitos das pessoas com deficiência. Ademais, apontou o comprometimento dos Estados, em razão da ratificação da Convenção, a adotar medidas para garantir às pessoas com deficiência o acesso ao transporte, à informação e à comunicação, nos termos do artigo 9º, n. 1 do tratado. Assim, asseverou o parecer, a identificação em braille no interior dos táxis pode conferir às pessoas com deficiência o acesso à informação e à comunicação, conforme obrigação assumida pelo Brasil.

O Projeto nº 263/2018, de autoria do vereador George Hato (MDB), dispõe sobre a obrigatoriedade de as locadoras de veículos automotores disponibilizarem automóveis adaptados para pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida, e também foi submetido ao controle de convencionalidade através do Parecer nº 2075/2018. A Comissão de Constituição e Justiça se manifestou pela legalidade do projeto com relatoria do vereador Caio Miranda Carneiro (PSB), e destacou o devedor do Brasil de assegurar e promover o pleno exercício dos direitos indicados na Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, devendo adotar as medidas legislativas necessárias.

Também foi submetido ao controle de convencionalidade o Projeto nº 412/2018, de autoria do vereador Toninho Vespoli (PSOL), cujo objetivo era conceder às pessoas com deficiência intelectual o direito de utilizar as vagas reservadas aos deficientes. A Comissão de Constituição e Justiça se manifestou pela legalidade do projeto através do Parecer nº 1000/2019 com a relatoria da vereadora Sandra Tadeu (DEM). Novamente, a Comissão apontou o *status* de emenda constitucional da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, o fato de o tratado obrigar os Estados a adotarem as medidas necessárias para a realização dos direitos das pessoas com deficiência, a acessibilidade como um dos princípios da Convenção e a existência de obrigações relacionadas à acessibilidade.

O Projeto nº 498/2018, de autoria do vereador Toninho Vespoli (PSOL), tratava do uso da bengala branca e vermelha como meio adequado para identificar pessoas com surdocegueira, e foi analisado pela Comissão de Constituição e Justiça através do Parecer nº 1948/2019 com relatoria da vereadora Sandra Tadeu (DEM). O parecer asseverou ter o Brasil se comprometido, em razão da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, a assegurar o pleno exercício dos direitos das pessoas com deficiência, sem qualquer tipo de discriminação, devendo adotar as medidas legislativas necessárias. A Comissão se manifestou pela legalidade do projeto.

A Comissão de Constituição e Justiça também realizou o controle de convencionalidade ao se manifestar pela legalidade do Projeto nº 578/2018 através do Parecer nº 1068/2019 com a relatoria da vereadora Sandra Tadeu (DEM). O referido projeto altera as regras de adaptação das edificações às pessoas com deficiência e foi apresentado pelo vereador André Santos (REPUBLICANOS). O parecer afirmou ser o projeto compatível com a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, tendo destacado o seu *status* de emenda constitucional no ordenamento jurídico brasileiro. Destacou ter a Convenção da ONU imposto aos Estados a adoção de medidas legislativas, administrativas ou de qualquer natureza necessárias para a realização dos direitos nela indicados, e

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

apontou a existência do princípio da acessibilidade e as obrigações impostas pelo tratado aos países relacionadas à acessibilidade.

Também foi submetido ao controle de convencionalidade o Projeto nº 79/2019, de autoria do vereador Aurélio Nomura (PSDB), cujo objetivo era conceder horário especial ao servidor com deficiência e ao servidor com cônjuge, filho ou dependente com deficiência, quando comprovada a necessidade por junta médica oficial, independentemente de compensação de horário. A Comissão de Constituição e Justiça se manifestou pela legalidade do projeto através do Parecer nº 1807/2019 com a relatoria do vereador Rinaldi Digilio (REPUBLICANOS). O referido parecer indicou a substituição do termo portador de deficiência por pessoa com deficiência, conforme terminologia utilizada pela Convenção da ONU.

O Projeto nº 154/2019, de autoria do vereador Ricardo Teixeira (DEM), tratava sobre a obrigatoriedade de carrinhos elétricos ou similares nos supermercados para pessoas com deficiência e mobilidade reduzida no município de São Paulo. A Comissão de Constituição e Justiça se manifestou pela legalidade do projeto através do Parecer nº 1126/2019 com a relatoria do vereador Reis (PT). O parecer destacou o artigo 9º da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, cuja redação prevê a adoção de medidas por parte dos Estados para assegurar a acessibilidade às pessoas com deficiência, incluindo a eliminação de barreiras e obstáculos.

Por fim, também foi submetido ao controle de convencionalidade o Projeto nº 527/2019, de autoria do vereador Eduardo Tuma (PSDB), cujo propósito é a instalação de leitor de bilhete único em altura compatível para alcance das pessoas com nanismo e pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida. A Comissão de Constituição e Justiça se manifestou pela legalidade da proposição através do Parecer nº 22/2020 com a relatoria da vereadora Sandra Tadeu (DEM). Destacou-se, novamente, o *status* de emenda constitucional da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, o fato de o Brasil ter se comprometido a garantir, em razão do referido tratado, o pleno exercício dos direitos das pessoas com deficiência, inclusive devendo adotar as medidas legislativas necessárias.

Algumas observações podem ser feitas acerca dos projetos analisados. A Comissão de Constituição e Justiça da Câmara Municipal de São Paulo realizou o controle de convencionalidade pela primeira vez apenas no ano de 2014, não obstante a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência ter sido promulgada no ano de 2009. O primeiro controle de convencionalidade foi realizado após a apresentação de outros 60 projetos de lei referentes aos direitos das pessoas com deficiência. O fato de o controle de convencionalidade ser realizado pela Comissão de Constituição e Justiça somente no ano de 2014 talvez possa ser explicado pelas discussões e promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência. As discussões do referido Estatuto mobilizaram a sociedade civil à época, conferindo enorme visibilidade à temática.

Outros pontos merecem destaque. O controle de convencionalidade, quando realizado, utilizou como parâmetro somente a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Em nenhum parecer foi citada a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, promulgada pelo Brasil no ano de 2001. Também não foi citado em momento algum o precedente Damião Ximenes Lopes da Corte Interamericana de Direitos Humanos e os Comentários Gerais do Comitê da ONU dos Direitos das Pessoas com Deficiência. Ademais, os pareceres muitas vezes realizaram o controle de convencionalidade rapidamente, e muitos deles apresentam as mesmas argumentações.

Por outro lado, a Comissão de Constituição e Justiça em muitos pareceres ressaltou o *status* constitucional da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Trata-se de um aspecto positivo, e aponta o conhecimento dos vereadores relatores acerca dos tratados como parte integrante do ordenamento jurídico brasileiro. O *status* constitucional da Convenção da ONU talvez explique a sua exclusiva utilização no controle de convencionalidade, em detrimento

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

da Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência.

De qualquer forma, não obstante a realização do controle de convencionalidade ao longo dos anos a partir de 2014, o número ainda é baixo, se comparado com o total de projetos sobre direitos das pessoas com deficiência apresentado no período analisado. Conforme explicado anteriormente, apenas 11% dos projetos analisados pela Comissão de Constituição e Justiça foram submetidos ao controle preventivo de convencionalidade. A postura do Poder Legislativo, ao não analisar um determinado projeto de lei à luz dos tratados de direitos humanos, pode ocasionar a aprovação de normas contrárias às obrigações indicadas na normativa internacional. Assim, conforme abordado anteriormente, estar-se-ia diante de uma conduta a configurar um ato ilícito internacional, apta a ensejar a responsabilização internacional do Estado brasileiro.

A postura do Legislativo de São Paulo, ao não realizar o controle de convencionalidade em muitos projetos de lei, acaba também por desrespeitar a própria Lei Orgânica da capital paulista, pois esta prevê expressamente a defesa, por toda a municipalidade, dos direitos humanos indicados nas normas nacionais e internacionais. Ou seja, a principal lei da cidade é clara ao estabelecer a obrigatoriedade da observância das normas internacionais de direitos humanos na atividade pública municipal.

Deve haver maior conscientização do Poder Legislativo acerca de seu papel fundamental nas políticas públicas de direitos humanos e na realização do controle de convencionalidade. O Poder Legislativo também é responsável pela concretização dos direitos indicados nos tratados e convenções. No caso dos direitos das pessoas com deficiência, os tratados analisados apontam expressamente a importância da adoção de medidas legislativas para a concretização dos direitos nela indicados. As normas internacionais de direitos humanos vinculam o Estado como um todo, inclusive o próprio Poder Legislativo.

A conscientização também deverá demonstrar o caráter de fonte jurídica dos tratados de direitos humanos. A partir da sua promulgação, os tratados passam a integrar o ordenamento jurídico interno, seja com *status* de emenda constitucional ou supralegal. O Direito Internacional também é Direito, e por isso deve ser levado em consideração na produção legislativa brasileira em todos os níveis de governo. Assim, com o envolvimento de todos os Poderes, haverá uma efetiva proteção dos direitos humanos em geral e, particularmente, das pessoas com deficiência, evitando-se também a responsabilização internacional do Estado.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

CONCLUSÃO

O Brasil, em razão da Constituição Federal de 1988, insere-se nesse contexto de engajamento às normas internacionais, tendo ratificado nos últimos anos diversos tratados e se submetido ao monitoramento de órgãos e tribunais internacionais. O texto constitucional mostra claramente a importância do diálogo com as normas internacionais ao tratar da prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais e ao admitir que os direitos indicados por ele não excluem os existentes em tratados. Assim, toda autoridade brasileira deve zelar pela observância das normas internacionais. Todos os Poderes da República devem realizar o controle de convencionalidade.

A realização do controle de convencionalidade pode ser observada em alguns julgados no Brasil, especialmente nos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. Porém, mesmo nestes tribunais, verifica-se uma interpretação equivocada do Direito Internacional dos Direitos Humanos e um apego a uma ideia de soberania defasada. Norma internacional é norma jurídica e sentença de tribunal internacional é sentença judicial; por isso, devem ser aplicadas e observadas na atividade jurisdicional doméstica.

Os Poderes Executivo e Legislativo também devem realizar o controle de convencionalidade. Em relação ao Poder Legislativo, objeto de análise, os tratados de direitos humanos impõem aos Estados o dever de adotar medidas legislativas necessárias à concretização dos direitos neles indicados. Ou seja, o Poder Legislativo deve criar normas compatíveis com os tratados de direitos e revogar eventuais leis contrárias. Trata-se de fundamental tarefa, a exigir do Poder Legislativo o controle preventivo de convencionalidade através da atuação das Comissões de Constituição e Justiça, nos moldes do controle de constitucionalidade.

Dentre os tratados impositivos de adoção de medidas legislativas, encontra-se a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. A proteção jurídica internacional dos direitos das pessoas com deficiência impõe aos Estados uma série de iniciativas através do conteúdo de tratados, recomendações do Comitê da ONU e recomendações feitas por Estados durante a Revisão Periódica Universal do Conselho de Direitos Humanos. A proteção jurídica internacional dos direitos das pessoas com deficiência, portanto, também exige o diálogo entre as ordens jurídicas nacional e internacional através do controle de convencionalidade.

A implementação dos direitos humanos exige uma atuação especial dos municípios. No Brasil, os municípios detêm um papel fundamental na proteção dos direitos humanos em razão do seu tratamento constitucional, e para os fins do artigo foi escolhida a cidade de São Paulo para análise do controle preventivo legislativo de convencionalidade em razão da existência de normas e órgãos municipais, com referência expressa à importância das normas internacionais na formulação e implementação de políticas públicas municipais.

O controle preventivo legislativo de convencionalidade realizado pela Comissão de Constituição, Justiça e Legislação Participativa da Câmara Municipal foi analisado através do levantamento dos pareces exarados entre os anos de 2010 e 2020. Ao menos até 2020, constatou-se a realização do controle de convencionalidade em apenas 11,42% dos pareceres. Por isso, concluiu-se ter havido a realização do controle de convencionalidade de forma ínfima. O pequeno índice deixa questões em aberto relacionadas aos motivos da sua não realização, ou seja, se a não realização se explicaria em razão do desconhecimento da norma internacional ou o desconhecimento da obrigatoriedade da sua aplicação enquanto norma jurídica integrante do ordenamento jurídico brasileiro.

A realidade analisada se insere nas críticas feitas pela literatura acerca do controle de convencionalidade. Não basta exigir a verificação da compatibilidade das normas nacionais com as normas internacionais. Mostra-se importante, antes de mais nada, a capacitação e a conscientização dos agentes locais. A autoridade doméstica precisa compreender a importância das normas internacionais de direitos humanos no contexto de máxima proteção dos indivíduos. Os trata-

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

dos de direitos humanos não visam a substituir o ordenamento jurídico interno, mas a complementá-los.

Essa tarefa de conscientização e capacitação é ainda mais relevante nas cidades, local privilegiado em termos de formulação e implementação de políticas públicas de direitos humanos. Transformar as cidades brasileiras em *human rights cities* não constitui tarefa fácil em um contexto marcado por desigualdades e violência, mas não é impossível. O Direito Internacional constitui uma ferramenta fundamental nessa missão em prol da observância dos direitos humanos no âmbito das cidades. A proteção dos direitos humanos é uma responsabilidade compartilhada entre todos os órgãos e autoridades públicas municipais, a começar pelo Poder Legislativo, por meio da criação de leis voltadas à implementação de políticas públicas. Este é o desafio imposto pelo controle de convencionalidade.

CC BY NC ND

REVISTA DO DIREITO PÚBLICO, Londrina, v. 20, n. 2, p. 151-169, ago. 2025. DOI: 10.5433/1980-511X.2025.v20.n2.50856.

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de direito internacional público**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **Curso de direito internacional público**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

ARAÚJO, Louise de. **Os direitos humanos como parâmetro de aplicação do controle de convencionalidade das leis:** precedentes do Sistema Interamericano e o caso Brasileiro. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015.

FIGUEIREDO, Marcelo. **O controle de constitucionalidade e de convencionalidade no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2016.

GLASENAPP, Ricardo Bernd. **Controle de convencionalidade por omissão**: a responsabilidade do Presidente da República na efetividade dos instrumentos internacionais de direitos humanos. 2015. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

MARTINS, Tahinah Albuquerque. **Controle de convencionalidade**: a influência das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil e a declaração de nulidade da Lei de Anistia. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2011.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018a.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018b.

MENEZES, André Felipe Barbosa de. **Controle de convencionalidade no Sistema Interamericano de Direitos Humanos**. 2009. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

RAMOS, André de Carvalho. **Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos**: seus elementos, a reparação devida e as sanções possíveis. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SÃO PAULO (município). **Lei Orgânica do Município de São Paulo**: atualizada até a Emenda 40/17. São Paulo: Câmara Municipal, 1990. Disponível em: https://www.saopaulo.sp.leg.br/escoladoparlamento/wp-content/uploads/sites/5/2019/10/Apostila_Artigos-da-Lei-Organica-do-Municipio-de-S%C3%A3o-Paulo.pdf. Acesso em: 4 abr. 2024.

SÃO PAULO (município). **Regimento Interno da Câmara Municipal de São Paulo**: atualizado até a Resolução nº 21 de 27 de junho de 20255. São Paulo: Câmara Municipal, 1991. Disponível em: https://www.saopaulo.sp.leg.br/wp-content/uploads/2025/06/RC291C.pdf. Acesso em: 22 ago. 2025.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

SILVA, Carla Ribeiro; VOLPINI JÚNIOR, Bruno Wanderley. A responsabilidade internacional do Brasil em face do controle de convencionalidade em sede de direitos humanos: conflito de interpretação entre a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos e o Supremo Tribunal Federal quanto a Lei de Anistia. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, DF, v. 12, n. 2, p. 611-629, 2015.

SIMINI, Danilo Garnica; SALA, José Blanes. O controle de convencionalidade pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 11, n. 2. p.363-382, 2021.

TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto. **Direito constitucional internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

CC BY NC ND

DOI: 10.5433/1980-511X.2025.V20.N1.50933

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA E A DEFINIÇÃO DE "POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO DO BRASIL"

THE DISPLACEMENT OF JURISDICTION INCIDENT AND DEFINING THE "POTENTIAL FOR BRAZIL'S INTERNATIONAL ACCOUNTABILITY"

Carol Peruzzi Saleh

Mestra em Direito e Justiça Social pela Universidade Federal do Rio Grande. Graduada em Direito pela Universidade Católica de Pelotas (UCPEL) e em Relações Internacionais pela Universidade Federal de Pelotas (UFPel). E-mail: carolpsaleh@hotmail.com.

Daniel Lena Marchiori Neto

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), tendo realizado estágio de doutoramento no Colorado College, EUA. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Professor Adjunto da Universidade Federal de Pelotas (UFPel). Coordenador do Curso de Comércio Exterior e Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pelotas (UFPel). E-mail: danielmarchiorineto@gmail.com.

Como citar: SALEH, Carol Peruzzi; MARCHIORI NETO, Daniel Lena. Incidente de deslocamento de competência e a definição de "possibilidade de responsabilização do Brasil". **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 20, n. 2, p. 170-188, ago. 2025. DOI: 10.5433/1980-511X.2025.v20.n2.50933. ISSN: 1980-511X.

Recebido em: 30/06/2024
Aceito em: 16/08/2025

Resumo: Com o advento da Emenda Constitucional 45/2004, incluiu-se o artigo 109, parágrafo 5º na Constituição Federal (CF), dispositivo legal que prevê o Incidente de Deslocamento de Competência (IDC). Este instrumento permite a modificação da competência da Justiça Estadual para a Justiça Federal se preenchidos os requisitos autorizadores, quais sejam (a) grave violação aos direitos humanos, (b) possibilidade de responsabilização internacional do Brasil e (c) incapacidade do Estado de investigar, processar e julgar o caso. Este artigo tem por objetivo realizar uma pesquisa empírica junto ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) para averiguar a maneira como esta Corte define o conceito de "possibilidade de responsabilização da República Federativa do Brasil". Com base no Método de Análise de Decisões (MAD), foram encontrados 8 (oito) acórdãos. A análise qualitativa dos argumentos demonstrou que o STJ não embasou suas decisões de maneira coerente, havendo pouco rigor no estabelecimento de critérios.

Palavras-chave: incidente de deslocamento de competência; emenda constitucional 45/2004; jurisprudência do STJ.

Abstract: The Constitutional Amendment 45/2004 modified Article 109 of the Brazilian Constitution, introducing the Displacement of Jurisdiction Incident (IDC). Through this legal instrument, the Superior Court of Justice (STJ) may transfer jurisdiction from state to federal courts in cases involving: (a) serious human rights violations, (b) the potential for Brazil's international accountability, and (c) the state judiciary's inability to properly investigate, prosecute, and adjudicate the case. This empirical study investigates how the STJ defines and applies the "potential for international accountability" criterion. Using the Decision Analysis Method (MAD), eight relevant decisions were analyzed. The qualitative analysis revealed that the STJ has not based its rulings on coherent arguments and has failed to establish precise or consistent criteria for this determination.

Keywords: displacement incident of jurisdiction; constitutional amendment 45/2004; STJ legal precedents.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

INTRODUÇÃO

O Incidente de Deslocamento de Competência (IDC) foi instituído pela Emenda Constitucional 45 (Brasil, 2004), que adicionou o artigo 109, parágrafo 5º, à Constituição Federal (Brasil, 1988). Por meio dessa medida, possibilita-se a transferência da competência da Justiça Estadual para a Justiça Federal, desde que sejam atendidos os requisitos legais estabelecidos: (a) ocorrência de séria violação dos direitos humanos, (b) ameaça de responsabilidade internacional devido ao não cumprimento de compromissos legais em tratados internacionais e (c) incapacidade das autoridades e instâncias locais em oferecer respostas eficazes.

A criação deste mecanismo representa um passo significativo no sistema jurídico, visando à restauração do renome internacional e o fortalecimento da soberania em relação a casos ocorridos dentro do território brasileiro. Com isso, a legislação brasileira passou a dispor de uma ferramenta que viabiliza a própria União a cumprir as obrigações delineadas nos tratados internacionais, com o objetivo de assegurar e efetivar os direitos humanos.

Contudo, logo após a promulgação da Emenda Constitucional n. 45, foram apresentadas duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal: a primeira, proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros (Brasil, 2023a), e a segunda, pela Associação Nacional dos Magistrados Estaduais (Brasil, 2023b). Estas ações refletiam o descontentamento de determinados agentes, os quais fundamentaram suas objeções alegando que o IDC violava princípios e garantias constitucionais, além de ser excessivamente abrangente (Emerique, 2014). Conforme os críticos, a maneira como o mecanismo foi concebido, ou seja, ao prever sua aplicação de modo genérico sempre que houvesse graves violações de direitos humanos, abria espaço para "uma interpretação excessivamente ampla e discricionária, tanto por parte do requerente quanto do tribunal competente, escapando das salvaguardas constitucionais e estabelecendo uma norma abrangente e ilimitada" (Vêncio Filho; Paro; Oliveira, 2018, p. 30).

Indubitavelmente, há uma certa ambiguidade na disposição constitucional, permitindo margem para elevado grau de subjetividade por parte dos julgadores ao avaliar os critérios que autorizam a transferência para a esfera federal. Especificamente quanto ao exame do segundo critério – a ameaça de responsabilização internacional em razão do não cumprimento de obrigações legais assumidas em tratados internacionais –, cabe questionar se o Superior Tribunal de Justiça (STJ), o órgão encarregado de decidir sobre os IDCs, de fato adota uma "interpretação excessivamente ampla e discricionária". Este trabalho tem como propósito justamente responder a essa indagação, por meio de uma análise empírica dos critérios empregados pelos ministros nas decisões dos IDCs.

A abordagem do artigo está organizada em três partes. Primeiramente, serão discutidos os aspectos introdutórios do IDC. Em seguida, serão delineados os métodos utilizados na pesquisa jurisprudencial. Posteriormente, os resultados da análise qualitativa dos acórdãos serão apresentados. Por fim, será possível avaliar a coerência das definições empregadas pelos julgadores.

1 O INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA

Incluído no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Emenda Constitucional n. 45 (Brasil, 2004), o IDC possui previsão legal no artigo 109, parágrafo 5º, da CF. Com a introdução deste dispositivo, surge a possibilidade de alteração da competência estadual para o âmbito federal no que se refere ao processo e julgamento de graves violações de direitos humanos, sendo que quem possui legitimidade ativa para suscitar o deslocamento perante o STJ é o Procurador Geral da República (PGR) (Carvalho, 2008).

Em consonância com o entendimento de Aras (2005), o IDC é um mecanismo que, além de buscar resguardar a responsabilidade internacional brasileira em face das cortes e organismos internacionais, também objetiva a prevenção de novas responsabilizações na esfera externa (Cazzeta, 2009). Visa, pois, promover

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

uma proteção concreta aos direitos humanos, levando em conta os tratados internacionais ratificados pelo País e a internacionalização do direito humanitário.

Assim, o PGR poderá suscitar o IDC perante o STJ sempre que tiver conhecimento de caso que abarque grave violação de direitos humanos, cujo processo e julgamento estejam sendo realizados de forma precária e insatisfatória pela Justiça Estadual. Após, será realizada a análise do pedido pela 3ª Seção do STJ, esta constituída pela 5ª e 6ª Turmas. Na hipótese de haver juízo de admissibilidade positivo, o processo será encaminhado para que seja distribuído na Justiça Federal (Martins, 2012).

Dito isto, verifica-se que a competência para propor o mecanismo pertence exclusivamente ao PGR, chefe do Ministério Público da União (Ramos, 2017). Trata-se da única autoridade que detém a legitimidade ativa para suscitar o IDC, o que, apesar de reforçar a sua atribuição de fiscalizador para que os direitos humanos sejam de fato protegidos no território brasileiro, faz com que emerjam críticas dos mais variados grupos da sociedade (Castro, 2013).

O juízo responsável pela análise do pedido formulado pelo PGR é o STJ, o qual poderá identificar e distinguir aqueles casos que de fato competem à resolução por parte da Justiça Federal. Entende-se que é benéfico que a apreciação seja realizada no STJ, o qual é composto por membros tanto de Tribunais de Justiça quanto de Tribunais Regionais Federais, o que é considerado uma vantagem adicional (Cazzeta, 2009).

Cumpre destacar que o IDC possui caráter subsidiário, ou seja, há "competência subsidiária ratione materiae da justiça federal" (Castro, 2013, p. 31). Isto significa que o IDC retira a competência dos Estados-membros da Federação no que tange às graves violações de direitos humanos. A União somente entrará em cena quando preenchidos os requisitos exigidos pelo instituto em questão.

Uma das características do IDC é ser tanto de caráter repressivo quanto preventivo. Por tal razão é que pode ser provocado em qualquer fase do inquérito ou do processo, seja durante a instrução, julgamento ou execução. O escopo é impedir que o processo e julgamento dos casos em análise sejam repletos de falhas, deficitários, desarticulados e ineficazes (Martins, 2012).

Ressalta-se que o instrumento não serve apenas para casos na esfera penal, mas também abarca as lides de outras áreas. Isto porque, como bem explana Martins (2012), em âmbito internacional, quando da responsabilização ao Estado que violar direitos humanos, atenta-se para o fato ocorrido, pouco importando se o ilícito possui natureza civil ou penal. Cazzeta (2009) argumenta que, nos casos decididos na Corte Interamericana de Direitos Humanos, o que se leva em consideração é o fato em si e suas dimensões, sem dividi-lo em pormenores, visto que a violação de direitos humanos geralmente pode atingir ambas as esferas simultaneamente.

Neste ponto, cumpre ressaltar que a expressão *federalização dos crimes contra direitos humanos*, comumente utilizada para se referir ao IDC, é equivocada e não é a mais adequada. Como dito, o incidente abrange diversas áreas, e o dispositivo legal empregou a locução "grave violação de direitos humanos", e não "crimes contra direitos humanos" (Martins, 2012).

Destaca-se que o IDC poderá ser suscitado quando ocorrer: (a) grave violação aos direitos humanos, (b) possibilidade de responsabilização internacional do Brasil e (c) for comprovado que a atuação das autoridades de um Estado-membro se caracteriza por "falha proposital ou por negligência, imperícia, imprudência na condução de seus atos, que vulnerem o direito a ser protegido, ou ainda que revele demora injustificada na investigação ou prestação jurisdicional" (Ramos, 2017, p. 551).

Assim, importante traçar algumas considerações em relação ao segundo pressuposto – possibilidade de responsabilização internacional do Brasil –, objeto de análise deste estudo. Primeiramente, menciona-se que o Estado brasileiro ratificou a maioria dos documentos internacionais que versam sobre direitos humanos e está sujeito aos sistemas jurisdicionais internacionais (Emerique, 2014) e, "a partir

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

do momento em que o Brasil passa a se submeter ao Tribunal Penal Internacional e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, cria-se um rol de possibilidades de responsabilização" (Costa, 2016, p. 215).

Neste sentido, os órgãos internacionais pressionavam o Estado brasileiro para que criasse um instituto – IDC – capaz de reunir a competência em um único ente – União –, de modo a harmonizar a responsabilidade interna e internacional. A exigência se justifica no fato de que antes da EC 45 a Justiça Estadual era competente para processar e julgar grande parte das violações aos direitos humanos e, havendo eventual condenação no plano internacional, a União era responsabilizada, pois responde pela inobservância de obrigações internacionais assumidas, apesar de não ter dado causa a este descumprimento (Brega Filho, 2007). Com o IDC, torna-se possível "dar ao ente responsável pelo cumprimento dos tratados internacionais de direitos humanos a oportunidade de reprimir e responsabilizar os autores das violações, quando os Estados Membros não forem capazes de fazê-lo" (Brega Filho, 2007, p. 69).

Cumpre destacar que se deve comprovar que há possibilidade de o país ser responsabilizado no plano internacional em razão da afronta realizada, de maneira que a mera suposição de que há risco de responsabilização internacional é insuficiente, sendo exigida a inobservância concreta de tratado internacional ratificado (Costa, 2016).

Deve-se ressaltar também que não há necessidade de pronunciamento de órgãos internacionais a respeito do caso suscitado. Esta manifestação revela o risco de descumprimento de tratados internacionais, mas é dispensável, de modo que "a análise casuística do presente pressuposto pode levar em consideração o livre convencimento dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça" (Lucas, 2014, p. 15).

Brega Filho (2007) menciona que esta exigência impele os Estados-membros ao engajamento, visto que antes da EC 45 o descumprimento das disposições previstas em tratados internacionais sobre direitos humanos não ensejava sanções aos Estados, porém, com o risco de haver o deslocamento de competência para a Justiça Federal, os próprios Estados serão estimulados a cumprir com os documentos internacionais. Dito isto, importante descrever a metodologia utilizada, o que será feito no próximo tópico.

2 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

Este trabalho utiliza como instrumento metodológico o *Método de Análise de Decisões* (MAD), desenvolvido por Roberto Freitas Filho e Thalita Moraes Lima, que traça estratégias a serem adotadas para examinar decisões judiciais e obter resultados apreciáveis e comparáveis (Freitas Filho; Lima, 2010). De acordo com os autores, este método possibilita

> 1) Organizar informações relativas a decisões proferidas em um determinado contexto;
>
> 2) Verificar a coerência decisória no contexto determinado previamente; e
>
> 3) Produzir uma explicação do sentido das decisões a partir de interpretação sobre o processo decisório, sobre a forma das decisões e sobre os argumentos produzidos (Freitas Filho; Lima, 2010, p. 7).

Considerando o presente estudo, que tem como finalidade a verificação da coerência das decisões do STJ em sede de IDC, a utilização do MAD é bastante funcional e pertinente. É importante, de início, destacar que o MAD não se confunde com o estudo de caso e a análise de jurisprudência. Naquele é feito um estudo profundo de uma ou mais decisões ou de certo problema jurídico, utilizando o maior número de variáveis possíveis, com o intuito de entender o contexto que influencia um dado resultado, sendo caracterizado por não ser uma metodologia rígida e determinada, mas flexível. Já neste, é realizado o apanhado de decisões de um ou mais julgadores sobre dada matéria, a fim de detectar traços decisórios ou elaborar um estado da arte sobre a temática. Malgrado existam qualidades em comum entre estas metodologias, o MAD possui procedimentos, objetivos e instrumento teórico próprios (Freitas Filho; Lima, 2010).

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

Os autores advertem que a palavra metodologia é polissêmica, ao passo em que pode ser vista por diversos aspectos, como

1. Processos lógicos e quase-lógicos mentais próprios à teoria do conhecimento; 2. Forma controlada, segundo certos procedimentos, de produção de decisões; 3. Procedimentos voltados à produção de trabalhos jurídicos "científicos"; e 4. Forma de identificar e constituir o objeto do direito (Filho; Lima, 2010, p. 4).

Todavia, não é em nenhum destes sentidos que o MAD está incluso, mas sim no contexto da "formulação de um protocolo com o qual o pesquisador poderá trabalhar para chegar a resultados apreciáveis e, se possível, comparáveis" (Freitas Filho; Lima, 2010, p. 6). Assim, observam que "um protocolo é reproduzível sempre em certa medida, [...] mas sua utilização permite um grau de precisão e de controle sobre o que é feito maior que nos trabalhos especulativos ou conceituais. Essa é a pretensão da MAD" (Freitas Filho; Lima, 2010, p. 6).

Salienta-se que o MAD é operado em três fases: (a) pesquisa exploratória, (b) recorte objetivo e (c) recorte institucional. Preliminarmente, deve ser realizada a pesquisa exploratória para que o pesquisador se adapte com a esfera de discussões decorrentes de certo problema jurídico, de forma a ser escolhida uma bibliografia básica para identificar os elementos chave do tema abordado. No recorte objetivo, será feito o corte da questão-problema jurídica relevante, de forma a escolher os conceitos do campo que está sendo discutido, podendo o pesquisador optar por investigar a oposição entre dois princípios ou duas teorias, ou então um conceito ou instituto jurídico.

Em relação ao recorte institucional, escolheu-se o Superior Tribunal de Justiça, por ser o competente para processar e julgar os IDCs, nos termos do artigo 109, parágrafo 5º, da Constituição Federal (Brasil, 1988). No que se refere ao corte temporal, a análise será feita desde 31 de dezembro de 2004 – data de promulgação da EC 45, que criou o instituto em comento – até 25 de agosto de 2021, abrangendo os 24 IDCs suscitados até o momento.

Realizados os recortes objetivo, temporal e institucional, iniciou-se a coleta dos IDCs, através do site do STJ, com o objetivo de encontrar todos os incidentes já suscitados. O levantamento das decisões começou com a pesquisa no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça, foi acessado o campo de consulta de jurisprudência, utilizando o termo *incidente de deslocamento de competência*, entre aspas, e, posteriormente, consultando os acórdãos. A primeira busca gerou 13 (treze) acórdãos, sendo que, neste grupo, constavam as decisões dos IDCs 1, 2, 3, 5, 10, 14, 21 e 24. Clicou-se em cada acórdão e, após, acessou-se "consulta processual" para ver os detalhes de cada caso.

Ao se direcionar ao campo de consulta de jurisprudência e utilizar o mesmo termo referido acima, e consultando as decisões monocráticas, retornam 79 (setenta e nove) resultados, sendo possível encontrar decisões referentes aos IDCs 4, 9, 11, 15, 21, 22 e 23. Em relação aos demais IDCs (6, 7, 8, 12, 13, 16, 17, 18, 19 e 20), não foram encontradas maiores informações, mas tão somente menções quando da leitura do acórdão do IDC nº 14.

A pesquisa conta com um banco de dados de 8 (oito) acórdãos, equivalentes às decisões proferidas nos IDCs nº 1, 2, 3, 5, 10, 14, 21 e 24, e de 79 (setenta e nove) decisões monocráticas prolatadas ao longo dos IDCs nº 4, 9, 11, 15, 22 e 23. Para melhor visualização do leitor, observa-se a quadro1 com o resultado da pesquisa realizada:

Quadro 1 - Incidentes de deslocamento de competência

NÚMERO	CASO	STATUS
IDC Nº 1	Dorothy Stang	Decisão de mérito
IDC Nº 2	Manoel Mattos	Decisão de mérito
IDC Nº 3	Grupo de extermínio em Goiás	Decisão de mérito
IDC Nº 4	TCE/PE	Seguimento negado
IDC Nº 5	Thiago Farias	Decisão de mérito
IDC Nº 6	--	Reautuado
IDC Nº 7	--	Reautuado
IDC Nº 8	--	Reautuado
IDC Nº 9	Chacina do Parque Bristol	Em andamento
IDC Nº 10	Chacina do Cabula	Decisão de mérito

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

IDC Nº 11	H. DE P. F. (pessoa física)	Seguimento negado
IDC Nº 12	--	Seguimento negado
IDC Nº 13	--	Reautuado
IDC Nº 14	Greve da PM/ES	Decisão de mérito
IDC Nº 15	Grupos de extermínio no Ceará	Em andamento
IDC Nº 16	--	Reautuado
IDC Nº 17	--	Reautuado
IDC Nº 18	--	Não encontrado
IDC Nº 19	--	Não encontrado
IDC Nº 20	--	Não encontrado
IDC Nº 21	Favela Nova Brasília	Decisão de mérito
IDC Nº 22	Conflitos agrários em Rondônia	Em andamento
IDC Nº 23	Unidades socioeducativas	Seguimento negado
IDC Nº 24	Marielle Franco	Decisão de mérito

Fonte: Elaboração própria (2023).

Foi objeto de estudo apenas as 8 (oito) decisões de mérito. O procedimento empregado para a análise qualitativa envolveu a leitura e releitura dos acórdãos, buscando destacar os trechos em que os julgadores apresentaram argumentos para justificar suas decisões; na sequência, os argumentos foram codificados na forma de categorias. O processo de codificação foi sendo desvelado ao longo da pesquisa, de forma que as categorias foram sendo agrupadas ou separadas à medida que novos elementos foram sendo descobertos e/ou reinterpretados, até atingir o ponto de saturação teórica (Vaz, 2007). Ao final, o processo de codificação foi sintetizado em um quadro sinóptico, objetivando comparar os fundamentos das decisões e extrair conclusões (Freitas Filho; Lima, 2010).

3 DESCRIÇÃO E ANÁLISE DOS RESULTADOS

Traçadas as considerações pertinentes e o procedimento metodológico apresentam-se os resultados alcançados na presente pesquisa. Todavia, em um primeiro momento faz-se necessário contextualizar o leitor, razão pela qual se abordará cada caso brevemente.

No IDC nº 1 (Brasil, 2005) figurou como vítima a freira norte-americana Dorothy Mae Stang, conhecida por sua relevante atuação na defesa dos direitos dos colonos envolvidos em embates com grileiros de terras no referido município. A mando de grileiros e madeireiros da cidade de Anapu, no Pará, a vítima foi assassinada em 2005 a tiros de revólver, em estrada de difícil acesso, na presença de alguns cidadãos locais (Castro, 2013). O legado de Stang prevalece, e é homenageada, por exemplo, nas reuniões do Movimento Sem Terra, em um acampamento denominado Irmã Dorothy em Presidente Vargas, Maranhão, que abriga 600 famílias, e em uma praça no Pará, que leva o nome da vítima (Costa, 2021).

O IDC nº 2 trata do caso em que a vítima, Manoel de Bezerra Mattos Neto, que possuía significante atuação na defesa dos direitos humanos, foi assassinada em 2009 em Pitimbu, na Paraíba, após ser alvo de incontáveis ameaças em razão de sua atuação no enfrentamento aos grupos de extermínio. O caso foi emblemático por ter envolvido um importante advogado, vereador e defensor de direitos humanos (Brasil, 2009b).

O IDC nº 3 diz respeito a casos envolvendo a Polícia Militar do Estado de Goiás em face de civis (Brasil, 2013). Dentre os delitos praticados estavam "homicídios, casos de tortura, desaparecimento, formação de grupos de extermínio e outras violações aos direitos humanos" (Bicudo, 2020, p. 47). Neste incidente, diferentemente dos anteriores, o objeto foi um bloco de ações, e não apenas um caso em apartado. Figuram como ofendidos diversas pessoas, e não uma única vítima, sendo que não houve grande repercussão midiática, talvez em razão do fato de que os casos não envolveram defensores de direitos humanos (Bicudo, 2020).

A vítima, no IDC nº 5, foi o Promotor de Justiça Thiago Faria Soares, que exercia suas atribuições em Itaíba/PE. Thiago, acompanhado de sua noiva, Myscheva Freire Ferrão Martins, e do tio desta, Adaltivo Elias Martins, foi atingido por disparos de arma de fogo em outubro de 2013 na Rodovia Estadual PE-300, após ter sido emboscado por indivíduos armados, tendo vindo a óbito. De acordo com as investigações, o veículo dos criminosos retornou com o intuito de assassinar Myscheva e Adaltivo, os quais lograram escapar com vida, pois se arremessaram

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

do automóvel para se salvar (Brasil, 2014). Cumpre salientar que as autoridades locais jamais encontraram a arma do crime, e que a justificativa para a prática do delito "teria sido a compra de 25 hectares de uma fazenda em Águas Belas. O imóvel, que possuía uma extensão total de 1.800 hectares, foi adquirido por Mysheva em um leilão - com isso, parentes de José Pedro teriam sido obrigado a deixar o local" (Relembre [...], 2016, p. 1).

Já no IDC nº 10, apura-se dos excessos perpetrados por policiais militares das Rondas Especiais (Rondesp) da Polícia Militar da Bahia durante operação realizada em fevereiro de 2015, que levou à morte de doze pessoas e deixou seis gravemente feridas. O episódio ficou conhecido como Chacina do Cabula, visto que o caso ocorreu na Vila Moisés, localizada no bairro Cabula (Brasil, 2018).

O IDC nº 14 versa sobre a participação de oficiais da Polícia Militar do Estado do Espírito Santo no movimento paredista ocorrido em fevereiro de 2017 (Brasil, 2017). Estas manifestações perduraram por 21 dias e ocasionaram "mais de 150 mortes e prejuízo superior a R$ 180 milhões de danos sofridos pelos moradores no estado, além de suspensão de aulas, transportes e de funcionamento dos Tribunais. Ao final, foram indiciados 703 policiais militares pelo crime de revolta" (Lustosa, 2019, p. 51).

O caso Favela Nova Brasília foi analisado nos autos do IDC nº 21, a fim de que a Justiça Federal realizasse a investigação, processo e julgamento dos agentes policiais responsáveis pelas mortes e violências sexuais perpetradas no Complexo do Alemão, em 1994 e 1995 (Brasil, 2019a).

Estas autoridades, munidas de armamentos e um helicóptero, executaram 13 (treze) jovens, em sua maioria negros, e torturaram e violentaram sexualmente três mulheres, sendo duas delas adolescentes. De acordo com investigações, havia fortes indícios de execuções sumárias das vítimas, bem como foi confirmada a violência sexual das jovens. Como se não bastasse, as autoridades realizaram nova operação em maio de 1995, logo após receberem suposta denúncia anônima. Nesta ação policial foram mortos mais de 13 (treze) jovens, que saíram de suas residências rendidos e, em seguida, foram alvejados com tiros na cabeça e tórax, conforme depoimentos de testemunhas oculares, de modo que sequer houve intenso confronto, como alegou a polícia local. Cumpre salientar que as duas operações contaram com um efetivo de aproximadamente 120 (cento e vinte) policiais e, segundo apontam o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e o Instituto de Estudos da Religião (Iser), os policiais desrespeitaram os protocolos de devida diligência e diversas provas foram danificadas sem a realização de perícia, o que inviabilizou o reconhecimento dos autores e as circunstâncias em que as vítimas foram mortas (Gandra, 2017).

Por fim, o IDC nº 24 trata do assassinato da vereadora Marielle Francisco da Silva e de seu motorista, Anderson Pedro Mathias Gomes, e da tentativa de homicídio da assessora parlamentar de Marielle, Fernanda Gonçalves Chaves, ocorrido em 14/03/2018 (Brasil, 2019b). Conforme notícia veiculada em matéria do G1 (Gonçalves *et al*., 2018), o crime ocorreu na Rua Joaquim Palhares, no Bairro do Estácio, localizado na Região Central do Rio, por volta das 21:30. Marielle e Anderson foram mortos a tiros e vieram a óbito, e a assessora de Marielle, Fernanda, foi atingida por estilhaços e levada ao Hospital Souza Aguiar, tendo sido liberada logo após. A investigação demonstra que os criminosos estavam em um veículo e o emparelharam ao lado do automóvel de Marielle, Anderson e Fernanda, e atiraram, de maneira que a vereadora foi alvo de no mínimo quatro disparos de arma de fogo na região da cabeça. Os infratores fugiram da cena do crime sem levar nada, o que leva a crer que se tratava de execução, sendo esta uma das linhas de investigação da Delegacia de Homicídios (Gonçalves *et al*., 2018).

Realizada a contextualização de cada um dos casos, parte-se para a análise qualitativa da pesquisa que, no que tange ao segundo requisito do IDC, encontrou 7 (sete) definições para o risco de responsabilização internacional: imagem negativa do Brasil (Definição 1), repercussão social (Definição 2), cumprimento de tratados internacionais (Definição 3), conexão com a incapacidade estatal (Definição 4), inobservância de determinações proferidas por órgãos internacionais (Definição 5),

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

conexão com a grave violação de direitos humanos (Definição 6) e existência de procedimentos formais perante os órgãos internacionais (Definição 7). O quadro 2, abaixo, procura sistematizar as definições encontradas nos acórdãos analisados.

Quadro 2 - Critérios para a definição de *possibilidade de responsabilização da república federativa do brasil* na jurisprudência do STJ

NÚMERO	CASO	CRITÉRIOS EMPREGADOS
IDC Nº 1	Dorothy Stang	Imagem negativa do Brasil Repercussão social Cumprimento de tratados internacionais Conexão com a incapacidade estatal
IDC Nº 2	Manoel Mattos	Inobservância de determinações proferidas por órgãos internacionais Repercussão social
IDC Nº 3	Grupo de extermínio em Goiás	Cumprimento de tratados internacionais Imagem negativa do Brasil
IDC Nº 5	Thiago Farias	Conexão com a incapacidade estatal Cumprimento de tratados internacionais
IDC Nº 10	Chacina do Cabula	Conexão com a grave violação de direitos humanos
IDC Nº 14	Greve da PM/ES	Conexão com a incapacidade estatal Cumprimento de tratados internacionais
IDC Nº 21	Favela Nova Brasília	--
IDC Nº 24	Marielle Franco	Existência de procedimentos formais perante os órgãos internacionais Repercussão social Conexão com a incapacidade estatal

Fonte: Elaboração própria (2023).

Após a análise em um panorama geral, trata-se das peculiaridades de cada uma das definições, a se iniciar pela primeira, relativa à imagem negativa do Brasil, encontrada nos IDCs nº 1 e 3. Esta definição diz respeito à possibilidade de prejuízo a imagem brasileira, tanto internamente quanto internacionalmente. Frisa-se que um dos principais motivos que ensejou a criação do IDC foi a pretensão de recuperar o prestígio internacional (Moraes; Marchiori Neto, 2006), que havia sido perdido em meio a inúmeras condenações internacionais por violações aos direitos humanos. Considerando que o risco de responsabilização e o consequente desenvolvimento de uma imagem repulsiva do país acarretariam diversos prejuízos (de ordem econômica, social, cultural, etc), a análise deste critério pelos ministros é essencial.

No IDC nº 1 restou reconhecido pelos julgadores a violação ao direito à vida, possibilitando uma condenação internacional do país, conforme demonstra o seguinte trecho:

> [...] considerando que o assassinato da missionária norte-americana DOROTHY STANG – cuja atuação destacava-se internacionalmente pela defesa intransigente dos direitos dos colonos envolvidos em conflitos com grileiros de terras no Município de Anapu/PA – constitui-se em grave, lamentável e brutal violação ao maior e mais importante de todos os direitos humanos, que é o direito à vida, previsto no art. 4º, nº 1, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário por força do Decreto nº 678, de 6/11/1992, aliado às alegações do suscitante quanto à necessidade de garantir que o Brasil cumpra com as obrigações decorrentes de pactos internacionais firmados sobre a matéria, indicando, [...] que o IDC merece, em tese, ser conhecido (Brasil, 2005, grifo nosso).

Este fragmento é destacado no IDC nº 3, em que o ministro não fundamentou seu voto adequadamente, ao passo em que se apropriou de decisão já existente.

A definição 2, consoante a repercussão social, embasou os acórdãos dos IDCs nº 1, 2 e 24. Pondera-se que crimes de repercussão social constituem "aqueles que causam um impacto nas pessoas através da divulgação da mídia, na grande maioria esse sentimento causado é o de revolta" (Gebrim, 2017a, p. 1). Assim, a ideia de repercussão social está atrelada a forma como a mídia aborda e divulga determinado caso e, consequentemente, o impacto causado em cada indivíduo após esta divulgação. É de se destacar que os órgãos midiáticos não influenciam apenas a opinião pública, mas também os operadores do direito, como juízes, promotores, dentre outros.

Para Gebrim (2017b, p. 2), a mídia e a repercussão social influenciam diretamente nas decisões judiciais, sendo que na maioria das vezes gera consequências

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

negativas, de forma que a influência da mídia "não age de forma equânime, aparecendo em um ou outro caso, fazendo com que alguns crimes sejam inesquecíveis, extremamente cobrados, tenham penas pesadas, e outros crimes sejam completamente esquecidos ou ignorados". Neste sentido, considerando que os meios de comunicação social são seletivos, já que é inviável cobrir notícias do país inteiro, existem casos que recebem uma maior atenção e outros que passam quase ou totalmente despercebidos. No ponto, a autora demonstra o exposto contrapondo dois casos emblemáticos, o caso Nardoni e o caso Pedro Henrique, em que ambas as vítimas tinham cinco anos, eram fruto de relacionamentos passados, e os criminosos negavam a autoria do delito. Apesar disto,

> [...] os acusados Alexandre Nardoni e Anna Carolina Jatobá aguardaram o decorrer da instrução processual presos, fato em que se pode dizer que foi decorrente da repercussão social, que na época do ocorrido era de grande reprovação, podendo colocar em risco a vida dos suspeitos. Já os acusados Juliano Gunello e Kátia Marques aguardaram o decorrer do processo em liberdade. No caso Isabella, a condenação de Alexandre Nardoni foi de 31 (trinta e um) anos, 01 (um) mês, e 10 (dez) dias de reclusão, a iniciar-se em regime fechado, sua esposa Anna Carolina Jatobá foi condenada a 26 (vinte e seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão, também a iniciar-se em regime fechado. No caso Pedro Henrique, ambos os acusados, Juliano e Kátia, tiveram a condenação em 07 (sete) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto (Gebrim, 2017b, p. 5).

Neste sentido, no IDC nº 1, extrai-se esta categoria do excerto em que o ministro ressalta que "inúmeras manifestações de pessoas, inclusive estrangeiras, e entidades dedicadas a tais direitos chegaram a nosso conhecimento, demonstrando a justa indignação com o ocorrido" (Brasil, 2005). Já no IDC nº 2, a categoria foi destacada até mesmo pela Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado da Paraíba, ocasião em que afirmou que "o fato teve grande repercussão e enorme comoção social" (Brasil, 2009b), visto que o ofendido, assim como no IDC nº 1, era importante defensor de direitos humanos. A relatora, por sua vez, fundamentou que

> [...] não há [...] nada que possa indicar negligência, tampouco falta de iniciativa do MM. Juiz processante na condução do processo, até porque, como informou Sua Excelência, 'diante da repercussão nacional do caso, o próprio Presidente da República pediu celeridade no desenrolar do caso' (Brasil, 2009b).

A discussão aparece de forma diversa no IDC nº 24, ocasião em que são retratados os pronunciamentos da comunidade internacional, conforme demonstra este fragmento:

> A alusão do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL de que, "em 15 de março de 2019, dez relatores e especialistas da Organização das Nações Unidas e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) manifestaram-se, em comunicado, que o 'Brasil deve garantir que os assassinos da defensora de direitos humanos e vereadora Marielle Franco sejam levados à justiça'" refere-se uma exortação, da qual, aliás, todos os cidadãos e instituições nacionais compartilham. Na mesma linha, é a indicação de que, "em 08 de outubro de 2019, documento de pesquisa da Anistia Internacional, lançado no relatório 'Lutando pelo fim da violência contra mulheres na política', em Nova York, cobrou providências das autoridades brasileiras no caso Marielle Franco". Repita-se: trata-se de nota pertinente, mas mera exortação (Brasil, 2019b).

Apesar de a relatora destacar que as manifestações proferidas por órgãos e entidades internacionais constituem mera exortação, é de se salientar que o crime transcendeu as fronteiras nacionais, uma vez que Marielle Franco, importante defensora de direitos humanos, foi brutalmente assassinada. Corrobora com o exposto o trecho que afirma que "o fato foi e tem sido amplamente noticiado pela mídia, com notória repercussão nacional e internacional" (Brasil, 2019b).

O cumprimento de tratados internacionais (definição 3) alicerçou as decisões dos IDCs nº 1, 3, 5 e 14. Importante evidenciar que o Brasil, nas últimas décadas, firmou diversos tratados internacionais nas mais variadas áreas, e muitos deles visam assegurar e proteger os direitos humanos e garantias fundamentais. Conforme bem pontua Mazzuoli (2019, p. 141),

> [...] um Estado ratifica um tratado internacional pela sua própria vontade, mas tem que cumprir o tratado ratificado de boa-fé, sem se desviar desse propósito, a menos que o denuncie (e então, novamente, aparece a vontade do Estado, hábil a retirá-lo do compromisso que anteriormente assumira).

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

Ainda não se tem notícias de que o país tenha denunciado algum tratado internacional de direitos humanos, de maneira que é imperioso que cumpra com as obrigações dispostas em tais documentos, sob pena de ser responsabilizado internacionalmente. O cumprimento deve se dar de boa-fé e em observância ao *pacta sunt servanda*, que

> [...] impõe aos Estados o dever de respeitar a sua palavra e de cumprir com a obrigação aceita no livre e pleno exercício de sua soberania" [...] a fim de "salvaguardar o bem comum da sociedade internacional, por meio da manutenção da harmonia e das boas relações entre todos os povos (Mazzuoli, 2019, p. 142).

Consoante ao artigo 26 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (incorporado ao ordenamento jurídico pátrio por meio do Decreto nº 7.030), que dispõe que "todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé" (Brasil, 2009a).

O julgador, no IDC nº 1, explicita tal categoria ao reconhecer a possibilidade de haver responsabilização na esfera internacional, visto que considera que houve afronta ao artigo 4º, nº 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), que prevê que "toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente" (Brasil, 2005). Isto porque a vítima era uma defensora de direitos humanos internacionalmente reconhecida, e foi brutalmente assassinada por sua relevante atuação na defesa dos direitos dos colonos. Outrossim, a preocupação com o cumprimento de tratados internacionais no IDC nº 3 é visível no seguinte fragmento:

> No que tange ao segundo requisito constitucionalmente positivado, cediço que experimentamos a preocupação internacional com a efetiva proteção dos direitos e garantias individuais. Aliás, com a finalidade acima sublinhada foi firmado o acordo entre os povos para a garantia desses direitos, ajuste este conhecido como *Pacto de San José da Costa Rica*, subscrito pela República Federativa do Brasil. D'outro norte, não é demais lembrar que o desmazelo aos compromissos pactuados por meio deste tratado gera prejudiciais consequências ao Estado-membro que assim agir, pois, repita-se, busca-se o respeito mútuo, global e genuíno entre os entes federados para com os direitos humanos (Brasil, 2013).

No IDC nº 5 o ministro fundamenta a categoria destacando o artigo 1º da CADH, internalizado no ordenamento jurídico pátrio por meio do Decreto nº 678/1992, que obriga os Estados Partes a respeitarem e assegurarem os direitos humanos, pois, caso contrário, em caso de ação ou omissão, estará caracterizado fato imputável e haverá responsabilização ao Estado violador (Brasil, 2014). No mais, o julgador também se alicerça no fato de que é preciso atentar ao direito a um julgamento justo, imparcial e em prazo razoável, nos termos do artigo 7º, n. 5, da CADH, bem como ao direito a um recurso simples e rápido ou que seja efetivo, a fim de que o indivíduo fique resguardado de atos que afrontem seus direitos, conforme dispõe o artigo 25, n. 1, da mesma convenção (Brasil, 2014).

Por fim, no IDC nº 14 pondera-se que o Estado brasileiro "é signatário de inúmeros instrumentos de proteção de direitos humanos, [...] tendo [...] o dever de investigar todos os crimes ocorridos naquele período e não só o movimento paredista, sob pena de poder vir a ser responsabilizado internacionalmente" (Brasil, 2014).

A conexão com a incapacidade estatal (Definição 4), presente nos IDCs nº 1, 5, 14 e 24, demonstra que o julgador alia um pressuposto a outro (a possibilidade de responsabilização internacional e a incapacidade estatal, requisitos 2 e 3 do IDC, respectivamente), mesmo que sejam requisitos cumulativos, distintos e de igual importância. O hábito do STJ de analisar mais de um requisito simultaneamente está incorreto e em discordância com a CF – que prevê três condições a serem preenchidas para autorizar a transferência da competência –, na medida em que não são analisadas na íntegra, mas apenas parcialmente. Portanto, esta não deveria ser uma definição a ser apreciada pelos ministros, já que os requisitos devem ser interpretados individualmente.

Esta categoria é empregada no IDC nº 1 por meio do excerto abaixo:

> mesmo se fazendo presentes os dois requisitos previstos no § 5º do art. 109 da CF, a ausência do terceiro elemento que lhe é naturalmente implícito, para nós, afasta a sua concreta

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

> aplicação e, a par disso, coloca o Brasil ao abrigo da eventual submissão a julgamentos por Cortes Internacionais, porque ele não poderá ser acusado de ter-se omitido na investigação, julgamento e punição dos culpados, sempre fiel ao princípio da legalidade, pois um seu Estado-membro, com seu apoio, atua adequadamente em tal sentido (Brasil, 2005, grifo nosso).

De forma similar ocorre no IDC nº 5, em que o julgador sustenta a necessidade de demonstração inequívoca de risco de descumprimento a obrigações internacionais, "resultante de inércia, negligência, falta de vontade política ou de condições reais de o Estado-membro, por suas instituições e autoridades, proceder à devida persecução penal" (Brasil, 2014). Já no IDC nº 14 a ministra defende que "para fins de deslocamento de competência, a inércia das instâncias locais e o risco de responsabilização internacional são requisitos correlacionados - este pressupõe aquele" (Brasil, 2014), e que "é a desídia na apuração e julgamento dos fatos relacionados às violações de direitos humanos que atrai o risco de responsabilização internacional contra o Estado brasileiro" (Brasil, 2017). Da mesma maneira é fundamentado o IDC nº 24: "a responsabilização por eventual descumprimento, necessariamente, deve decorrer de inércia, descaso, condescendência, ou seja, de uma inação ou de uma ação descompromissada com o bem jurídico tutelado" (Brasil, 2017).

A Definição 5, inobservância de determinações proferidas por órgãos internacionais, foi argumentada apenas no IDC nº 2, pois neste caso havia recomendações expressas da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) para que o Estado brasileiro adotasse medidas cautelares com o intuito de proteger as vítimas e testemunhas envolvidas no caso. Estas medidas foram reiteradas, ampliadas e renovadas diversas vezes, mas o país insistiu no descumprimento. Assim, a ministra afirma que

> O risco de responsabilização internacional pelo descumprimento de obrigações derivadas de tratados internacionais aos quais o Brasil anuiu [...] é [...] bastante considerável, mormente pelo fato de já ter havido pronunciamentos da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, com expressa recomendação ao Brasil para adoção de medidas cautelares de proteção a pessoas ameaçadas pelo tão propalado grupo de extermínio atuante na divisa dos Estados da Paraíba e Pernambuco, as quais, no entanto, ou deixaram de ser cumpridas ou não foram efetivas, pelo menos para dois beneficiários, que acabaram vitimados: MANOEL BEZERRA DE MATTOS NETO e LUIZ TOMÉ DA SILVA FILHO [...] (Brasil, 2009b).

Do excerto colacionado verifica-se, com nitidez, a inobservância do país em relação às determinações proferidas, tanto que, caso as medidas fossem implantadas ou efetivadas, o delito poderia não ter ocorrido.

A conexão com a grave violação de direitos humanos (Definição 6) foi utilizada unicamente como fundamentação do IDC nº 10. Neste, o julgador sustentou que a possível violação aos direitos humanos é que ensejaria o risco de responsabilização internacional. Destarte, une a análise de dois pressupostos do IDC, criando uma relação de dependência, em que uma condição – risco de responsabilização internacional – não pode existir sem a outra – grave violação de direitos humanos. Como mencionado, defende-se que o exame dos pressupostos deve ser de forma isolada, pois, caso contrário, a existência de três requisitos seria prescindível.

Por fim, a última categoria de análise (Definição 7) é a existência de procedimentos formais perante os órgãos internacionais, utilizada como razão de decidir apenas no IDC nº 24, ocasião em que a julgadora reconhece este critério, porém, no caso concreto, ele não foi encontrado. Isto porque não foram localizados procedimentos formais perante as Cortes Internacionais, o que afastaria o risco de responsabilização internacional. Esta alegação é bastante questionável, uma vez que o fato de ainda não haver procedimentos não afasta por completo o risco e não obsta a responsabilização internacional, até mesmo porque já houve violação ao direito à vida e a outros tantos previstos pela CADH.

O fato de haver manifestação da ONU, CIDH e Anistia Internacional a respeito do presente caso nada mais é do que um estímulo ao país para que tome medidas enérgicas, sendo que a responsabilização dos envolvidos no assassinato de Marielle e Anderson é um desejo compartilhado de todos os cidadãos e instituições brasileiras. Desta forma, comunicados proferidos pelas entidades internacionais

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

permitem dupla interpretação, uma no sentido de um mero encorajamento para que o Brasil proceda na investigação, processo e julgamento dos criminosos, e outra como uma advertência, sendo que em caso de omissão ou incapacidade, por exemplo, poderá haver responsabilização internacional.

Da análise destes incidentes, verifica-se que o exame do *risco de responsabilização internacional* é realizado superficialmente e sem maior aprofundamento, o que se evidencia nos IDCs nº 3, 10, 14 e 21. Ademais, apesar de este requisito possuir uma conceituação harmoniosa, se depara com a ausência de rigor e coerência dos argumentos. Neste sentido, pontua-se que os julgadores se limitam a abordar a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos e a obrigação do país de garantir que tais documentos sejam observados, para, posteriormente, analisar o mérito, quando é analisado.

Em relação às definições encontradas, destaca-se que a *imagem negativa do Brasil* foi desenvolvida com o intuito de embasar a motivação para a criação deste instrumento jurídico, essencial para a proteção e efetivação dos direitos humanos, e para evitar eventuais responsabilizações na esfera internacional, que acabam por macular a imagem do país. A *repercussão social* foi verificada em casos que envolveram o assassinato a importantes e conhecidos defensores de direitos humanos, e que houve cobertura da mídia brasileira. Verifica-se, nestes casos, uma proliferação da comoção social e o surgimento de pressões da sociedade civil, de ONGs e demais autoridades para a responsabilização dos autores dos fatos.

No *cumprimento de tratados internacionais* os ministros destacaram, em suma, que o Brasil ratificou os principais documentos internacionais de proteção aos direitos humanos. Logo, o descumprimento de quaisquer cláusulas constantes nestes documentos poderá acarretar a responsabilização internacional. Considerando que a ameaça de o país ser responsabilizado na esfera internacional pressupõe que haja um descumprimento a tratado internacional, de forma que isto constitui uma condição para a transferência da competência, é de se questionar o porquê de esta categoria não ter sido mencionada pelos ministros em todos os incidentes.

Em alguns IDCs os ministros relatores trataram o risco de responsabilização internacional em *conexão com a incapacidade estatal*, adentrando na discussão do terceiro pressuposto – incapacidade dos Estados-membros para processar e julgar o caso – e condicionando uma exigência a outra. Houve situação, também, em que o julgador examinou este requisito em *conexão com a grave violação de direitos humanos*. Salienta-se, novamente, que o exame de um dos pressupostos em conjunto com outro desnatura o IDC, que prevê três exigências para que haja a federalização. Diante disto, as condições devem ser analisadas e fundamentadas separadamente.

No que se refere à *inobservância de determinações proferidas por órgãos internacionais*, salienta-se que esta categoria foi encontrada apenas em um caso, em que, de acordo com a ministra, houve diversas determinações da CIDH para que o Estado brasileiro concedesse proteção à vítima, porém, as providências foram inobservadas ou ineficazes, o que aumenta significativamente a ameaça de responsabilização a nível internacional.

Por fim, a *existência de procedimentos formais perante os órgãos internacionais* foi utilizada como razão de decidir apenas em um IDC. Todavia, neste caso, embora houvesse pronunciamento de órgãos internacionais, não foi constatada a abertura de procedimentos formais perante estes, o que, segundo a relatora, afasta o risco de responsabilização internacional.

Ressalta-se que apenas nos IDCs nº 1, 14 e 24 não houve o preenchimento do pressuposto legal, e sua ausência foi embasada especialmente na *conexão com a incapacidade estatal*, de modo que nestes casos os julgadores não constataram a incapacidade das instâncias e autoridades locais em oferecer respostas efetivas.

Observa-se, também, que o IDC nº 3, que teve como objeto um bloco de ações, o requisito em comento foi analisado em um panorama geral e de forma superficial, sem o exame de cada caso isoladamente. Aliás, o ministro não foi expresso em relação ao preenchimento da condição, sendo que a conclusão foi

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

extraída da leitura e interpretação do acórdão. Isto demonstra a ausência de critérios para investigar os pressupostos legais e a subjetividade do julgador, que optou por não se pronunciar expressamente sobre a possibilidade de responsabilização internacional, um dos três requisitos autorizadores do IDC, lembrando que os pressupostos são cumulativos e devem ser analisados individualmente e de forma igualitária.

Outro IDC problemático é o de nº 10, que mencionou superficialmente a possibilidade de responsabilização internacional. Situação similar é constatada no IDC nº 21, em que o relator examinou o incidente em três momentos distintos, porém, no que tange ao pressuposto em análise, se restringiu a indicar a presença dos dois primeiros requisitos, silenciando quanto à razão de haver ameaça de responsabilização internacional. Assim, não houve fundamentação legal e, por conseguinte, inexistem categorias de análise.

Diante disto, percebe-se que os julgadores se restringem a mencionar os fatos, sem fundamentar e discutir de maneira aprofundada a motivação para considerar a presença ou ausência do requisito. Corrobora com o exposto o fato de que os incidentes que tiveram como objeto as ações em bloco foram analisados de forma genérica, e não individualmente, apesar de cada caso ser um caso e possuir suas particularidades.

Ademais, todos os casos em que os ministros consideraram estar ausente o pressuposto foram embasados na *conexão com a incapacidade estatal*. Ocorre que esta categoria adentra no exame do terceiro requisito. Aliás, sustenta-se que a responsabilização internacional decorre do descumprimento de tratado internacional ou de decisão internacional. Assim, no momento em que um Estado deixa de cumprir com suas obrigações – por inércia, negligência, falta de vontade política ou de condições reais do Estado-membro –, haverá inobservância de documento internacional – como o artigo 8º, da CADH, que trata das garantias judiciais –, podendo haver responsabilização internacional.

Logo, mesmo que o Estado investigue, processe e julgue adequadamente determinado caso, se este afrontou a legislação ou decisão internacionais – por exemplo, não concedendo proteção à vítima, como no caso Manoel Mattos –, surge o risco de condenação. Portanto, a adequada atuação estatal não inviabiliza que os organismos internacionais responsabilizem o Estado infrator, razão pela qual esta não deveria ser uma categoria de análise. Situação similar ocorre com a categoria da *conexão com a grave violação de direitos humanos*, visto que não é a gravidade do caso que indicará ou não a presença do requisito em exame.

A *imagem negativa do Brasil* também não constitui bom critério de análise, pois é apenas uma característica do ordenamento jurídico pátrio ou dos tratados internacionais. Desta forma, esta definição é incapaz de distinguir se há ou não possibilidade de responsabilização internacional.

Conclui-se que o *cumprimento de tratado internacional* e a *inobservância de determinações proferidas por órgãos internacionais* constituem bons critérios de análise, já que permitem a verificar se o Estado descumpriu, de fato, cláusulas previstas nos documentos internacionais ratificados, e/ou se desrespeitou as recomendações ou exigências de órgãos internacionais, como a CIDH e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Em relação à primeira categoria, as decisões careceram de fundamentação legal satisfatória, visto que os julgadores se limitaram a mencionar que há possibilidade de o Estado ter afrontado um documento internacional, porém, em relação à segunda, houve embasamento legal suficiente e a ministra logrou êxito ao sustentar o argumento.

Além disto, a *repercussão social* proporciona o exame da comoção social e das pressões externas, de forma que, quanto maior a repercussão e a gravidade do caso, maior o risco de responsabilização internacional. Também, outra diretriz de extrema importância é a *existência de procedimentos formais perante os órgãos internacionais*, haja vista que possibilita averiguar se os órgãos internacionais já possuem conhecimento sobre o fato, pois, se já possuem, o risco é majorado. Observa-se que ambas as categorias foram fundamentadas satisfatoriamente pelos ministros.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

A problemática não reside na quantidade de categorias utilizadas pelos julgadores, mas sim em sua utilidade para verificar se há ou não risco de responsabilização internacional. Das 7 (sete) definições encontradas, apenas a *repercussão social*, o *cumprimento de tratados internacionais*, a *inobservância de determinações proferidas por órgãos internacionais* e a *existência de procedimentos formais perante os órgãos internacionais* apresentam características úteis para verificar a possibilidade de haver responsabilização na esfera internacional. Quanto à qualidade argumentativa dos julgadores, observa-se como padrão na maioria dos casos que ela tende a ser genérica e vaga.

CC BY NC ND

REVISTA DO DIREITO PÚBLICO, Londrina, v. 20, n. 2, p. 170-188, ago. 2025. DOI: 10.5433/1980-511X.2025.v20.n2.50933.

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

CONCLUSÃO

O Incidente de Deslocamento de Competência foi instituído em meio a um cenário preocupante, visto que eram corriqueiros os abusos e as violações à dignidade da pessoa humana. Assim, surge com o objetivo primordial de fortalecer e salvaguardar os direitos humanos, de modo a proteger as vítimas, consolidar a luta contra a impunidade e incentivar o bom funcionamento das instituições estatais.

Durante seus 17 (dezessete) anos de existência, até 25 de agosto de 2021, foram suscitados 24 (vinte e quatro) incidentes, e deste total apenas 8 (oito) possuem decisão de mérito. Os demais aguardam julgamento, tiveram o seguimento negado ou foram reautuados para outras classes processuais. A pesquisa se dedicou especialmente ao exame dos IDCs com decisão de mérito, a fim de identificar a maneira como o STJ avalia o requisito da possibilidade de responsabilização da República Federativa do Brasil e se as decisões guardam coerência entre si. Fez uso do MAD instrumental metodológico para avaliar referido pressuposto do IDC.

Do exame das decisões de mérito já proferidas, foi possível identificar que a possibilidade de responsabilização da República Federativa do Brasil, apesar de possuir um entendimento uníssono e preciso em sua conceituação, abre espaço para a subjetividade e uma larga margem interpretativa, ensejando a possibilidade de vários critérios de análise. Os julgadores se utilizaram de 7 (sete) diferentes definições para fundamentar as decisões. Todavia, deste montante, somente 4 (quatro) são realmente úteis para avaliar a possibilidade de responsabilização na esfera internacional, visto que nem todos os critérios são empregados de maneira correta e adequada.

Quanto à qualidade argumentativa dos ministros, observa-se como padrão na maioria dos casos que ela tende a ser genérica e vaga. Aliás, em ações em bloco houve análise desta condição em um panorama geral, como no IDC nº 3, e existem casos em que sequer houve a aferição da exigência, como no IDC nº 21. Diante disto, defende-se que deve haver o desenvolvimento de uma fundamentação mais robusta neste ponto, visto que as decisões de mérito examinadas carecem de discussão e desenvolvimento.

Pelo exposto, conclui-se que a Corte, em sede de IDC, especificamente no que se refere ao requisito da possibilidade de responsabilização da República Federativa do Brasil, vem proferindo decisões incoerentes, vagas, frágeis e inconstantes. É indispensável o desenvolvimento de critérios a serem avaliados neste pressuposto, de modo a permitir uma análise sistemática dos incidentes. Esta sistematização poderia ser realizada tanto pelo próprio STJ quanto pelo legislador, através de norma complementar capaz de suprir as lacunas deixadas pelo legislador originário.

CC BY NC ND

REVISTA DO DIREITO PÚBLICO, Londrina, v. 20, n. 2, p. 170-188, ago. 2025. DOI: 10.5433/1980-511X.2025.v20.n2.50933.

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

REFERÊNCIAS

COSTA, Reynaldo. Irmã Dorothy**:** Irmã dos povos das florestas. **MST**, [*s. l.*], 12 fev. 2021. Disponível em: https://mst.org.br/2021/02/12/irma-dorothy-irma--dos-povos-das-florestas/ Acesso em: 24 ago. 2021.

ARAS, Vladimir. Federalização dos crimes contra os direitos humanos. **Jus Navigandi**, Teresina, v. 9, n. 687, 23 maio 2005. Disponível em https://jus.com.br/artigos/6762/federalizacao-dos-crimes-contra-os-direitos-humanos. Acesso em: 30 abr. 2021.

BICUDO, Beatriz. Incidente de deslocamento de competência como instrumento de efetivação da proteção dos direitos humanos**. Intertemas**, Presidente Prudente, v. 40, n. 40, 2020. Disponível em https://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Direito/article/view/8869/67650392. Acesso em:10 jan. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 jan. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009.** Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Brasília: Presidência da República, 2009a. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso em: 18 jan. 2022.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004**. Altera dispositivos da Constituição Federal [...]. Brasília: Presidência da República, 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 18 jan. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª seção). **IDC nº 1/PA (2005/0029378-4).** Constitucional. Penal e Processual Penal. Homicídio doloso qualificado. (Vítima irmã Dorothy Stang). Crime praticado com grave violação aos direitos humanos [...]. Suscitante: Procurador Geral da República. Suscitado: Justiça Estadual do Pará. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima, 8 de junho de 2005. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPe squisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200500293784. Acesso em: 15 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª seção). **IDC nº 10/DF (2016/0177605-6).** Incidente de deslocamento de competência. chacina do cabula. operação policial conduzida em Salvador/BA que resultou na morte de 12 pessoas entre 15 e 28 anos e em 6 feridos, em fev/2015 [...]. Suscitante: Procurador Geral da República. Suscitado: Ministério Público do Estado da Bahia, Polícia Civil do Estado da Bahia. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 28 de novembro de 2018. Disponível em https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPe squisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201601776056. Acesso em: 15 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª seção). **IDC nº 14/DF (2017/0180367-0).** Incidente de deslocamento de competência (IDC). Greve de policiais militares do estado do espírito santo. Justiça militar estadual. Ineficácia das instâncias locais e risco de responsabilização internacional, quanto aos crimes militares próprios objeto do IDC, não caracterizados. Indeferimento. Suscitante: Procurador Geral da República. Suscitado: Justiça Estadual do Estado do Espirito Santo, Justiça Militar da União, Justiça Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura, 2 de agosto de 2017. Disponível em https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPe squisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201701803670. Acesso em: 15 jun. 2021.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª seção). **IDC nº 2/DF (2009/0121262-6).** Incidente de deslocamento de competência. Justiças Estaduais dos Estados da Paraíba e de Pernambuco. homicídio de vereador, notório defensor dos direitos humanos, autor de diversas denúncias contra a atuação de grupos de extermínio na fronteira dos dois estados. Ameaças, atentados e assassinatos contra testemunhas e denunciantes. atendidos os pressupostos constitucionais para a excepcional medida. Suscitante: Procurador Geral da República. Suscitado: Justiça Estadual da Paraíba, Justiça Estadual de Pernambuco. Relator: Min. Laurita Vaz,23 de junho de 2009b.Disponível em https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPe squisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200901212626. Acesso em: 15 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª seção). **IDC nº 21/RJ (2019/0271963-5).** Incidente de Deslocamento de Competência. Incursões policiais na favela nova Brasília/RJ, em 1994 e 1995, que resultaram, cada uma, na morte de 13 pessoas e, a primeira delas, também em abusos sexuais cometidos contra três mulheres, duas das quais eram menores de 18 anos à época dos fatos. Suscitante: Procurador Geral da República. Suscitado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Justiça Federal do Rio de Janeiro. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 10 de setembro 2019a. Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%22INCIDENTE+DE+DESL OCAMENTO+DE+COMPETENCIA%22&b=ACOR&p=false&l=10&i=1&operador= mesmo&tipo_visualizacao=RESUMO. Acesso em: 15 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª seção). **IDC nº 24/DF (2019/0280084-4).** Incidente de Deslocamento de Competência**.** Suscitante: Procuradoria-Geral da República. Suscitado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Justiça Federal do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Laurita Vaz, 17 setembro de 2019b. Disponível em https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPe squisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201902800844. Acesso em 15 de junho de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª seção). **IDC nº 3/GO (2013/0138069-0).** Embargos de Declaração. Incidente de Deslocamento de Competência. Acolhimento Parcial. Apontada Omissão. Inocorrência. Pretensão de Rediscussão do julgado. Impropriedade dos declaratórios. Rejeição. Suscitante: Procurador Geral da República. Suscitado: Justiça Federal de Goiás, Justiça Estadual em Goiás. Relator: Min. Jorge Mussi, 10 de maio de 2013. Disponível em https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPe squisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201301380690. Acesso em: 15 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª seção). **IDC nº 5/PE (2014/0101401-7).** Embargos de Declaração em Incidente de Deslocamento de Competência. Juízo Federal Competente. Omissão. Ocorrência. Embargos Acolhidos, sem efeitos infringentes**.** Suscitante: Procurador Geral da República. Suscitado: Justiça Federal de Pernambuco, Justiça Estadual de Pernambuco. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz, 2 de maio de 2014. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPe squisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201401014017. Acesso em: 15 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3486, Distrito Federal**. Ações diretas de inconstitucionalidade. Artigo 1º da Emenda Constitucional nº 45/04. Inserção do inciso V-A e do § 5º ao art. 109 da Constituição Federal. Incidente de deslocamento de competência. Julgamento conjunto com a ADI nº 3.493 [...]. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros, Associação Nacional dos Magistrados Estaduais. Recorrido: Congresso nacional. Relator: Min. Dias Toffoli, 12 de setembro de 2023a. Dispo-

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

nível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur491016/false. Acesso em: 18 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3493, Distrito Federal**. Ações diretas de inconstitucionalidade. Artigo 1º da Emenda Constitucional nº 45/04. Inserção do inciso V-A e do § 5º ao art. 109 da Constituição Federal. Incidente de deslocamento de competência. Julgamento conjunto com a ADI nº 3.493 [...]. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros, Associação Nacional dos Magistrados Estaduais. Recorrido: Congresso nacional. Relator: Min. Dias Toffoli, 12 de setembro de 2023b. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur491016/false. Acesso em: 18 jan. 2022.

CARVALHO, Adalgisa Rejane Soares de. **Federalização das violações contra os direitos humanos:** uma análise do incidente de deslocamento de competência inserido pela EC nº 45/04. 2008. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais) - Universidade Federal de Campina Grande, Campina Grande, 2008. Disponível em http://dspace.sti.ufcg.edu.br:8080/jspui/handle/riufcg/14751. Acesso em: 12 abr. 2021.

CASTRO, Juliana Santiago de. **Incidente de deslocamento de competência:** a federalização das violações de direitos humanos no Brasil. 2013. 71 p. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2013. Disponível em https://bdm.unb.br/bitstream/10483/6765/1/2013_JulianaSantiagoCastro.pdf. Acesso em: 31 mar. 2021.

CAZZETTA, Ubiratan. **Direitos humanos e federalismo:** o incidente de deslocamento de competência. São Paulo: Ed. Atlas, 2009.

COSTA, José Gabriel. Da aplicabilidade do Incidente de Deslocamento de Competência**. Revista Constituição e Garantia de Direitos**, Lagoa Nova, v. 9, n. 1, p. 208-231, 2016. Disponível em: https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/10330. Acesso em: 24 jul. 2021.

EMERIQUE, Lilian. Federalização das graves violações aos direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito**, Belo Horizonte, n. 65, p. 467-497, jul./dez. 2014. Disponível em: https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/1663. Acesso em: 20 jul. 2021.

BREGA FILHO, Vladimir. Federalização das violações de direitos humanos. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 44, n. 175, p. 67-79, 2007. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/44/175/ril_v44_n175_p67.pdf. Acesso em: 16 jul. 2021.

RELEMBRE os destaques do julgamento do caso Thiago Faria Soares**. Folha de Pernambuco**, Recife, 27 out. 2016. Disponível em: https://www.folhape.com.br/noticias/relembre-osdestaques-do-julgamento-do-caso-thiago-faria-soares/4047/. Acesso em: 29 ago. 2021.

FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. Metodologia de Análise de Decisões – MAD. **Uni. JUS**, Brasília, n. 21, p. 1-17, jul./dez. 2010.

GANDRA, Alana. Brasil é condenado em corte da OEA por chacinas na favela Nova Brasília. **Agência Brasil,** Rio de Janeiro, 15 de maio 2017. Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2017-05/estado-brasileiro-e-condenado-na-corte-idh-por-chacinas-na-favela. Acesso em: 11 set. 2021.

GEBRIM, Gianandrea. A Inconstitucionalidade das penas nos crimes de repercussão social. **JUS.com.br**, [*s. l.*], 14 set. 2017a. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/60549/ainconstitucionalidade-das-penas-nos-crimes-de-repercussao-social#:~:text=Crimes%20de%20como%C3%A7%C3%A3o%20ou%20de,prin-

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

cipalme nte%20no%20momento%20da%20senten%C3%A7a.. Acesso em: 1 fev. 2022.

GEBRIM, Gianandrea. A repercussão social e a mídia corroborando para o ferimento de princípios constitucionais. **JUS.com.br**, [*s. l.*], 2017b. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/60555/a-repercussao-social-e-a-midia-corroborando-para-oferimento-de-principios-constitucionais. Acesso em: 1 fev. 2022.

GONÇALVES, João Ricardo; LEITÃO, Leslie; ARAÚJO, Marina; TEIXEIRA, Patricia. Vereadora do PSOL, Marielle Franco é morta a tiros na Região Central do Rio. **G1**, Rio de Janeiro, 14 mar. 2018. Disponível em: https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/vereadora-do-psol-marielle-franco-e-morta-a-tiros-no-centro-do-rio.ghtml. Acesso em: 1 set. 2021.

LUCAS, Murillo. **Análise dos critérios do Superior Tribunal de Justiça para a federalização das graves violações aos Direitos Humanos no Brasil.** Rio de Janeiro: Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2014/trabalhos_120 14/MURILLOMALDONADOLUCAS.pdf. Acesso em: 20 jul. 2021.

LUSTOSA, Mariana Pugliesi. **A aplicação do incidente de deslocamento de competência:** uma análise acerca desse instituto. 2019. 65 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2019. Disponível em: https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/37146. Acesso em: 1 maio 2021.

MARTINS, Clícia Pinto. **Incidente de deslocamento de competência como instrumento de defesa dos direitos humanos:** análise crítica de sua origem, aplicação e efetividade. 2012. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2012. Disponível em: http://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/27823/1/2012_tcc_cpmartins.pdf. Acesso em: 12 abr. 2021.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público.** 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MORAES, Ana Luisa Zago de; MARCHIORI NETO, Daniel Lena. Federalização das graves violações aos direitos humanos: motivações e abrangência do instituto. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, v. 1, n. 1, p 33-50, 2006. Disponível em repositorio.furg.br/bitstream/handle/1/5228/Federalização%20das%20graves%20violaç ões%20aos%20direitos%20humanos%20motivações%20e%20abrangência%20do%20i nstituto.pdf?sequence=1. Acesso em: 28 abr. 2021.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

VAZ, Samir Lofti. **A Análise de dados qualitativos na prática:** Grounded Theory e o Software NVivo 7. Nova Lima: Fundação Dom Cabral, 2007.

VÊNCIO FILHO, Esmar Custódio; PARO, Marcelo Laurito; OLIVEIRA, Tarsis Barreto. Incidente de deslocamento de competência: defesa dos direitos humanos ou violação de princípios constitucionais?. **Revista Esmat**, Palmas, v. 10, n. 16, p. 15-40, 2018. Disponível em: https://esmat.tjto.jus.br/publicacoes/index.php/revista_esmat/article/view/254/221. Acesso em: 27 abr. 2021.

CC BY NC ND

DOI: 10.5433/1980-511X.2025.V20.N1.50989

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES PROCESSUAIS PENAIS PELA CORTE INTERAMERICANA NO CASO FAVELA NOVA BRASÍLIA VS BRASIL

COMPLIANCE WITH THE INTER-AMERICAN COURT'S CRIMINAL PROCEDURAL OBLIGATIONS IN THE FAVELA NOVA BRASÍLIA V. BRAZIL CASE

Gustavo Henrique de Andrade Cordeiro

Doutor em Direito pela Instituição Toledo de Ensino (ITE). Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM). Professor do Centro Universitário Eurípedes de Marília (UNIVEM). Vice-Líder do Grupo de Pesquisa DiFuSo - Direitos Fundamentais Sociais. Coordenador do Grupo de Estudos de Marília João Batista de Santana da Associação Paulista do Ministério Público. Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado de São Paulo. E-mail: gustavomqv@hotmail.com.

Como citar: CORDEIRO, Gustavo Henrique de Andrade. Cumprimento das obrigações processuais penais pela Corte Interamericana no caso Favela Nova Brasília vs Brasil. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 20, n. 2, p. 189-204, ago. 2025. DOI: 10.5433/1980-511X.2025.v20.n2.50989. ISSN: 1980-511X.

Recebido em: 08/07/2024

Aceito em: 16/08/2025

Resumo: O estudo das obrigações processuais penais positivas estabelecidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) no caso Favela Nova Brasília vs Brasil analisa a interseção entre a proteção dos direitos humanos e a efetividade do sistema penal brasileiro. Este artigo investiga o grau de cumprimento pelo Estado brasileiro das obrigações determinadas pela CIDH, que condenou o Brasil por execuções extrajudiciais e violência sexual cometidas durante operações policiais. A CIDH determinou medidas para investigação, processamento e punição dos responsáveis, além de reparações às vítimas. Contudo, a implementação dessas medidas enfrenta desafios e lacunas. A pesquisa, de método dedutivo e bibliográfico, examina os mandamentos de criminalização, a decisão da CIDH, a efetividade das medidas adotadas pelo Brasil e suas implicações para a proteção dos direitos humanos.

Palavras-chave: caso Favela Nova Brasília; Corte Interamericana de Direitos Humanos; obrigações processuais penais positivas; direitos humanos; accountability.

Abstract: This study analyzes the intersection of human rights protection and the effectiveness of the Brazilian penal system by examining the positive criminal procedural obligations established by the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR) in the Favela Nova Brasília v. Brazil case. This article investigates the degree to which the Brazilian state has complied with the obligations imposed by the Court, which condemned Brazil for extrajudicial executions and sexual violence committed during police operations. The IACtHR mandated measures for the investigation, prosecution, and punishment of those responsible, as well as reparations for the victims. However, the implementation of these measures faces significant challenges and gaps. Using a deductive and bibliographic method, this research examines the mandates to criminalize, the IACtHR's decision, the effectiveness of the measures adopted by Brazil, and their implications for the protection of human rights.

Keywords: Favela Nova Brasília Case; Inter-American Court of Human Rights; positive criminal procedural obligations; human rights; accountability.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

INTRODUÇÃO

O estudo das obrigações processuais penais positivas estabelecidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) em relação ao caso Favela Nova Brasília vs Brasil revela a complexa interseção entre a necessidade de garantir a proteção dos direitos humanos e a efetividade do sistema penal brasileiro. Este artigo propõe-se a analisar o (des)cumprimento dessas obrigações pelo Estado brasileiro, evidenciando a problemática da implementação das decisões internacionais em um contexto de graves violações de direitos humanos.

Em 2017, a CIDH condenou o Brasil por violações aos direitos humanos cometidas durante operações policiais na Favela Nova Brasília, no Rio de Janeiro, que resultaram em execuções extrajudiciais e violência sexual. A Corte determinou uma série de medidas que o Estado brasileiro deveria adotar para garantir a investigação, o processamento e a punição dos responsáveis, além de reparações às vítimas e suas famílias. No entanto, a implementação dessas medidas tem sido marcada por significativos desafios e lacunas, suscitando uma análise crítica sobre a capacidade do Brasil de cumprir suas obrigações internacionais.

O presente artigo tem como objetivo principal investigar o grau de cumprimento, pelo Estado brasileiro, das obrigações processuais penais positivas determinadas pela CIDH no caso Favela Nova Brasília vs Brasil. Especificamente, busca-se: (i) examinar os mandamentos de criminalização e as obrigações processuais penais positivas; (ii) analisar a decisão da CIDH no referido caso; (iii) avaliar a efetividade das medidas implementadas pelo Brasil em resposta à decisão da Corte; e (iv) discutir as implicações dessa implementação para a proteção dos direitos humanos no país.

A relevância deste estudo reside na necessidade de compreender a efetividade das normas internacionais de direitos humanos na prática nacional e a capacidade do sistema penal brasileiro de responder adequadamente às determinações da CIDH. Ao analisar o (des)cumprimento das obrigações processuais penais positivas, este artigo contribui para o debate sobre a implementação das decisões da Corte Interamericana, evidenciando os desafios enfrentados pelo Brasil e propondo reflexões sobre possíveis melhorias no sistema de justiça.

A análise do cumprimento das obrigações processuais penais positivas determinadas pela CIDH no caso Favela Nova Brasília vs Brasil é justificada pela gravidade das violações de direitos humanos envolvidas e pela importância de assegurar que os Estados membros da Organização dos Estados Americanos (OEA) cumpram suas obrigações internacionais. A implementação eficaz dessas obrigações é crucial para a garantia da justiça e da reparação das vítimas, bem como para a prevenção de futuras violações.

Este artigo adota o método dedutivo, justificado pela necessidade de partir da análise das normas gerais de direitos humanos estabelecidas pela CIDH para examinar sua aplicação no caso específico brasileiro. A escolha deste método permite verificar como os princípios universais de proteção aos direitos humanos se concretizam (ou não) na realidade institucional nacional. A pesquisa é eminentemente bibliográfica, baseada em doutrina jurídica, jurisprudência

internacional e documentos oficiais relacionados ao caso, complementada pela análise de relatórios de cumprimento e dados oficiais sobre letalidade policial disponibilizados pelos órgãos competentes.

1 I. OS MANDAMENTOS DE CRIMINALIZAÇÃO E AS OBRIGAÇÕES PROCESSUAIS PENAIS POSITIVAS: UMA NECESSÁRIA INTRODUÇÃO CONCEITUAL

Os mandamentos de criminalização, também chamados de mandados de penalização, podem ser definidos como ordens, determinadas pelo legislador constituinte, dirigidas, verticalmente, ao legislador ordinário, determinando que este defina certos comportamentos humanos considerados significativamente reprováveis como crimes, com a respectiva cominação de penas mais rigorosas em seus preceitos secundários.

REVISTA DO DIREITO PÚBLICO, Londrina, v. 20, n. 2, p. 189-204, ago. 2025. DOI: 10.5433/1980-511X.2025.v20.n2.50989.

ISSN 1980-551X

Longe de se tratar de uma recomendação ou de uma sugestão de penalização de determinados comportamentos, os mandados de penalização, na verdade, encerram a qualidade de *ordem* potestativa e vinculante, emitida pelo poder constituinte, com fundamento no princípio da supremacia da Constituição, endereçada ao legislador ordinário, para que aquela conduta censurável seja tipificada como infração penal, cujo atendimento é obrigatório e cuja inobservância caracterizaria uma situação de inconstitucionalidade, por omissão.

Em outras palavras, "[...] os mandados de criminalização indicam matérias sobre as quais o legislador ordinário não tem a faculdade de legislar, mas a obrigatoriedade de tratar, protegendo determinados bens ou interesses de forma adequada e, dentro do possível, integral" (Ponte, 2008, p. 152).

Ilustrativamente, ao prever que "a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei", o artigo 5º, inciso XLII, da Constituição Federal (Brasil, 1988), enuncia um mandamento expresso de criminalização que impõe ao legislador ordinário que tipifique comportamentos criminosos que configurem racismo, com o estabelecimento de um regime punitivo diferenciado aos atos racistas, que contemple penas de reclusão, a impossibilidade de liberdade provisória com fiança e jamais permita a extinção da punibilidade de seus agentes pela prescrição.

Portanto, os mandamentos de criminalização constituem "[...] uma das faces da proteção dos direitos fundamentais, criando um novo papel para as sanções penais e para a relação entre o Direito Penal e a Constituição" (Moraes, 2014, p. 59).

Os mandamentos de criminalização, a propósito, embora sejam mais usualmente identificados a partir do texto constitucional, também podem ser prescritos por *tratados internacionais* que determinem aos países subscritores a tipificação de determinadas condutas atentatórias aos direitos humanos em suas legislações internas, assim como a cominação de penas suficientemente satisfatórias, a ponto de bem tutelar o objeto jurídico que se pretende proteger, com efeito dissuasório em relação àquele comportamento criminoso.

Se, por um lado, a supremacia da Constituição se reveste de eficácia normativa, dirige e limita a liberdade de conformação da legislação ordinária, as convenções internacionais de direitos humanos, como se verá mais adiante, também têm superioridade normativa em relação à legislação interna de cada país, o que faz com que os mandados de criminalização previstos em tais documentos internacionais, longe de meras recomendações, tenham inquestionável coercibilidade sobre sua ordem jurídica ordinária.

Reconhecendo o fenômeno dos mandamentos de criminalização em tratados internacionais de direitos humanos, André de Carvalho Ramos (2006) ensina que:

> O direito internacional dos direitos humanos possui uma relação dual com o direito penal e processual penal. Ao mesmo tempo em que pugna pela proporcionalidade, legalidade estrita, anterioridade das penas, zelo às garantias dos acusados (devido processo legal, presunção de inocência etc.) e outros, é cada vez mais evidente a existência de uma faceta punitiva, que ordena aos Estados que tipifiquem e punam criminalmente os autores de violações de direitos humanos. [...]. Assim, vários tratados internacionais de direitos humanos possuem dispositivos que exigem dos Estados a criminalização de determinadas condutas ofensivas aos direitos neles mencionados. Além disso, não é de hoje que as instâncias judiciais e quase-judiciais de defesa de direitos humanos extraem, pela via hermenêutica, dos textos internacionais um dever de investigar e punir criminalmente aqueles que violaram os direitos humanos. Obviamente, este dever exige também que o Estado tipifique penalmente a conduta impugnada para que possa investigar e punir (decorrência lógica).

De nada adiantaria que as Constituições e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos estabelecessem a necessidade de tipificação penal, em abstrato, de delitos que violassem gravemente direitos fundamentais e humanos, sem que determinassem, por outro lado, a implementação de garantias instrumentais e procedimentais de que tais crimes seriam devidamente investigados, adequadamente processados e, em caso de confirmação de sua existência e da autoria, observados, intransigentemente, os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, que tais delitos sejam satisfatoriamente punidos, afinal, "o direito penal não encontra atuação sem o processo" (Montagna, 2016, p. 316).

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

Nessa perspectiva, identificam Douglas Fischer e Frederico Valdez Pereira, ao esquadrinhar a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, com sede em Washington, Estados Unidos, e pela Corte Europeia de Direitos Humanos, sediada em Estrasburgo, na França, a existência de um instituto denominado *obrigações processuais penais positivas*, que poderiam ser conceituadas como

> [...] um dever imposto aos Estados Partes de conduzir procedimento investigativo eficiente e processo penal apto a assegurar o acertamento dos fatos ilícitos e a punição dos eventuais autores, sob pena de violação concreta dos dispositivos das convenções regionais de direitos humanos (Fischer; Pereira, 2019, p. 108).

Cuida-se, a propósito, de "[...] nítida vertente processual da obrigação penal de proteção dos direitos humanos garantidos pela Convenção" (Fischer; Pereira, 2019, p. 108), que determina aos Estados membros que conduzam procedimentos, de investigação e de instrução processual, que permitam, concretamente, o esclarecimento da existência e da autoria de fatos violadores aos direitos humanos tutelados em âmbito supranacional, assim como, caso reconhecida a responsabilidade dos agentes implicados, a imposição de uma sanção penal em seus detrimentos.

Validamente, Douglas Fischer e Frederico Pereira esclarecem (2019, p. 97) que as obrigações processuais positivas possuem uma *dupla projeção*, porque estabelecem a necessidade da conjugação de esforços das autoridades investigavas e jurisdicionais, primeiramente, para *esclarecimento* de crimes e, depois, para o cumprimento diligente dos *atos procedimentais* que compõem aquela persecução penal.

De antemão, é necessário obtemperar que as *obrigações processuais penais positivas* em nada se confundem com eventual pretensão de condenação a qualquer custo ou de desrespeito aos direitos fundamentais da pessoa investigada ou acusada da prática de uma infração penal: na verdade, o instituto à baila prega o intransigente respeito ao devido processo legal e às garantias individuais da pessoa increpada, os quais devem ser assegurados sem o prejuízo da igualmente necessária dedicação das autoridades do sistema de justiça na investigação do fato, no acertamento judicial e na punição dos culpados, em uma perspectiva *integral* de justiça criminal.

Percebe-se, pois, que a mera tipificação, como delitos, de comportamentos humanos que afrontem direitos humanos, determinada pelos *mandados de criminalização*, estejam em normas constitucionais domésticas ou em convenções internacionais, exige, ao seu lado, um correspondente *procedimental* que assegure que tais condutas perniciosas sejam profundamente investigadas, com o real propósito de que sua autoria seja esclarecida, e devidamente instruída em juízo, com a consequente imposição de penas, caso a culpa do increpado seja reconhecida, o que se nomenclaturou por *obrigações processuais penais positivas*.

Nessa perspectiva,

> [...] são reconhecidas obrigações estatais de penalizar condutas lesivas aos direitos humanos, tanto para prevenir a sua ocorrência, mediante tipos penais adequados que permitam dissuadir a prática de crimes, que são as chamadas obrigações substanciais, com projeção primordial para o plano legislativo", assim como para "uma vez constatados [tais crimes], investigar e punir os atos ilícitos de modo efetivo, que se constituem nas chamadas obrigações processuais positivas (Fischer; Pereira, 2019, p. 96-97).

Assim, *mandados de criminalização* e *obrigações processuais penais positivas* são institutos indissociáveis e complementares entre si, que impõem aos Estados partes, respectivamente, obrigações de natureza *penal* e *processual penal* na tutela dos direitos humanos, conforme explicitam Douglas Fischer e Frederico Pereira (2019, p. 118),

> [...] as obrigações indicadas anteriormente [mandados de criminalização], de natureza substancial, não esgotam a tutela penal dos direitos e interesses previstos convencionalmente, tratando-se, por sua vez, as *obrigações processuais penais positivas* de exigências que complementam as imposições penais de tipo primário, consistentes na necessidade de os países estipularem dispositivos penais adaptados à salvaguarda dos direitos fundamentais e à dissuasão dos interesses lesivos.

Definidos os conceitos de *mandamentos de criminalização* e *obrigações processuais penais positivas*, impende, doravante, debruçar-se sobre a sentença da Corte

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

Interamericana de Direitos Humanos no caso Favela Nova Brasília vs Brasil, a fim de entender os fundamentos pelos quais outorgou à República Federativa do Brasil o mandamento de criminalização de determinar, em sua legislação doméstica, a imprescritibilidade dos crimes de redução à condição análoga à de escravo.

2 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO CASO FAVELA NOVA BRASÍLIA VS BRASIL.

O caso Favela Nova Brasília vs Brasil[1], segundo Valério Mazzuoli (2019)

> [...] em 18 de outubro de 1994 e 8 de maio de 1995, durante operações policiais realizadas no Rio de Janeiro, 26 moradores da Favela Nova Brasília – dentre os quais havia crianças – foram executados extrajudicialmente, bem como 3 mulheres – das quais duas eram crianças – sofreram violência sexual por parte de agentes policiais.[2].

O primeiro inquérito policial sobre a operação policial de 1994 foi conduzido pela própria Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro, pela Divisão de Repressão de Entorpecentes, registrado como "resistência com morte dos opositores", enquanto o segundo procedimento, referente à incursão de 1995, tramitou pela Delegacia de Repressão a Roubos e Furtos contra Estabelecimentos Financeiros. Outro procedimento de investigação foi instaurado, com tramitação perante a Divisão de Assuntos Internos da mesma instituição policial, para apurar a violência sexual praticada pelos agentes policiais.

Paralelamente, no entanto, instaurou-se uma Comissão Especial de Sindicância, no âmbito da Secretaria de Justiça, em que as vítimas dos atos sexuais foram ouvidas e relatam os abusos a que foram submetidas, oportunidade em que se sujeitaram a exames periciais, com resultados inconclusivos, mercê da excessiva demora para a sua realização, assim reconheceram os policiais civis autores de tais violências, cujo relatório foi encaminhado ao Governador do Estado do Rio de Janeiro.

Em que pese a instauração dos procedimentos investigatórios, mais de sete anos se passaram sem a conclusão da investigação, momento em que a Corregedoria da Polícia Civil reuniu todos os procedimentos, em 2002, assumindo a presidência das apurações, porém, sem novas diligências relevantes por mais sete anos, razão pela qual houve a declaração judicial da prescrição dos fatos, em 2009, conforme narram Alencar Frederico Margraf e Andressa Cesti Neves de Lima (2020):

> Após as investigações mencionadas não houve mais nenhuma atuação processual significante a partir do ano de 1995, o que perdurou até 2002, momento que em que os autos passaram para a responsabilidade da Corregedoria Interna da Polícia Civil. Houve então a unificação de todos os autos que investigavam o ocorrido na referida incursão em apenas um processo, o de número 141/02 da Corregedoria da Polícia Civil. Foram então tomadas duas diligências, sendo uma delas a citação para a colheita do depoimento do delegado que comandou a operação e a outra a determinação da a busca dos familiares das vítimas que foram mortas. Contudo, em 2009 a investigação foi extinta por prescrição, de forma que o relatório foi enviado ao Ministério Público, que solicitou o arquivamento do Inquérito 141/02, o que foi acatado pelo Juiz da 31ª Vara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, e, em 3 de novembro de 2009, o inquérito foi arquivado.

A negligência dos órgãos de apuração foi bem descrita por Valério Mazzuoli (2019):

> Foram iniciadas investigações por parte da Polícia Civil do Rio de Janeiro e de uma Comissão de Investigação Especial estabelecida pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro. Nos autos do processo, as mortes foram registradas como resultado da resistência à detenção

1 Corte Interamericana de Direitos Humanos (2017).

2 Sobre a conjuntura do caso perante a Corte Interamericana, Margraf e Lima (2020) esclarecem que, embora não fossem objeto de análise fatos anteriores à aceitação da jurisdição pelo Brasil, as operações de 1994 e 1995 foram contextualizadas. A primeira incursão (18/10/1994) envolveu 40 a 80 policiais civis e militares que invadiram residências, executaram moradores e transportaram corpos à praça local, com violência sexual contra três mulheres (duas adolescentes de 15 e 16 anos), resultando em 13 mortes masculinas. A investigação inicial pela Divisão de Repressão a Entorpecentes baseou-se em depoimentos de seis policiais e lista de entorpecentes/armas, concluindo por "resistência com morte dos opositores". Denúncia da jornalista Fernanda Botelho Portugal sobre abuso sexual motivou Comissão Especial de Sindicância, mas exames no IML foram ineficazes pela demora. Sem atuação processual significativa até 2002, os autos transferiram-se à Corregedoria (processo 141/02). Após diligências mínimas, houve extinção por prescrição (2009) e arquivamento homologado pelo Juiz da 31ª Vara Criminal/RJ. Em 2013, após Relatório 141/11 da Comissão IDH, o Subprocurador-Geral solicitou desarquivamento, reconhecendo "homicídios, latrocínio, violências sexuais, tortura e abuso de poder". Ação penal contra seis implicados foi instaurada (16/05/2013), porém as investigações não esclareceram as 13 mortes nem a violência sexual contra C.SS., L.R.J e L.F.C. A segunda operação (08/05/1995) contou com 14 policiais supostamente impedindo carregamento de armas, resultando em 13 mortes por arma de fogo após confronto. Boletim 252/95 registrou "tráfico, grupo armado e resistência seguida de morte". Foram ouvidos seis residentes e 19 policiais. Perícia de Tania Donati Paes Rio (2000) concluiu que disparos visavam eliminar, não apenas impedir fuga. O Inquérito 217/04 tramitou na Corregedoria sem progresso, sendo arquivado em 2009. Desarquivamento em 2012 foi negado judicialmente, mas o PGJ conferiu competência ao MP. Em 2015, o TJRJ determinou novo arquivamento, anulando provas colhidas".

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

de traficantes. Ambas as investigações foram arquivadas em 2009 por terem prescrito, de acordo com o ordenamento jurídico interno do país, e reabertas quando o Estado recebeu o Relatório de Mérito da Comissão Interamericana, o qual encontrava-se pendente à época da sentença da Corte. As investigações não esclareceram as mortes, enquanto as violações sexuais sequer foram investigadas, bem como não houve a punição de nenhum responsável.

Os critérios estabelecidos pela Corte Interamericana para avaliar o cumprimento da obrigação processual penal positiva de investigar, processar e punir os responsáveis por graves violações aos direitos humanos neste caso específico foram sistematicamente organizados em sete dimensões fundamentais. Primeiramente, a Corte analisou os padrões relativos à devida diligência e prazo razoável em casos de execução extrajudicial. Em segundo lugar, examinou a independência dos órgãos investigativos em casos de morte derivada de intervenção policial. Adicionalmente, avaliou os efeitos da caracterização da ação policial como "resistência à detenção", bem como a devida diligência e o prazo razoável nas investigações relacionadas aos fatos ocorridos em 1994 e 1995. Por fim, a Corte considerou a efetividade dos recursos para a proteção dos direitos dos familiares das vítimas mortas durante a operação policial, os padrões relativos à devida diligência em casos de violência sexual e a análise sobre a resposta estatal em relação às violações sexuais, conforme sistematização apresentada por Valério Mazzuoli (2019).

A negligência dos agentes públicos incumbidos de apurar os graves atentados aos direitos humanos foi considerada patente pelo órgão jurisdicional interamericano. Esta conclusão fundamentou-se em três elementos centrais: a demora injustificada no desenvolvimento dos processos, a falta de ação das autoridades públicas e a consequente prescrição dos processos penais. Conforme destacam Alexandre Coutinho Pagliarini e Luciana Benassi Gomes Carvalho (2020), a Corte IDH considerou demonstrada a existência de violação à garantia de acesso, tendo em conta que as investigações para apuração da morte de 26 pessoas em duas incursões (1994 e 1995) na Favela Nova Brasília foram conduzidas com extremo desleixo e deliberada omissão por parte das autoridades brasileiras.

Valério Mazzuoli (2019) destaca, ao avaliar a sentença da Corte Interamericana, a obrigação processual penal positiva do Estado de apurar, processar e punir os agentes policiais em situação de execuções extrajudiciais, sob pena de incentivar a impunidade:

> A Corte aduziu que, em casos nos quais se alegue a ocorrência de execuções extrajudiciais, é fundamental que seja realizada uma investigação efetiva no Estado sobre a privação arbitrária do direito à vida contemplado no art. 4º da Convenção, a fim de que seja determinada a verdade e a persecução, captura, ajuizamento e eventual punição dos responsáveis – dever este que se torna ainda mais intenso quando estão ou podem estar envolvidos agentes estatais, uma vez que estes possuem o monopólio da força, motivo pelo qual, se os fatos violadores de direitos humanos não são investigados com a devida seriedade, resultam favorecidos e incentivados pelo poder público.

Neste particular, constatou a Corte Interamericana de Direitos Humanos ser inadequado que fatos imputáveis a agentes policiais sejam investigados pela mesma instituição a que pertençam, conforme a lição de Eduardo Cambi e Letícia de Andrade Porto (2022),

> [...] no ponto resolutivo 16, da decisão do caso Favela Nova Brasília, a Corte IDH decidiu que, havendo mortes, tortura ou violência sexual decorrentes de intervenção policial, a investigação deve se dar por um órgão independente e diferente da força policial envolvida no incidente, isto é, o Ministério Público.

No mesmo sentido, a análise de Valério Mazzuoli (2019):

> A Corte entendeu que houve demora injustificada no desenvolvimento do processo, tendo como consequência principal a falta de ação das autoridades públicas, o que resultou na prescrição do processo penal. Isso porque a maior parte dos trâmites processuais foi levada a cabo pelas próprias autoridades policiais – as quais, por terem interesse direto no resultado da ação, não possuíam imparcialidade, independência e idoneidade necessárias para garantir uma investigação efetiva.

Após a regular tramitação do caso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, novamente, responsabilizou o Brasil por violação aos direitos humanos, nos seguintes termos: i) o Estado é responsável pela violação do direito às garantias judiciais de independência e imparcialidade da investigação, devida diligência

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

e prazo razoável, estabelecidas no artigo 8.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos; ii) o Brasil é responsável pela violação do direito à proteção judicial, previsto no artigo 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos; iii) o Estado é responsável pela violação dos direitos à proteção judicial e às garantias judiciais, previstas nos artigos 25 e 8.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e os artigos 1, 6 e 8 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, bem como o artigo 7 da Convenção Belém do Pará, em detrimento de L.R.J., C.S.S. e J.F.C.; iv) O Estado é responsável pela violação do direito à integridade pessoal, previsto no artigo 5.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em detrimento de: Mônica Santos de Souza Rodrigues; Evelyn Santos de Souza Rodrigues; Maria das Graças da Silva; Samuel da Silva Rodrigues; Robson Genuíno dos Santos Jr; Michelle Mariano dos Santos; Bruna Fonseca Costa; Joyce Neri da Silva Dantas; Geni Pereira Dutra; Diogo da Silva Genoveva; João Alves de Moura; Helena Vianna dos Santos; Otacílio Costa; Pricila Rodrigues; William Mariano dos Santos; L.R.J.; C.S.S. e J.F.C (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2017).

Pragmaticamente, segundo a Corte,

> [...] assim que se tome conhecimento do uso, por parte de agentes de segurança estatal, de armas de fogo com consequências letais, o Estado está obrigado a determinar se a privação de vida foi arbitrária ou não – obrigação esta que constitui um elemento fundamental e condicionante para a proteção do direito à vida que se vê anulado nessas situações (Mazzuoli, 2019).

Consequentemente, a Corte Interamericana condenou a República Federativa do Brasil às seguintes sanções: i) o Estado deverá conduzir eficazmente a investigação em curso sobre os fatos relacionados às mortes ocorridas na incursão de 1994, com a devida diligência e em prazo razoável, para identificar, processar e, caso seja pertinente, punir os responsáveis; ii) a respeito das mortes ocorridas na incursão de 1995, o Estado deverá iniciar ou reativar uma investigação eficaz a respeito desses fatos; iii) o Brasil deverá também, por intermédio do Procurador-Geral da República do Ministério Público Federal, avaliar se os fatos referentes às incursões de 1994 e 1995 devem ser objeto de pedido de Incidente de Deslocamento de Competência; iv) o Estado deverá iniciar uma investigação eficaz a respeito dos fatos de violência sexual; v) o Brasil deverá oferecer gratuitamente, por meio de suas instituições de saúde especializadas, e de forma imediata, adequada e efetiva, o tratamento psicológico e psiquiátrico de que as vítimas necessitem, após consentimento fundamentado e pelo tempo que seja necessário, inclusive o fornecimento gratuito de medicamentos, assim como os tratamentos respectivos deverão ser prestados, na medida do possível, nos centros escolhidos pelas vítimas; vi) o Estado deverá proceder às seguintes publicações, no prazo de seis meses: a) o resumo oficial da sentença, uma só vez, no Diário Oficial, em corpo de letra legível e adequado; b) o resumo oficial da sentença, uma só vez, em um jornal de ampla circulação nacional, em corpo de letra legível e adequado; c) o resumo oficial da sentença e também a sentença, na totalidade, disponível por um período de três anos, em uma página eletrônica oficial do governo federal, na página eletrônica oficial do Governo do Estado do Rio de Janeiro e na página eletrônica da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro; d) as contas das redes sociais Twitter e Facebook, da Secretaria Especial de Direitos Humanos do Ministério da Justiça, do Ministério das Relações Exteriores, da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro, da Secretaria de Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro e do Governo do Estado do Rio de Janeiro devem promover a página eletrônica em que figure a sentença e seu resumo, por meio de um post semanal pelo prazo de um ano; vii) o Estado deverá realizar um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional, em relação aos fatos do presente caso e sua posterior investigação, durante o qual deverão ser inauguradas duas placas em memória das vítimas, na praça principal da Favela Nova Brasília; viii) o Brasil deverá publicar anualmente um relatório oficial com dados relativos às mortes ocasionadas durante operações da polícia em todos os estados do país, contando informação atualizada anualmente sobre as investigações realizadas a respeito de cada incidente que redunde na morte de um civil ou de um policial; ix) o Estado, no prazo de um ano, deverá estabelecer os mecanismos normativos necessários

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

para que, na hipótese de supostas mortes, tortura ou violência sexual decorrentes de intervenção policial, em que prima facie policiais apareçam como possíveis acusados, desde a notitia criminis se delegue a investigação a um órgão independente e diferente da força pública envolvida no incidente, como uma autoridade judicial ou o Ministério Público, assistido por pessoal policial, técnico criminalístico e administrativo alheio ao órgão de segurança a que pertença o possível acusado; x) o Brasil deverá adotar as medidas necessárias para que o Estado do Rio de Janeiro estabeleça metas e políticas de redução da letalidade e da violência policial; xi) O Estado deverá implementar, em prazo razoável, um programa ou curso permanente e obrigatório sobre atendimento a mulheres vítimas de estupro, destinado a todos os níveis hierárquicos das Polícias Civil e Militar do Rio de Janeiro e a funcionários de atendimento de saúde; xii) adotar as medidas legislativas ou de outra natureza necessárias para permitir às vítimas de delitos ou a seus familiares participar de maneira formal e efetiva da investigação de delitos conduzida pela polícia ou pelo Ministério Público; xiii) o Brasil deverá adotar as medidas necessárias para uniformizar a expressão "lesão corporal ou homicídio decorrente de intervenção policial" nos relatórios e investigações da polícia ou do Ministério Público em casos de mortes ou lesões provocadas por ação policial, com a abolição do conceito de "oposição" ou "resistência" à ação policial deverá ser abolido; xiv) O Estado deverá pagar a soma de US$35.000,00 (trinta e cinco mil dólares dos Estados Unidos da América), uma única vez, para cada uma das vítimas de violações dos direitos às garantias judiciais, à proteção judicial e à integridade pessoal reconhecidos em sentença, e a soma adicional de US$15.000,00 (quinze mil dólares dos Estados Unidos da América) para L.R.J., C.S.S. e J.F.C., individualmente, a título de indenização por dano imaterial; xv) reembolso de custas e gastos (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2017).

Ao esquadrinhar a sentença do caso, Flávia Piovesan (2022, p. 814) assim a sintetiza:

> Em 16 de fevereiro de 2017, foi proferida sentença pela Corte Interamericana no caso Cosme Rosa Genoveva, Evandro Oliveira e outros, referente à denúncia de execução extrajudicial envolvendo 26 pessoas, inclusive 6 adolescentes, na atuação da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro de 18 de outubro de 1994 a 8 de maio de 1995 na Favela Nova Brasília. Na hipótese, a Corte declarou o Estado Brasileiro responsável pela violação aos direitos à integridade pessoal, à proteção judicial e às garantias judiciais, condenando o Estado ao dever de conduzir eficazmente a investigação sobre os fatos em tela, com a devida diligência e em prazo razoável, para identificar, processar e punir os 'responsáveis, determinando, ainda, a publicação da sentença em jornais de ampla circulação nacional, bem como a realização de ato público de reconhecimento da responsabilidade internacional, dentre outras medidas'.

Após a exposição dos fundamentos invocados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos ao condenar a República Federativa do Brasil no caso Favela Nova Brasília, fundamental, agora, avaliar se as disposições de sua sentença foram efetivamente implementados na ordem jurídica interna.

3 O (DES)CUMPRIMENTO DO MANDAMENTO DE CRIMINALIZAÇÃO E DAS OBRIGAÇÕES PROCESSUAIS PENAIS POSITIVAS DETERMINADOS PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO CASO FAVELA NOVA BRASÍLIA VS BRASIL

Diante da autoridade da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no tocante a um tema tão sensível, o inevitável questionamento subsequente é questionar se a República Federativa do Brasil tem se atentado às determinações do órgão jurisdicional interamericano, incorporando as boas práticas por ele ordenadas.

Quanto à determinação de investigação das chacinas, se, por um lado, o episódio de 1994, após o desarquivamento, foi objeto de denúncia pelo Ministério Público, em maio de 2013, e, hoje, tramita pela Justiça fluminense[3], por outro, "[...] os fatos de 1995, embora reiniciadas as investigações em julho de 2018, foram definitivamente arquivados, em março de 2020, por falta de elementos suficientes

3 A denúncia de 1994 tramita na 1ª Vara Criminal/RJ (processo 0271673-52.2009.8.19.0001) no Tribunal do Júri contra José Luiz da Silva dos Santos (PM), Paulo Roberto Wilson da Silva, Carlos Coelho Macedo, Rubens Souza Bretas e Ricardo Gonçalves Martins (PCs). Plínio Alberto dos Santos (PM) foi assassinado em 2018. Em outubro/2019, a 8ª Câmara Criminal/TJRJ negou recursos defensivos. Ninguém foi responsabilizado pelas 13 mortes. O inquérito de 1995, arquivado em 2009 e 2015, foi reaberto em julho/2018 por determinação do PGJ/RJ, mas novamente arquivado em março/2020 por impossibilidade de individualizar condutas (Caso [...], [2024]).

REVISTA DO DIREITO PÚBLICO, Londrina, v. 20, n. 2, p. 189-204, ago. 2025. DOI: 10.5433/1980-511X.2025.v20.n2.50989.

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

para a ação penal", ficando impunes os agentes policiais responsáveis por esses delitos" (Caso [...], [2024]).

Por outro lado, no que tange à ordem de apurar os crimes sexuais praticados contra as mulheres, explica que

> [...] em setembro de 2018, o Ministério Público do Rio de Janeiro (MP-RJ) instaurou procedimento investigatório criminal para apurar os crimes de violência sexual", de modo que, "em 19 de dezembro de 2019, o Ministério Público denunciou o inspetor da Polícia Civil Rubens de Souza Bretas e o ex-policial militar José Luiz Silva dos Santos pelas agressões e crimes sexuais contra L.R.J e C.S.S", e, "em 19 de junho de 2020, a juíza Daniella Alvarez Prado acatou a denúncia do MP, proibindo que os agentes se aproximem das vítimas ou de outras testemunhas, e determinando o afastamento de Rubens de Souza Bretas da Polícia Civil", caso que tramita em segredo de justiça (Caso [...], [2024]).

Ademais, se, por um lado, foram cumpridas as determinações relacionadas às publicações da sentença e de seu resumo[4] e de indenização em favor das vítimas[5] e de restituição ao Fundo de Assistência Jurídica às Vítimas da Corte Interamericana de Direitos Humanos[6], não foram implementadas as determinações relacionadas ao atendimento psicológico às vítimas[7], a afixação da placa memorial no local[8], a publicação anual dos dados de letalidade policial[9], o estabelecimento de mecanismos de investigação em casos de violência policial que assegurem a isenção do órgão policial ou ministerial de investigação[10], a redução da letalidade policial[11], o estabelecimento de curso para atendimento de vítimas de violência sexual[12], a

4 O Brasil publicou resumo oficial no DOU (16/11/2017) e O Globo (24/05/2018), disponibilizando íntegra nos sites do MRE e MDH (22-23/12/2017). Publicações ocorreram nos sites da Polícia Civil e secretarias estaduais, permanecendo apenas no primeiro após extinção das demais. Publicações semanais em redes sociais de cinco órgãos foram consideradas satisfatórias pela Corte (Caso [...], [2024]).

5 Em 15/05/2018, o MDH pagou indenizações a 34 familiares (US$ 35 mil cada) e duas vítimas de violência sexual (US$ 50 mil cada), totalizando quase R$ 10 milhões. Reembolso de custas: US$ 35 mil ao Cejil e US$ 20 mil ao ISER. Restituição ao Fundo de Assistência Jurídica: US$ 7.397,51 com 69 dias de atraso, complementado em setembro/2018 (Caso [...], [2024]).

6 "O Brasil efetuou a restituição ao Fundo de Assistência Jurídica às Vítimas da Corte Interamericana de Direitos Humanos em 23 de janeiro de 2018, mas o valor foi US$30,00 menor do que os US$7.397,51 (equivalente a R$ 24.176,54) estipulados, por conta de comissões cobradas pelos bancos intermediários da transferência internacional. Além disso, o pagamento foi feito 69 dias após o vencimento do prazo e, por isso, o Estado deveria ter incluído os juros devidos pelo atraso. Em 12 de setembro do mesmo ano, o Brasil fez a complementação do pagamento, cumprindo com sua obrigação internacional" (Caso [...], [2024]).

7 "O então Ministério dos Direitos Humanos (MDH) foi notificado pelo Cejil em novembro de 2017 sobre as vítimas interessadas no tratamento psicológico e psiquiátrico que a Corte determinou que o país oferecesse. Até a publicação da reportagem, em abril de 2018, o Estado ainda não havia implementado a medida, tendo o MDH informado estar trabalhando 'em articulação com o Ministério da Saúde para implementar essa medida'. Em 19 de dezembro de 2018, o então ministro dos Direitos Humanos, Gustavo do Vale Rocha, publicou portaria que instituiu grupo de trabalho (GT) para "realizar estudos e elaborar metodologia com vistas a ofertar atendimento à saúde de vítimas e familiares, conforme a demonstração de seu interesse". O GT englobava o caso Favela Nova Brasília e também o caso Guerrilha do Araguaia. Segundo a coordenadora do Instituto de Estudos da Religião (ISER) Isabel Pereira, a assistência psicológica às vítimas está sendo fornecida pelo Núcleo de Atenção Psicossocial a Afetados pela Violência de Estado (Napave), uma instituição não governamental, por intermédio dos peticionários, já que o Estado não atendeu a demanda" (Caso [...], [2024]).

8 "O Estado promoveu reunião com os representantes das vítimas em 19 de março de 2018, acatando, com poucos ajustes, a proposta dos familiares acerca do conteúdo das placas em memória das vítimas. De acordo com o veículo, a inauguração das placas na praça principal da Favela Nova Brasília ocorreria até 12 de maio daquele ano. Segundo a coordenadora do ISER Isabel Pereira, a realização do ato ainda não ocorreu por algumas divergências entre os familiares e o Estado quanto ao local e às autoridades que vão comparecer na inauguração, entre outras questões" (Caso [...], [2024]).

9 "O Estado brasileiro ainda não cumpriu a determinação de publicar anualmente relatório oficial com dados de homicídios ocorridos durante operações policiais ao redor do país. Naturalmente, também não cumpriu a determinação de que esse relatório inclua as investigações realizadas a respeito de cada incidente. Uma publicação nesse sentido é feita pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), uma organização não-governamental. De acordo com a última versão do Anuário Brasileiro de Segurança Pública, 3.181 pessoas foram mortas por intervenção policial apenas no primeiro semestre de 2020, um crescimento de 6% em relação ao mesmo período de 2019 – o número não inclui o estado de Goiás, que não divulgou dados. O Rio de Janeiro lidera o ranking de letalidade policial no primeiro semestre de 2020, com 775 mortes. O FBSP também é responsável pela publicação do Atlas da Violência. De acordo com a promotora Eliane de Lima Pereira, a extinção da Secretaria de Segurança Pública do RJ dificultou o cumprimento do ponto resolutivo, mas o Ministério Público está cobrando a efetivação da determinação da Corte Interamericana" (Caso [...], [2024]).

10 Em fevereiro/2018, o MP-RJ instaurou comissão para "diagnosticar possíveis falhas na Segurança Pública e Sistema de Justiça na apuração de violações de direitos humanos". O relatório determinou criação de nova comissão para aperfeiçoar controle externo da atividade policial, defendendo resolução conjunta para investigação direta pelo promotor em casos graves de violação de direitos humanos e criação de corpo técnico especializado. A Lei nº 8.928/2020 estabelece procedimentos para lesão corporal ou morte por intervenção estatal, determinando encaminhamento à Delegacia de Homicídios, mas não corresponde propriamente à determinação da Corte e exclui tortura/violência sexual (Caso [...], [2024]).

11 Os dados de letalidade policial no Rio cresceram vertiginosamente: 645 (2015), 920 (2016), 1.118 (2017), 1.534 (2018) e 1.814 (2019), mantendo-se altos em 2020 (775 no primeiro semestre). O STF restringiu operações policiais durante a pandemia (ADPF 635), fundamentando-se na condenação brasileira pela Corte Interamericana. O MP-RJ abriu inquérito civil (2019.00355120) sobre letalidade policial em setembro/2019 (Caso [...], [2024]).

12 "Não há informação de que o Brasil tenha estabelecido curso ou programa sobre atendimento a mulheres vítimas de estupro para policiais civis e militares do Rio de Janeiro, tampouco para profissionais do sistema de saúde. De acordo com a assessora de Direitos Humanos e Minorias do MP-RJ, Eliane de Lima Pereira, o Ministério Público está em articulações com a Polícia Civil do estado para o cumprimento deste ponto. O Réu Brasil questionou a assessoria de imprensa do Governo do Rio de Janeiro, bem como as assessorias da Polícia Civil e da Polícia Militar do estado sobre o cumprimento deste ponto resolutivo, mas não recebeu resposta até a publicação" (Caso [...], [2024]).

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

efetiva participação das vítimas nas investigações[13], assim como a abolição da terminologia "resistência e oposição" em operações policiais[14].

Em 2021, a CIDH convocou uma audiência pública, realizada pelo Conselho Nacional de Justiça, para analisar as reparações pendentes, que incluem a necessidade de investigações eficazes sobre os homicídios e violência sexual, tratamento médico às vítimas, e outras medidas destinadas a prevenir a repetição de tais violações.

Validamente, por outro lado, digno de menção que "no julgamento da ADPF 635 MC/RJ", em que deliberou, como regra, a impossibilidade de operações policiais nas comunidades do Rio de Janeiro, durante a pandemia da Covid-19[15], "foi utilizado o precedente firmado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso Favela Nova Brasília", conforme esclarecem Eduardo Cambi e Letícia de Andrade Porto (2022), para determinar que, sempre que se suspeitar que a autoria do delito incidir sobre agentes de segurança pública, incumbirá ao Ministério Público a sua investigação:

> Na ADPF 635 MC/RJ, com fundamento no art. 68.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos ('Os Estados-Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes') e fundado no precedente firmado no caso Favela Brasília vs. Brasil, o Min. Edson Fachin concluiu que 'sempre que houver suspeita de envolvimento de agentes dos órgãos de segurança pública na prática de infração penal, a investigação será atribuição do órgão do Ministério Público competente'. O exercício dessa atribuição deve ser ex officio e prontamente desencadeada, o que em nada diminui os deveres da polícia de enviar os relatórios sobre a operação ao parquet e de investigar, no âmbito interno, eventuais violações.

A decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 635 tratou de uma medida cautelar referente à omissão estrutural do poder público na adoção de medidas para reduzir a letalidade policial, resultando em violações de direitos humanos. A medida cautelar foi parcialmente deferida. O STF considerou cabível a ADPF quando há violação generalizada de direitos humanos, omissão estrutural dos três poderes e necessidade de uma solução complexa que envolva todos os poderes. Foi reconhecida a omissão do Estado na redução da letalidade policial, especialmente referenciada no caso "Favela Nova Brasília" pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A decisão destacou que o Judiciário não deve examinar minuciosamente o uso de helicópteros e tiros embarcados em operações policiais, mas cabe ao Executivo justificar a necessidade dessas ações. Os mandados de busca e apreensão devem ter objetivo certo e pessoa determinada, conforme decidido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ). Foi enfatizada a importância da independência e auditabilidade das perícias para garantir investigações criminais justas e acesso à justiça. Além disso, a decisão exigiu relatórios detalhados de cada operação policial, enviados tanto ao órgão judicial quanto ao Ministério Público.

13 "Em 6 de novembro de 2019, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) publicou a Resolução CNMP nº 201/2019, com o objetivo de se adequar à determinação da Corte Interamericana e ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, no que diz respeito à participação das vítimas e de seus familiares na fase de investigação de um delito. A norma alterou duas resoluções anteriores, que versavam sobre regras mínimas de atuação do Ministério Público (MP) no controle externo da investigação de morte decorrente de intervenção policial e sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do MP. A medida recomenda que se "diligencie, ainda na fase de investigação, no sentido de ouvir familiares da vítima e testemunhas eventualmente não arroladas nos autos, bem como de receber destes eventuais sugestões, informações, provas e alegações, que deverão ser avaliadas fundamentadamente", nos casos de morte por intervenção policial. Também estabelece que "nos procedimentos de acolhimento, oitiva e atenção à vítima, o membro do Ministério Público diligenciará para que a ela seja assegurada a possibilidade de prestar declarações e informações em geral, eventualmente sugerir diligências, indicar meios de prova e deduzir alegações, que deverão ser avaliadas fundamentadamente pelo MP". Por fim, recomenda que, quando a violência policial for em desfavor de pessoas negras, o membro do MP leve em consideração eventual hipótese de violência sistêmica, estrutural, psicológica e moral" (Caso [...], [2024]).

14 "O artigo 4º da Lei nº 8.928 em 9 de julho de 2020 – citada no texto sobre o cumprimento do ponto resolutivo 16 – estabelece que as ocorrências que envolverem ação policial "deverão ser registradas com a classificação 'lesão corporal decorrente de oposição à intervenção policial' ou 'homicídio decorrente de oposição à intervenção policial', conforme o caso". A normativa contraria frontalmente a determinação da Corte Interamericana, que estabeleceu "lesão corporal ou homicídio decorrente de intervenção policial" como o termo a ser uniformizado pela polícia e pelo Ministério Público, bem como a abolição dos termos "resistência" e "oposição". De acordo com a assessora de Direitos Humanos e Minorias do MP-RJ, Eliane de Lima Pereira, o termo definido pelo Tribunal interamericano é o que está sendo utilizado no âmbito do Ministério Público. Em outros órgãos, porém, a terminologia errada se mantém, amparada pela Lei 8.928/2020. O Réu Brasil questionou a assessoria de imprensa do Governo do Rio de Janeiro, bem como as assessorias da Polícia Civil e da Polícia Militar do estado sobre o cumprimento deste ponto resolutivo, mas não recebeu resposta até a publicação. Adicionalmente, no mesmo tópico em que determinou essa medida, a Corte Interamericana instou o Brasil a buscar a aprovação do Projeto de Lei (PL) nº 4.471/2012, que "trata de procedimento de perícia, exame de corpo delito, necropsia e da instauração de inquérito nos casos em que o emprego da força policial resultar morte ou lesão corporal". O PL não teve nenhuma movimentação relevante desde a sentença. Esse ponto não está sendo supervisionado pelo Tribunal" (Caso [...], [2024]).

15 A ADPF 635 reconheceu omissão estrutural na redução da letalidade policial, determinando medidas cautelares. A ementa destaca: "É cabível a arguição quando houver violação generalizada de direitos humanos, omissão estrutural dos três poderes e necessidade de solução complexa. A Corte Interamericana reconheceu omissão do Estado do Rio de Janeiro na elaboração de plano para redução da letalidade. A investigação criminal independente é garantia de acesso à justiça. O Ministério Público tem competência para investigar suspeitas de envolvimento de agentes de segurança em infrações penais, devendo atuar ex officio." (Brasil, 2020).

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

A decisão também abordou os direitos das crianças e adolescentes, afirmando que operações policiais próximas a escolas violam gravemente esses direitos e que o Estado deve assegurar prioridade absoluta a eles. Reafirmou-se a competência do Ministério Público para investigar crimes envolvendo agentes de segurança pública, assegurando imparcialidade e eficiência nas investigações. Por fim, foi determinado que os homicídios decorrentes de intervenções policiais não devem ser incluídos nos cálculos de gratificações dos agentes de segurança, pois isso contraria os deveres constitucionais do Estado. A medida cautelar foi parcialmente deferida, reconhecendo a necessidade de ações concretas e justificadas para reduzir a letalidade policial, proteger os direitos humanos e assegurar a independência das investigações criminais.

Lado outro, o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou conjuntamente as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 2.943, 3.309 e 3.318, reconhecendo, por unanimidade, a procedência parcial das ADIs, com interpretação conforme a Constituição para definir que o Ministério Público tem a atribuição concorrente para realizar investigações penais, por autoridade própria e por prazo razoável, desde que respeitados os direitos e garantias dos indiciados, a reserva constitucional de jurisdição e as prerrogativas profissionais da advocacia. Os atos praticados pelos membros do MP devem ser documentados e estão sujeitos ao controle jurisdicional permanente, conforme a Súmula Vinculante 14.

Nada obstante, deve ser assegurado o cumprimento da determinação contida na sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) no Caso Honorato e Outros versus Brasil, reconhecendo que o Estado deve garantir ao órgão ministerial os recursos econômicos e humanos necessários para investigar as mortes de civis cometidas por policiais civis ou militares. A instauração de procedimentos investigatórios pelo *parquet* deve ser motivada sempre que houver suspeita de envolvimento de agentes dos órgãos de segurança pública em infrações penais ou sempre que ocorrerem mortes ou ferimentos graves devido ao uso de armas de fogo por esses agentes. Se houver representação ao órgão ministerial e o procedimento não for instaurado, a decisão deve ser motivada. Nas investigações de natureza penal, o *Parquet* pode requisitar a realização de perícias técnicas, cujos peritos devem ter plena autonomia funcional, técnica e científica na realização dos laudos.

Percebe-se, assim, que, nada obstante se esteja longe de uma perfeita conformação da legislação criminal brasileira e, especialmente, da atuação dos agentes policiais aos padrões exigidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao menos, a Suprema Corte brasileira tem se atentado aos parâmetros determinados pela jurisprudência do órgão interamericano, exigindo que a investigação dos fatos se dê, aprioristicamente, por intermédio do Ministério Público, evitando-se, assim, qualquer vício de parcialidade na condição das investigações, o que tende a refletir positivamente ao cenário da proteção dos direitos humanos no país.

Diante desse cenário de cumprimento parcial das determinações da Corte Interamericana, uma análise crítica revela que os motivos estruturais do descumprimento residem em três fatores principais: primeiro, a resistência institucional de setores do aparato de segurança pública que mantêm práticas tradicionais de investigação; segundo, a insuficiência de recursos humanos e materiais destinados à implementação das medidas determinadas; e terceiro, a ausência de mecanismos efetivos de controle e monitoramento do cumprimento das decisões internacionais. Estes fatores evidenciam que o problema não reside apenas na vontade política, mas também em deficiências estruturais do sistema de justiça brasileiro que impedem a plena efetivação dos compromissos internacionais assumidos pelo Estado.

A resposta de Giuliana Mayara Silva de Oliveira (2019) é pela “necessidade urgente de regulamentar o procedimento executório das decisões internacionais, para que não fiquem as vítimas à mercê do algoz Estado, para que não dependam da política adotada pelo governante à época da execução”, defendendo, pois, a criação de um processo de execução interna de tais decisões, por intermédio de lei específica assim como já fizeram Peru e Colômbia.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

Rafael de Lazari e Cleide Alves de Arruda (2022) comunicam perspectivas alvissareiras a esse respeito, ao noticiarem a publicação da Resolução 364, de 12 de janeiro de 2021, do Conselho Nacional de Justiça, que instituiu a Unidade de Monitoramento e Fiscalização de decisões e deliberações da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Esta iniciativa representa um marco institucional, pois deve auxiliar o Brasil a implementar, definitivamente, as determinações estabelecidas pelo órgão jurisdicional interamericano.

Entre as atribuições da nova Unidade, conforme previsto no art. 2º da mencionada Resolução, é importante destacar aquelas que se referem ao monitoramento e à fiscalização das obrigações relacionadas às determinações da Corte Interamericana de Direitos Humanos oriundas de sentenças, quais sejam: fiscalizar e monitorar as medidas adotas pelo poder público; sugerir propostas relacionadas a providências nos âmbitos administrativo, legislativo e judiciário, que se fizerem necessárias; e monitorar a tramitação dos processos e procedimentos relativos à reparação material e imaterial das vítimas de violações. Essas providências, quando forem efetivadas, certamente vão trazer muitas melhorias no sentido de proteger e garantir os Direitos Humanos no Brasil, bem como dar efetividade nas decisões condenatórias da Corte (dando ao tema o devido respeito a que faz jus).

Com propriedade, ao defender a necessidade de regulamentação legal de um procedimento executivo interno para fazer cumprir as sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos, conclui Giuliana Mayara Silva de Oliveira (2019) que tais determinações não podem ser relegadas à exclusiva potestade dos governantes do país:

Espera-se que a República Federativa do Brasil cumpra com as decisões exaradas pela Corte Interamericana sempre de forma espontânea, sinalizado para a efetivação dos direitos humanos conquistados, mas a regulamentação é imprescindível para que não fique ao alvitre do órgão político a conveniência de cumprir ou não cumprir o julgado, o que afronta o próprio Sistema Interamericano de Diretos Humanos.

Mais uma vez, portanto, a Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou a República Federativa do Brasil por descumprir a obrigação processual penal positiva de investigar, processar e punir os agentes responsáveis por graves afrontas aos direitos humanos de seus cidadãos, em caso de clara e manifesta negligência dos órgãos incumbidos de sua investigação em empreender todos os esforços necessários para esclarecer os fatos e sua autoria.

CC BY NC ND

REVISTA DO DIREITO PÚBLICO, Londrina, v. 20, n. 2, p. 189-204, ago. 2025. DOI: 10.5433/1980-511X.2025.v20.n2.50989.

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

CONCLUSÃO

A análise do cumprimento das obrigações processuais penais positivas impostas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Favela Nova Brasília vs. Brasil revela um cenário de complexidade e desafios. A decisão da CIDH não apenas expôs falhas estruturais no sistema de justiça penal brasileiro, mas também destacou a necessidade urgente de reformas profundas para garantir a proteção efetiva dos direitos humanos.

Em primeiro lugar, a hipótese inicial deste estudo foi confirmada: os mandamentos de criminalização e as obrigações processuais penais positivas estabelecidos pela CIDH são instrumentos jurídicos essenciais para a tutela dos direitos humanos em âmbito internacional. Eles impõem aos Estados a obrigação de não apenas tipificar certas condutas como crimes, mas também de assegurar que esses crimes sejam investigados, processados e punidos de forma adequada e tempestiva. No caso Favela Nova Brasília, as graves violações de direitos humanos cometidas durante as operações policiais e a subsequente negligência nas investigações demonstram claramente a distância entre a teoria e a prática na implementação desses mandatos.

A decisão da Corte Interamericana, ao condenar o Brasil, determinou uma série de medidas visando a corrigir as falhas identificadas e promover a justiça para as vítimas. Essas medidas incluem a reabertura de investigações, a adoção de políticas públicas para reduzir a letalidade policial, a garantia de tratamento psicológico às vítimas e a realização de atos públicos de reconhecimento de responsabilidade. Contudo, a implementação dessas medidas tem enfrentado significativas barreiras, tanto em termos de vontade política quanto de capacidade administrativa.

A resposta do Estado brasileiro às determinações da CIDH tem sido, em muitos aspectos, insuficiente. Embora algumas medidas tenham sido parcialmente implementadas, como a reabertura de investigações e a realização de publicações oficiais, muitas outras continuam pendentes ou foram negligenciadas. A resistência institucional e a falta de recursos adequados são fatores que contribuem para essa ineficácia. Além disso, a cultura de impunidade que permeia o sistema de justiça criminal brasileiro constitui um obstáculo fundamental para a plena realização das obrigações processuais penais positivas.

A relevância deste estudo reside na compreensão dos desdobramentos institucionais concretos que emergiram da decisão da CIDH. Primeiramente, a criação da Unidade de Monitoramento e Fiscalização pelo Conselho Nacional de Justiça representa um avanço institucional significativo para o controle do cumprimento das decisões internacionais. Em segundo lugar, as decisões do Supremo Tribunal Federal, especialmente na ADPF 635, demonstram como a jurisprudência da CIDH pode influenciar positivamente a prática judicial nacional, estabelecendo a competência exclusiva do Ministério Público para investigar crimes envolvendo agentes de segurança pública. Finalmente, a incorporação dos padrões interamericanos na jurisprudência constitucional brasileira evidencia um processo gradual, embora ainda incompleto, de internalização das obrigações internacionais.

A análise crítica aqui apresentada revela a necessidade de uma abordagem mais robusta e integrada, que envolva não apenas reformas legislativas, mas também uma mudança cultural dentro das instituições de justiça. A proteção dos direitos humanos deve ser vista como uma prioridade absoluta, e a implementação das decisões da CIDH é um passo crucial nesse caminho. Nesse contexto, a regulamentação de um procedimento executório específico para decisões internacionais, conforme sugerido pela doutrina, emerge como medida essencial para conferir efetividade aos compromissos assumidos pelo Estado brasileiro.

O papel do Supremo Tribunal Federal (STF) é digno de destaque, pois suas decisões recentes têm buscado alinhar a prática jurídica nacional aos parâmetros internacionais estabelecidos pela CIDH. O julgamento da ADPF 635, que impôs restrições às operações policiais em comunidades durante a pandemia, é um exemplo de como a jurisprudência da Corte Interamericana pode influenciar positivamente a prática judicial brasileira. No entanto, ainda há um longo camin-

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

ho a ser percorrido para que as obrigações processuais penais positivas sejam plenamente cumpridas e para que a justiça seja efetivamente alcançada para as vítimas de violações de direitos humanos.

Quanto às perspectivas futuras, três medidas prioritárias se impõem: primeiro, a aprovação de lei específica regulamentando o procedimento de execução interna das decisões da CIDH, a exemplo do que já fizeram Peru e Colômbia; segundo, o fortalecimento dos mecanismos de controle e monitoramento, mediante a ampliação dos recursos humanos e materiais da Unidade criada pelo CNJ; e terceiro, a implementação de programas de capacitação permanente para agentes de segurança pública e operadores do sistema de justiça sobre os padrões internacionais de direitos humanos.

Em conclusão, a implementação das obrigações processuais penais positivas determinadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Favela Nova Brasília vs. Brasil é um imperativo moral e jurídico que o Estado brasileiro deve perseguir com determinação. É fundamental que o Brasil adote todas as medidas necessárias para garantir que os responsáveis por graves violações de direitos humanos sejam devidamente investigados, processados e punidos, e que as vítimas recebam a devida reparação. A construção de um sistema de justiça mais justo e eficaz, comprometido com a proteção dos direitos humanos, é um desafio que exige não apenas a ação coordenada do Estado, mas o engajamento de toda a sociedade na superação dos obstáculos estruturais identificados neste estudo.

CC BY NC ND

REVISTA DO DIREITO PÚBLICO, Londrina, v. 20, n. 2, p. 189-204, ago. 2025. DOI: 10.5433/1980-511X.2025.v20.n2.50989.

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 8 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 635 MC/RJ:** Medida Cautelar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental**.** Constitucional. Medida cautelar em arguição de descumprimento de preceito fundamental. Omissão estrutural do poder público na adoção de medidas para a redução da letalidade policial. Violação de direitos humanos. Necessidade de interpretação de dispositivos constitucionais [...]. Requerente: Partido Socialista Brasileiro – PSB. Recorrido: Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Edson Fachin, 18 de agosto de 2020. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur433905/false. Acesso em: 8 jul. 2024.

CAMBI, Eduardo; PORTO, Letícia de Andrade. Constitucionalismo multinível e controle de convencionalidade. **Revista dos Tribunais,** São Paulo, v. 1039, p. 103 – 126, maio 2022.

CASO Favela Nova Brasília versus Brasil. **Réu Brasil**, São Paulo, [2024]. Disponível em: https://reubrasil.jor.br/caso-favela-nova-brasilia-versus-brasil/. Acesso em: 8 jul. 2024.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil**: sentença de 16 de fevereiro de 2017. San José: CIDH, 2017. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_por.pdf. Acesso em: 8 jul. 2024.

FISCHER, Douglas. PEREIRA, Frederico Valdez. **As obrigações processuais penais positivas:** segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

LAZARI, Rafael José Nadim de; ARRUDA, Cleide Alves de. O Caso dos Empregados da Fábrica de Fogos em Santo Antônio de Jesus e a Efetividade das Decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil. **Revista Jurídica Cesumar**, Maringá, v. 22 n. 1, p. 115-128, 2022. DOI: https://doi.org/10.17765/2176-9184.2022v22n1.e10154

MARGRAF, Alencar Frederico; LIMA, Andressa Cesti Neves. A Corte Interamericana de Direitos Humanos e a condenação do Brasil no Caso Favela Nova Brasília. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 1011, p. 299 – 322, jan. 2020.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos humanos na jurisprudência internacional.** São Paulo: Ed. Método, 2019.

MONTAGNA, Mariangela. I diritti minimi della vitima. *In*: GAITO, Alfredo. **I principi europei del processo penale.** Napoli: Dike, 2016. p. 299-325.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. A teoria dos mandados de criminalização e o combate efetivo à corrupção. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**, São Paulo, v. 5, p. 43-68, 2014. Disponível em: https://es.mpsp.mp.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/170. Acesso em: 8 jul 2024.

OLIVEIRA, Giuliana Mayara Silva de. A [in]eficácia das decisões da corte interamericana no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 111, p. 181 – 207, jan./fev. 2019.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; CARVALHO, Luciana Benassi Gomes. Violações brasileiras às “garantias judiciais”: uma visão a partir da Corte Inte-

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

ramericana de Direitos Humanos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 1018, p. 227 – 251, ago. 2020.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

PONTE, Antonio Carlos da. **Crimes eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2008.

RAMOS, André de Carvalho. Mandados de criminalização no direito internacional dos direitos humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 62, p. 9-55, set./out. 2006.

CC BY NC ND

DOI: 10.5433/1980-511X.2025.V20.N1.51177

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

CONTROLE SOCIAL COMO PARTICIPAÇÃO CIDADÃ: ANÁLISE DO CONSELHO DE USUÁRIO DE SERVIÇOS PÚBLICOS NA CONTROLADORIA GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

SOCIAL CONTROL AS CITIZEN PARTICIPATION: ANALYSIS OF THE PUBLIC SERVICES USER COUNCIL IN THE MUNICIPAL COMPTROLLER'S OFFICE OF SÃO PAULO

Dirce Nazare de Andrade Ferreira

Pós-Doutoranda na FGV-SP. Pesquisadora da FGV-EAESP- São Paulo. Doutora em Direito Constitucional (Direitos e Garantias Fundamentais - FDV). Doutora em História (História Social das Relações Políticas - UFES). Mestre em Direito Constitucional (Direitos e Garantias Fundamentais - FDV). Mestre em Educação (História da Educação). Professora da Universidade Federal do Espírito Santo. E-mail: dircenazare@hotmail.com.

Como citar: FERREIRA, Dirce Nazaré de Andrade. Controle social como participação cidadã: análise do conselho de usuário de serviços públicos na controladoria geral do município de São Paulo. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 20, n. 2, p. 205-219, ago. 2025. DOI: 10.5433/1980-511X.2025.v20.n2.51177. ISSN: 1980-511X.

Recebido em: 06/08/2024

Aceito em: 22/04/2025

Resumo: Pesquisa qualitativa envolvendo Direito Administrativo e Constitucional, investiga Controle Social como participação democrática cidadã no Conselho de Usuários de Serviço Público (CONDEUSP) em São Paulo. Através da metodologia, pesquisa de campo, documental, participante e exploratória, com aplicação de entrevistas os resultados mostram que a participação cidadã democrática e o controle social não dialogam com a comunidade, tampouco com planejamento e intervenção nas políticas públicas como deseja o direto fundamental. Os instrumentos de interlocução com a sociedade precisam de melhorias. Pesquisa contribui com a lacuna de trabalhos empíricos envolvendo a gestão municipal e a participação cidadã no tocante tanto ao Direito Constitucional quanto Administrativo.

Palavras-chaves: controle social; participação; cidadania.

Abstract: This qualitative research, situated within Administrative and Constitutional Law, investigates social control as a form of democratic citizen participation in the Council of Public Service Users (CONDEUSP) in São Paulo. Using a methodology that combined field, documentary, participant, and exploratory research with interviews, the study found that current forms of democratic citizen participation and social control do not effectively engage the community. Furthermore, they fail to facilitate intervention in public policy planning as intended by this fundamental right. The findings suggest that the instruments for public dialogue need significant improvement. This research addresses a notable gap in the empirical literature concerning municipal management and citizen participation, contributing insights to both Constitutional and Administrative Law.

Keywords: social control; participation; citizenship.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

INTRODUÇÃO

A função controle social ou participação cidadã na gestão pública tem conceito polissêmico com singular diversidade, pois além de inserir os munícipes para atuar como expressão observacional e de correição da gestão, é também suporte para tomada de decisão na perspectiva de alcance dos objetivos organizacionais públicos e o cumprimento do princípio da finalidade.

Durante muito tempo a Administração Pública atuou de forma endógena, o Direito Administrativo restou atrelado à centralidade do poder decisório e dependente de uma concepção de interesse público voltada a justificar a existência do poder político soberano e restrito à esfera pública (Pietro, 2010). Ocorre que essa conduta autocentrada resultou no afastamento de seu maior destinatário: o cidadão. Esse vácuo incômodo ensejou repensar a Administração Pública considerando a sociedade como co-partícipe (Teixeira, 2002).

Assim, desde a Constituição de 1988, a ideia de poder partilhado ou filosofia participacionista motivou os órgãos públicos a importantes interlocuções entre Estado e sociedade, implementadas através do Controle Social.

A literatura de Direito Administrativo tem direcionado atenção especial ao estudo da função Controle Social. Dentre as obras, vale destacar os trabalhos de Maria Sylvia Zanella di Pietro (2010), Luiz Carlos Bresser Pereira (2002), Odete Medauar (2012), Maria Paula Dallari Bucci (2009) dentre outros. Todavia quando se aprofunda a pesquisa sobre trabalhos na gestão pública descrevendo a participação cidadã e entrelaçando a robustez da teoria com a prática para contribuir com estudos organizacionais na área do Direito Administrativo, pouco material é encontrado, portanto há uma lacuna que precisa ser preenchida.

Esta pesquisa dialoga com o tema Controle Social delimitando-o à esfera da gestão pública na Prefeitura de São Paulo para entender a participação social ou cidadã (Milani 2008) enquanto retroalimentação entre a comunidade e o serviço público prestado. A pesquisa é um recorte do direito do usuário do serviço público, então as relações de consumo também tangenciam a temática, pois o Estado é fornecedor de bens à sociedade. Passo a elucidar a importante relação:

Na cidade de São Paulo a Controladoria Geral do Município (CGM) tem em sua estrutura administrativa um órgão colegiado denominado Conselho de Usuários dos Serviços Públicos (CONDEUSP) - objeto desta pesquisa - com poder relevante sobre a gestão pública municipal. O Decreto 58.426/2018 possibilita que sete (7) cidadãos do município tomem assento no CONDEUSP durante um mandato temporário de dois anos, para trabalhar junto a sete (7) servidores públicos municipais.

Eis o Controle Social ou participação cidadã exercidos na gestão pública como forma de envolvimento nas políticas públicas, pois o CONDEUSP está ínsito na Divisão de Fomento e Participação de Controle Social, o que significa dizer, participação cidadã, ou ainda, exercício do controle social pelos munícipes (Santos; Gugliano, 2015). Por conseguinte, este trabalho procura desvelar as questões:

- Qual a atuação do CONDEUSP no município de São Paulo?
- De que forma se concretiza a participação cidadã do CONDEUSP?
- Partindo da premissa de entender seu funcionamento, os objetivos desta pesquisa se circunscrevem a:
- Entender a participação cidadã do CONDEUSP no município de São Paulo;
- Demonstrar seu escopo, suas atribuições e relações entre governo e sociedade.

Para além desse entendimento, o presente trabalho de pesquisa deseja reforçar a formação conceitual da temática ora tratada – Controle social e Participação cidadã no município – e entrelaçar teoria epistêmica e empiria no fazer da administração municipal paulista, na perspectiva de colaborar com a gestão pública, com o Direito Administrativo e Constitucional, pois há uma lacuna de estudos nesta área versando sobre Controle Social.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

Essas discussões teóricas das práticas da gestão fortalecem tanto a cidadania e a democracia (Pereira, 2002), quanto emitem luzes na academia para que o tema Controle Social seja desvelado e discutido, nas raias da municipalidade, por entender que a inserção de cidadãos na gestão pública é processo conflituoso para tensionar ações do governo e fazer cumprir o direito do usuário do serviço público.

Quanto aos procedimentos metodológicos a pesquisa se desenvolveu como um estudo teórico-empírico do CONDEUSP, objeto analisado pelas vias qualitativas, uma vez que o Controle Social envolve subjetividade e diálogo participativo. Dessa forma, a pesquisa tem taxonomia explicativa, descritiva e documental (Vergara, 2015) pois foram examinadas como fontes primárias as legislações que formatam o exercício do CONDEUSP: os Decreto municipais 58.426/2018 e 60.620/2021.

A legislação acima é descritiva, logo, ela é estanque se analisada como única fonte. Então, fez-se interessante entender como e quais dinâmicas foram construídas para além dos documentos oficiais. Assim a pesquisa também se desenvolveu como trabalho de campo através de visitas *in loco* com observação não participante no órgão, para fazer análise de Documentos Oficiais do CONDEUSP: atas, ofícios, memorando, a página *on line* e a plataforma eletrônica – estruturas e outros mecanismos exigidos pelo Decreto 58.426/2018. Para complementar a pesquisa, foi realizada uma entrevista direta, aberta e estruturada com representantes do CONDEUSP. A escolha dos membros foi aleatória (Vergara, 2015).

Para entender o Controle Social, foi importante destacar que a participação da comunidade se iniciou mediante chamamentos do Estado a seus destinatários, através de Editais. Dessa forma entende-se que o tipo de participação cidadã no CONDEUSP é do tipo induzida, instigada (Dusseldorp, 1981) e direta (Richardson, 1983) pois os munícipes além de serem persuadidos pelo chamamento do Edital atuam pelas vias diretas de sua própria participação na gestão, em um comitê consultivo (Dagnino; Teixeira, 2014) interacional, com a Prefeitura de São Paulo.

Vale dizer que o Controle Social enquanto participação cidadã, é atuação de tensionamento e conflitos da gestão pública, mas também de envolvimento nas políticas públicas como protagonismo e ação da sociedade.

E justamente por isso, foram selecionadas para análise as categorias de Pereira (2002):

- Participação popular: entrada da sociedade na estrutura decisional do Estado;
- Diálogo: comunicação entre agentes de pólos antagônicos (Estado- sociedade);
- Decisão: capacidade de optar e mudar rumos do Estado.
- Cidadania: condição de pertencimento e capacidade de decisão.

Tais categorias foram pesquisadas nas legislações, nos documentos, nas ações e nos produtos dos membros do CONDEUSP, entendendo que suas participações se concretizam enquanto atos administrativos relevantes para a gestão pública municipal. É que na pesquisa de campo foi imperioso tanto conhecer as formas de propulsão do fenômeno (Controle Social), quanto colaborar com as discussões sobre o desdobramento da cidadania participativa. Isto significa desvelar o engajamento da sociedade civil (Brito, 1992) nas decisões da administração pública municipal, na perspectiva de entender que respostas são emanadas para os dilemas da comunidade (Pietro, 2010).

Portanto, o presente trabalho está construído em quatro partes: na primeira parte são debatidos os conceitos de Controle Social e a participação cidadã a partir da literatura e doutrina; a segunda parte contempla a descrição do CONDEUSP a partir da visita *in loco* (descrição de documentos, legislação e artefatos) desta forma foi importante analisar e comparar a legislação com os instrumentos administrativos que a Controladoria Municipal disponibiliza para o exercício do CONDEUSP: a página da CGM, o portal da transparência da Prefeitura de São Paulo, o portal de dados abertos, o Regimento do CONDEUSP, as atas do CONDEUSP, as portarias dos Conselheiros e o Diário Oficial da cidade de São Paulo. Assim foram comparados o instrumental acima com documentos oficiais, para

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

entender o processo enquanto área meio de suporte ao Controle Social, principalmente para deles extrair a presença dos princípios: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

A terceira parte do trabalho demonstra a visão dos Conselheiros a partir de entrevistas abertas, tratadas qualitativamente. Na última parte do trabalho as considerações finais fecham o percurso demonstrando o cumprimento dos objetivos, a resposta ao problema e as sugestões para os campos da gestão pública, entrelaçando o Direito Constitucional e Administrativo.

1 O CONTROLE SOCIAL E A PARTICIPAÇÃO CIDADÃ NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Entendendo que a Administração Pública tem o dever ético de prestar contas à sociedade, a função controle é o acompanhamento da conduta dos agentes públicos a partir da verificação de um requisito prévio. Desta forma o controle se efetiva como observação que pode ser concomitante ao ato que está sendo realizado ou *a posteriori* de sua execução, mas sempre a partir de um cânone que lhe serve de matriz. Portanto, na função controle há uma ação de prototipia ou modelagem prévia, que se entrelaça ao controlador que por sua vez, exerce a comparação entre a coisa executada e o protótipo ou cânone.

Neste aspecto, Teixeira (2020, p. 4) destaca que "[...] as palavras 'controle e transparência' são também frequentemente utilizadas" na sinonímia de dar vitrine à gestão pública.

Em consonância ao que acima foi registrado, a cultura cristalina da participação traz à gestão pública, membros da sociedade, na perspectiva de ação colaborativa, ou seja, ela efetiva o instituto Controle Social (Pietro, 2010). Isto por que os agentes selecionados são os integrantes da comunidade, o que para Medauar (2012) significa "[..] um controle extraorgânico", aquela contribuição aditiva ao controle oficial, que na verdade, o complementa como forma de interlocução da sociedade com o próprio Estado.

Daí ser possível destacar a função de atuação conjugada do Controle Social com o controle oficial, pois ele representa tanto uma Administração Pública descentralizada, quanto imperativa participação direta da sociedade, na gestão. Vale dizer, portanto, que o Controle Social representa a Democracia sendo concretizado por um canal de comunicação entre sociedade e Administração Pública visando o êxito do princípio do interesse público pelas vias do povo.

Em rigor, é necessário aclarar que, desde a Constituição de 1988 a forma de democracia participativa tem florescido e gerado interlocuções entre Estado e seus administrados, em um diálogo importante. Logo, o controle Social é cristalina lâmina entre gestão pública e sociedade já contido no artigo 1º. da Constituição Federal de 1988 ressaltando que o poder emana do povo que o exercita direta ou indiretamente.

Ao longo do regramento legal brasileiro o legislador reaviva a democracia com a presença da sociedade em áreas distintas, tais como: a participação popular na educação, na recomendação da gestão democrática de ensino público, nas políticas adstritas à saúde e assistência social, nas audiências públicas e no instituto da Ação Popular, dentre outros temas (Pereira, 2002).

Cabe destacar que as ações de participação popular com real possibilidade de intersecção na gestão pública, representam atuação cooperativa e concretizadora da influência cidadã no exercício do poder. Essa participação nos órgãos decisórios concede à sociedade, um dúplice papel: a possibilidade de envolvimento na gestão pública de forma direta, provendo assim um estreito duto entre Estado e comunidade, para suprir vãos e fissuras democráticas e o atendimento dos imperativos e reclamos da própria sociedade (Teixeira, 2002).

Esclarecendo a relevância dessa ação bilateral, a gestão pública outorga ao munícipe o protagonismo e participação contidos na Constituição Federal de 1988, assim o controle social se consubstancia no direito que a sociedade tem de exigir da gestão pública a demonstração prestacional de seus atos, bem como o

CC BY NC ND

cumprimento da finalidade e interesse público, razão primeva de existência do próprio Estado.

Enuncia-se com isso que, o controle social é uma forma de ativismo que impulsiona a cidadania, pois é importante instituto de participação na Administração Pública. Medauar (2012) ressalta que o Controle Social é "mecanismo formal de atuação da sociedade". Assim a possibilidade do diálogo do cidadão na gestão pública cristaliza uma dinâmica que impulsiona três institutos do direito constitucional: a inclusão, o debate e a decisão.

Assim, a participação popular na gestão é ato propulsor de pertencimento pois cria um amálgama entre a própria sociedade e o Estado (Pietro, 2010). Para além da função controle, o pertencimento cidadão também é vetor de boa administração à medida que preconiza uma gestão consciente e alinhada com a sociedade, que por sua vez torna-se vigilante e cônscia de seus papeis (Pereira, 2002). Logo, o Controle social representa uma reconfiguração da Administração Pública, provendo articulação entre Direito Administrativo e Direito Constitucional, sempre na perspectiva de ouvir seus munícipes e prestar-lhes serviço adequado e aderente ao princípio da finalidade pública, valendo dizer que, é o exercício da integridade e das boas práticas na gestão pública.

Por conseguinte, a inserção de pessoas estranhas à gestão pública impele mudanças e reajustamentos gerando desafios, de maneira que, a metáfora anterior da gestão pública monolítica e estanque representada por uma figura piramidal imutável, sofre abalos (Ferreira, 2011). De certo que essa oscilação reflete ondas nas camadas hierárquicas solidamente escalonadas da gestão podendo fazer surgir a metáfora plural da figura circular, representando a cidadania, e por conseguinte a expansão dos diálogos pelas vias do Controle Social.

A ideia do Controle Social é polifuncional e diferenciado, pois remete ao movimento da gestão pública municipal em rede, abrangendo simultaneamente tempo, pessoas, culturas e espaços diferentes que se mesclam. Desta maneira é uma experiência dinâmica e envolve diversidade de conotações (Fleury, 2000).

A gestão pública assim pensada apresenta ação político-institucional plural, importante caraterística do Estado Democrático de Direito, cumpridor de leis e garantidor da finalidade pública, o que se pode subsumir em uma palavra polissêmica: a cidadania participativa (Richardson, 1983).

O conceito acima remete a adjetivações ligadas à democracia, tais como: celebratória, crítica, emancipatória e revolucionária. Portanto, a cidadania é aberta e integrativa, acentuando a construção de sociedades democráticas e inclusivas, "[...] que articulam políticas de igualdade e diversidade" (Candau, 2008, p. 51) esculpidas na cultura da gestão pública, com fisionomia voltada ao interesse público.

É certo que, o controle social enquanto participação cidadã tem conexão com democracia e legislações que lhes dê suporte, neste sentido, Pereira (2002, p. 23) enfatiza que "[...] a descentralização e o controle social dependem da existência dos direitos do cidadão, a começar pela divulgação correta e irrestrita de informações sobre os órgãos públicos".

Isso porque o controle social é o próprio exercício da democracia, pois ele possibilita a criticidade da sociedade sendo exercida pelas vias do particular, de maneira que esse olhar avaliativo gera uma cultura de envolvimento que resulta em melhorias na implementação da gestão pública. Assim, se constrói um verdadeiro liame cidadão entre a Administração Pública e a sociedade, orientando a gestão às boas práticas.

Portanto, se pode afirmar que há uma dinâmica intervencionista nas relações Estado-sociedade à medida que se incorpora cidadãos nos espaços de poder, significando conexão e diálogo. Assim, é salutar entender como age o CONDEUSP, objeto deste trabalho. Na próxima seção fizemos uma importante articulação entre conceito, caracterização e forma de funcionamento do CONDEUSP, tomando como base de análise as legislações que dão concretude ao Controle Social, bem como os artefatos usados para impulsionar a participação da sociedade.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

2 O CONSELHO DE USUÁRIOS DO SERVIÇO PÚBLICO DE SÃO PAULO (CONDEUSP)

Conforme foi dito na introdução deste trabalho, a Controladoria Geral do Município de São Paulo (CGM-SP) é tronco orgânico que abriga a Coordenação de Defesa do Usuário, que por sua vez, impulsiona e executa esses atos protetivos ao cidadão, pelas vias do CONDEUSP. Os três órgãos acima estão localizados fisicamente no Viaduto do Chá número 15, 10º andar, bairro centro histórico, na cidade de São Paulo.

O CONDEUSP enquanto órgão colegiado, é consultivo e paritário e congrega 14 membros e suplentes, sendo que, 7 (sete) componentes são cidadãos que provém da sociedade o que vale dizer, não integram a estrutura da Administração pública até o início de seu mandato bienal. A partir de então, se transformam em cumpridores de função pública relevante não remunerada, exercendo o cargo de Conselheiro com o encargo de acompanhar, propor, contribuir e participar da gestão pública no município de São Paulo.

O artigo 5º. do Decreto 58.426/2018 faz o desenho do CONDEUSP, dando-lhes as feições, delineando as diretrizes, destacando a estrutura e o ferramental necessário ao seu funcionamento, e principalmente dispõe sobre a atuação dos responsáveis, atribuindo-lhes as seguintes decisões:

> a) acompanhar a prestação dos serviços públicos municipais;
>
> b) participar da avaliação dos serviços públicos municipais prestados;
>
> c) propor melhorias na prestação dos serviços públicos;
>
> d) contribuir com a definição de diretrizes para o adequado atendimento ao usuário;
>
> e) acompanhar e avaliar a atuação da Ouvidoria Geral do Município, demais Ouvidorias e/ou responsáveis por ações da Ouvidoria de cada órgão e entidade prestadora de serviços públicos municipais;
>
> f) manifestar-se quanto às consultas que lhe forem submetidas (São Paulo, 2018).

Partindo dessas atribuições, há também a exigência da criação de artefatos administrativos que façam o CONDEUSP funcionar, na perspectiva do efetivo diálogo com a sociedade através de ativa participação cidadã.

O Decreto 58.426/2018, que instituiu a Política Municipal de Atendimento ao Cidadão Usuário de Serviço Público em São Paulo, possibilitou criar o CONDEUSP com dúplice ofício: é função administrativa, mas também jurídica pois é um instrumento garantidor do interesse público (Alvarez, 2004).

Órgão colegiado e consultivo da gestão pública do município de São Paulo, ligado à Controladoria Geral do Município de São Paulo (CGM), o CONDEUSP deseja ser um canal interlocutório entre os munícipes e a Administração Pública, ou seja, almeja exercitar o Controle Social, essa faculdade de observação, mensuração e correção; portanto ele representa um pluralismo de opiniões divergentes (Dusseldorp, 1981).

Isto porque, a titularidade do Controle Social, pertence aos munícipes, pois a gestão pública é a ação do Estado enquanto exercente da administração da *res* pública. Daí que a boa gestão é uma pluralidade de esforços do Estado com a sociedade, sendo que o Controle Social é a personificação desta sintonia congruente envolvendo os dois pólos: cidadãos e gestão pública. Valendo dizer que é o entrelaçamento do Direito Constitucional com o Administrativo.

Essa participação representa o exercício do voluntariado ou compromisso social, pois os munícipes se equiparam ao servidor público efetivo no tocante às responsabilidades civis, penais e administrativas, daí seu grau de relevante encargo, que requer por sua vez, cristalina e rigorosa seleção e recrutamento, dentre os membros da sociedade.

Regulamentada pelo Decretos 58.426/2018 e 62.959/2021, o concurso para participar do Conselho é aberto ao público, pede ampla divulgação para captar maior número de munícipes e realizar refinada seleção dos membros do CON-

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

DEUSP. A seleção é de responsabilidade da Coordenadoria de Defesa do Usuário, a qual o Conselho está ligado.

O Edital de 2020 que publicou a primeira e única seleção para o CONDEUSP exigiu que o cidadão preenchesse requisitos, tais como: fator etário (ter 18 anos), fator escolaridade (ser alfabetizado), fator domicílio (residir na cidade de São Paulo), fator consumo (ser usuário do serviço público da área em que atue no CONDEUSP), fator civilidade ou da sociedade (não ser agente público em quaisquer instâncias), fator idoneidade (não estar condenado) fator cidadania (gozo de direitos políticos).

Tais requisitos personificam a responsabilidade exigida do conselheiro, pois sua atuação é radar prévio e posterior de detecção de anomalias que ensejam correções de rota na gestão municipal, sempre na perspectiva de fazer melhorias na vida pública e nas áreas de maior demanda do município de São Paulo (Dagnino; Teixeira, 2014). Logo, por ser um canal comunicacional com vistas ao êxito da gestão pública, o CONDEUSP se transforma em vetor representacional da sociedade, pela longa mão do Controle Social.

Destaca-se o grau de responsabilidade que é transferida ao Conselheiro por duas razões: a) a complexidade e grandiosidade física do município de São Paulo por suas características cosmopolitas plurais; b) a magnitude e grau de desenvolvimento econômico e social de São Paulo, que o faz polo irradiador de mudanças para as demais áreas do Brasil. Assim há uma dimensão sócio-política no Controle Social que potencializa desvelar e corrigir entraves e vulnerabilidades nas áreas sensíveis da gestão pública (Pietro, 2010).

As áreas de maiores óbices municipais que estão representadas minuciosamente pelos conselheiros no CONDEUSP, são: Zeladoria e Turismo, Transporte e Mobilidade, Assistência Social, Saúde, Empreendedorismo e Licenciamento, Educação, Segurança e Defesa Civil. Essas áreas foram escolhidas e agrupadas a partir do maior número de reclamações da comunidade, na plataforma da Prefeitura Municipal de São Paulo e foram consideradas pontos sensíveis nos quais "a comunidade poderia deliberar sobre proposições e soluções" (Bucci, 2009, p. 6).

Daí ser de imperativo relevo destacar que, como o instituto do Controle Social concede liberdade de exame dos atos do poder público, a participação social do CONDEUSP é do tipo ativa, direta e completa (Dusseldorp, 1981) pois ele atua como censor e sensor.

Enquanto sensor o CONDEUSP tem a função de observar, organizar, planejar e dar publicidade aos atos da gestão pública municipal, por meio de divulgação no portal da transparência municipal e portal de dados abertos. Isso porque não se pode cindir o nexo entre controle e publicidade, laço perfeito na boa administração pública.

Enquanto censor, o CONDEUSP é controlador da legalidade, do cumprimento da finalidade pública e da boa gestão, adjetivos que a Prefeitura Municipal deseja concretizar em seus cânones legislativos. Eis que, nos Decretos emanados há uma série de medidas propositivas sugerindo instrumentos e funcionalidades na gestão municipal, "na fiúza de impulsionar as características imperiosas da boa gestão" (Pietro, 2010).

Na conjugação dessa análise foram pesquisados o fazer administrativo dos Conselheiros, seus projetos, ações e intervenções, com foco nas categorias de análise: Participação popular, Diálogo, Decisão e Cidadania, aspectos que serão a partir de agora, deslindados à luz dos instrumentos administrativos, são eles: as plataformas eletrônicas, as páginas *on line* da CGMSP, e o sítio eletrônico da Prefeitura Municipal de São Paulo.

É uma exigência do artigo 6º. do Decreto ora tratado que o CONDEUSP funcione por meio de plataforma eletrônica complexa, na perspectiva de cumprir o princípio da finalidade e do cristalino interesse público.

Por plataforma eletrônica complexa se entende um ambiente digital interacional síncrono e assíncrono de várias atividades, que viabilize interlocuções e

CC BY NC ND

ISSN 1980-551X

compartilhamentos de informações, inclusive promovendo ações criativas com retroação, capaz inclusive de geração de projetos, por via digital. Fato interessante, pois uma das atribuições propositivas dos Conselheiros é exatamente a sugestão de melhorias na administração pública, com a decorrente prestação de contas à comunidade cumprindo assim o princípio da publicidade "que torne efetivo o exercício dialógico da função controle" (Teixeira, 2020), no papel de censor e sensor.

Na presente pesquisa foi visto que não há plataforma digital abrigando o CONDEUSP. Quando solicitado esse dado, foi informado que há uma página *on line* da CGMSP que dá visibilidade aos serviços públicos municipais. Ocorre que a página *on line* existente é uma ferramenta mecânica demonstrativa e declaratória que permite somente leitura, afastando desde logo a interação dinâmica e de dupla via que se preconiza no Controle Social.

É importante destacar que a legislação exige a participação dos Conselheiros, bem como a presença e atividade do CONDEUSP, por meio da plataforma eletrônica. Na pesquisa foi informado que as reuniões são feitas mensalmente pela ferramenta "*Microsoft Teams*", um importante aplicativo ou *software* multifuncional, porém não é considerado plataforma digital nos moldes requeridos pelo Decreto ora tratado.

Além disso, a página da CGMSP está abrigada no sítio eletrônico da prefeitura (prefeitura.sp.gov.br), se configurando assim, como informação que não é de fácil acesso, quando se imagina que seu escopo é atender o usuário de serviço público. Desde logo, a "participação social se mostra um óbice, empurrando a cidadania para a invisibilidade (Bucci, 2009)".

Foi consultado também o portal da transparência da Prefeitura Municipal de São Paulo, no endereço eletrônico "prefeitura.sp.gov.br" constatando-se que não há naquele sítio quaisquer informações sobre o CONDEUSP, seu funcionamento e sua estrutura.

Além das páginas citadas, também foi consultado minuciosamente o sítio eletrônico denominado "portal de dados abertos" outra página *on line*, demonstrativa. O local traz importantes materiais desdobrando-os em informações que remetem a um conjunto de ícones simbólicos relacionados à temas diversos, tais como: educação, saúde, cultura, direitos humanos etc. porém há uma lacuna na página quando se procura o CONDEUSP. Para amainar essa ausência há um ícone denominado "participação social" que demonstra três importantes dados: as solicitações feitas pela comunidade, os relatórios da ouvidoria e publicidade de documentação. Todas eles são relatórios comunicacionais sobre temas diversos, mas nenhum se refere ao CONDEUSP, desta forma e desde logo, se observou um vazio na categoria diálogo com a comunidade, pois comunicação entende-se "via de mão dupla interacional (Bucci, 2009)" e não comunicação descendente verticalizada de mão única do tipo relatório.

Registre-se que, outra importante lacuna no portal de dados abertos refere-se à publicação trimestralmente atualizada da composição do CONDEUSP. Vale destacar que essa lacuna colide com a Lei de Acesso à Informação que recomenda o princípio da publicidade como preceito geral e a divulgação de informações independente de solicitações (Pietro, 2010).

Outra ausência de dado na página *on line*, diz respeito aos critérios de seleção dos membros do CONDEUSP, bem como suas atividades. Registre-se que, tanto esses parâmetros de seleção, quanto às atividades exercidas pelos conselheiros são obrigações prestacionais que não estão sendo cumpridas. Porém nas páginas e artefatos que abrigam o CONDEUSP, há dificuldade de visualização e isso já colide com a função de transparência, diálogo e participação cidadã requerida pelo Controle Social (Pietro, 2010).

Após longa pesquisa nas páginas *on line*, em oculta cascata interna da *internet* (dentro do site da CGM, dentro da página da Coordenação de Usuários, dentro do Departamento de Fomento) estão publicadas informações sobre o CONDEUSP: atas das reuniões e o rol nominal dos conselheiros representantes da sociedade, da administração pública e seus respectivos suplentes.

CC BY NC ND

ISSN 1980-551X

É importante destacar que o mandato dos conselheiros corresponde a dois anos, todavia a página disponibiliza o rol de Conselheiros referente ao ano da seleção feita em dezembro de 2020 e permanece até 2024 sem alteração. Dessa informação é possível inferir que a página não está atualizada, pois já estaria exaurido um mandato (2021-2022) e outro estaria em curso (2023-2024).

Ademais, a legislação advoga que a cada seis meses a CGM deve publicar rol nominal e as atividades dos Conselheiros. Essa informação não foi encontrada em nenhuma das páginas *on line*, tampouco nos documentos físicos consultados. Logo, na atuação do CONDEUSP quando se investiga atribuições e se compara com o que prevê a legislação, há um descompasso.

Conforme destacado anteriormente, não há plataforma eletrônica abrigando o CONDEUSP. Na ausência dela, a Controladoria Geral de São Paulo publica em uma página eletrônica abrigada no endereço “www.prefeitura.sp.gov.br” outros dados também meramente demonstrativo de atos da Administração Pública Municipal. No Menu do lado esquerdo, há um campo contendo importantes informações sobre o CONDEUSP, quais sejam: a estrutura do Conselho, as atribuições, as áreas de representações, e a relação nominal dos membros, informando seus mandatos que deveriam ser em biênio, mas não estão atualizados.

É importante destacar que o Decreto idealizador do CONDEUSP foi gerado e entrou em vigor no ano de 2018, mas a página informa que o CONDEUSP foi criado somente em 2021, portanto a publicidade e as informações se iniciam a partir do ano de 2021. Portanto, se deduz que há uma inconsistência e defasagem de dados, tanto no início das atividades do CONDEUSP, quanto na propulsão e lançamento desses dados, aspectos que colidem com a Lei de Acesso à Informação e resultam no afastamento do principal destinatário do serviço: o cidadão.

Além do mais, a garantia de prover ao munícipe um foro de participação e avaliação ficou inerte, o que prejudica sobremaneira a proposição de melhorias na gestão pública, “razão de ser do Controle Social participacionista” (Pietro, 2010).

Quanto à Seleção dos Conselheiros do CONDEUSP, também foi outra lacuna, pois a cooperação Estado-Sociedade que se materializa pela participação do cidadão na gestão pública, deveria se iniciar com um ato de chamamento à comunidade nos sítios eletrônicos da Prefeitura, da Controladoria e da própria CONDEUSP, como forma de interlocução com a sociedade, enquanto ação própria de exercício do Controle Social, que representa diálogo e participação espontânea e concedida (Dusseldorp, 1981).

No entanto, a pesquisa não encontrou o edital nas páginas, ou seja, não se viu ação volitiva do CONDEUSP de ser um difusor de informações e cumprir o princípio da publicidade. O que se obteve de informações, foi que a divulgação da seleção dos Conselheiros ocorre através do Diário Oficial do Município de São Paulo, inclusive consta na página da CGM, os excertos da última chamada em 2020, para composição do CONDEUSP com o título “Edital de chamamento público no. 01/2020- CGM”, do dia 23/01/2020. Ou seja, há um vazio obscuro, pois a participação que deveria ser publicizada, veiculada nos mais diversos canais, se perfaz no entanto, somente em Diário Oficial, em espaço diminuto e quase oculto, dificultando acesso.

Foi informado que o edital traz um prazo elástico de inscrições (3 meses) já que a baixa demanda ou edital deserto tem deixado alguns postos sem preenchimento. Para suprir tal lacuna, há vagas de suplência, que por sua vez, algumas não foram preenchidas. O certame é bifásico, ou seja, ocorre em duas etapas, nas quais há verificação das condições de admissibilidade pela análise de: a) documentos pessoais; b) currículo e carta de motivação apresentados pelos candidatos. É interessante destacar um rigor que cerca a seleção, pois os critérios que a comissão de seleção (São Paulo, 2020) exige dos candidatos são:

- adequação à área temática ou categoria escolhida;
- experiência ou vivência como usuário do serviço público
- escolhido;
- aderência da experiencia profissional ou compatibilidade

- com a área;
- atuação em atividade voluntária.

No entanto, embora se reconheça que existe a participação popular enquanto inserção dos munícipes na gestão pública, esse ingresso é bastante dificultoso, no sentido de dar publicidade e conceder efetiva participação aos conselheiros.

3 A ATUAÇÃO DO CONDEUSP NA VISÃO DOS CONSELHEIROS: DEMOCRACIA E CIDADANIA?

A partir de informações acima demonstradas, outros dados que não estavam disponíveis, foram obtidos na entrevista presencial com os Gestores e Conselheiros do CONDEUSP. Através de visitas técnicas *in loco* foram aplicadas as seguintes questões sobre: o início do CONDEUSP, a atuação dos Conselheiros, a função e objetivo do CONDEUSP, a participação dos Conselheiros. A respostas foram agrupadas por semelhança e desidentificadas para preservar o sigilo, passamos a discutir o conteúdo:

Quanto ao início do CONDEUSP, foi respondido que o Conselho foi implantado formalmente em novembro 2021, quando a equipe tomou posse. A partir de então o CONDEUSP se reúne mensalmente *on line*, pelo aplicativo *teams*, as respostas foram unânimes em demonstrar que não há plataforma on line . Ao final das reuniões lavra-se documentos formais do conteúdo (registros em atas). Essa resposta foi confirmada pela análise documental, entrecruzando-a com a legislação, outros documentos.

Ainda sobre o início do CONDEUSP, foi respondido que “na reunião inicial dos trabalhos, o Controlador Geral do Município destacou a importância de um Conselho que assegure melhorias aos Serviços Públicos Municipais oferecidos aos cidadãos”, essa resposta coaduna com a ata número 1 do CONDEUSP. Tanto as respostas das entrevistas quanto o texto das Atas não esclarecem de que forma seriam implementadas essas melhorias. Quanto a essa proposição evasiva, merecem atenção tanto o Decreto 58.426, quanto o Regimento do CONDEUSP, destacando seu papel ativo de “participar, contribuir, acompanhar, avaliar e se manifestar sobre a prestação de serviços públicos”.

Quanto ao funcionamento do CONDEUSP as respostas nas entrevistas não esclareceram os meios e canais pelos quais esses verbos acima são executados e nem quando ou se foram feitas algumas realizações na gestão nesse sentido, o que à luz da teoria da participação social, fica bastante comprometido o escopo do próprio CONDEUSP enquanto controle social.

À pergunta sobre a atuação do CONDEUSP as respostas também se mostraram evasivas, demonstrando que de 2021 até 2024 não há efetivamente o ativismo e participação cidadã aderente à comunidade, que se almeja. Ou seja, a liberdade de exame, o acompanhamento, a participação e avaliação dos serviços públicos pelos conselheiros ainda não foi realizada, ficando divorciadas as relações entre Governo e Sociedade, razão de ser do CONDEUSP. Logo, a categoria participação da comunidade fica ao longo do caminho, em uma relação de invisibilidade.

Quando se dialogou sobre a atuação do CONDEUSP enquanto canal de interlocução entre Estado e sociedade, as respostas obtidas apontaram que não há diálogo direto com os cidadãos e que os canais para essa comunicação é a ouvidoria. Então, já de imediato, a conjugação esforço e consensualidade entre Estado e sociedade via participação social, cai por terra inerte e prejudicada. O escrutínio minucioso da gestão pública que é desejado pelos conselheiros, cai em silêncio ensurdecedor.

Essas respostas sobre atuação dos Conselheiros foram confirmadas na pesquisa documental: nesses dois anos de existência, tanto as atas de reuniões quanto os outros documentos (memorandos, ofícios etc.) revelam que esses encontros mensais foram na verdade somente palestras, cursos e atualizações ofertadas ao Conselheiros, sempre na justificativa que eles são porta vozes dos munícipes. Exemplo disso foram os cursos de Políticas Públicas e Defesa do Usuário dos

Serviços Públicos Municipais, bem como o Curso de Mediação de Conflitos oferecidos em 2021.

É importante que haja ao conselheiro, atualização e aperfeiçoamento, todavia o que se almeja pelas vias da participação social como via de mão dupla interlocutória entre o Estado e o CONDEUSP, é o exercício ativo da função pública dando a ela propulsão e movimento. Ou seja, deseja-se um ativo protagonismo do Conselheiro na gestão pública com aderência à comunidade que ele representa. Não foi demonstrada essa faculdade, todavia.

Com exceção de atos pontuais dos Conselheiros tais como examinar o serviço 156, que são comunicações (*chats on line*) entre a sociedade e a Prefeitura de São Paulo e a avaliação das cartas de serviço dos órgãos públicos para detecção de anomalias no serviço público, ficou evidente que a maioria dos atos de atuação do CONDEUSP foi subsumida a receber passivamente aulas e palestras sobre gestão pública e outros temas.

À pergunta sobre a participação do Conselheiro no sentido de propor projetos, planos ou atividades que representassem diálogos democráticos com a comunidade, todas as respostas apontaram que não há documento algum propondo projetos ou ações nesse sentido.

Em rigor é necessário aclarar que a participação do CONDEUSP na gestão deveria funcionar como interlocução à comunidade, com ação bem planejada, na qual cada Conselheiro apresentasse um planejamento de ação desdobrando-se em projetos e planos adstritos à sua área de atuação. Essa atuação se configuraria como participação protagonista propositiva e plural, pois ela articularia várias outras áreas. Ademais, o projeto é prototipia para o exercício do controle social.

No entanto, não foram encontrados quaisquer planos ou projetos escritos ou orais, demonstrando planejamentos para ações. É importante frisar que o controle social exercido sem a prototipia prévia ou guia para verificação, comparação, e adequação de políticas públicas, se transforma em letra morta no papel frio da legislação.

Ainda quanto à pergunta sobre participação, os conselheiros foram abordados sobre o artigo 8º do Decreto 58426/2018 que trata sobre os “mecanismos de participação denominadas de enquetes”. As respostas apontaram que nesses dois anos não foram criadas enquetes tampouco propostas de melhoria corporificada em projetos ou planos e que também não há o canal de manifestação idealizado, para o exercício da participação social. Foi informado também que a dificuldade se dá principalmente pela ausência da plataforma onde deveria estar hospedado o CONDEUSP. Logo, as contribuições propositivas, aditivas e críticas do CONDEUSP na gestão, também ficaram bastante prejudicadas.

Questionados sobre o objetivo e funcionamento futuro do CONDEUSP as respostas vislumbram a criação da página “Participe+”, um canal *on line*, que concede maior interlocução com os munícipes, todavia não foram apresentados nem vias documentais, nem planos escritos para tal realização, restando essa proposta como um ideal ou desejo expresso somente na oralidade.

E por fim, à pergunta sobre ações futuras de participação do CONDEUSP na sociedade, foi obtida a informação de que o Decreto 58.426/2018 será derrogado e em seu lugar o CONDEUSP terá no futuro e sem data planejada nova conformação por plataforma, com participação universal dos cidadãos.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quando se pensa em atuação do CONDEUSP na administração municipal de São Paulo dois institutos vêm à tona, são eles: a defesa do usuário da política pública e o incentivo à participação social da comunidade como interlocução com o Estado. O Decreto 58.426/2018 preconiza essas duas vertentes acima citadas.

Ocorre que, conquanto se tenha a política de defesa do usuário inscrita em legislações e instrumentos, o CONDEUSP atua no cumprimento da legislação como uma melhoria da imagem organizacional municipal, sem conseguir cumprir o que o Decreto 58.426/2018, preconiza e sem efetivar a finalidade pública, sua razão de existir.

Entende-se que, para ser plural, participativo e verdadeiro exemplo de cidadania, o CONDEUSP necessariamente deveria dar voz e protagonismo aos Conselheiros da comunidade e incentivá-los a debater e apresentar projetos indutores de políticas públicas aderentes às demandas da comunidade paulista. Não foi o que se observou, todavia.

Há dois anos, na perspectiva de conhecer e desvelar os problemas do município de São Paulo, o grupo se debruça sobre importantes debates e palestras sem fim, todavia não consegue implementar aquilo que se denomina gestão compartilhada Estado-sociedade, que se traduz em propostas, planejamentos de mudança e planos operacionais viáveis, exercitando o protagonismo da participação social aderente à comunidade e sendo porta-voz dela.

E assim o que seria uma interlocução importante entre Estado e os munícipes para gerar políticas públicas, se transforma em discussão de problemas domésticos comezinhos e pontuais que atribulam a comunidade; são temas importantes, mas não têm a relevância para ser discutido em um Conselho de Participação Social gerador de políticas públicas.

A Ata 20, por exemplo, informa palestra sobre a existência de animais abandonados nas ruas, em outra passagem o CONDEUSP convidou para palestras os representantes do “Programa Silêncio Urbano: PSIU!” cuja Divisão de Silêncio Urbano já se encontra-se criada e localizada na Coordenadoria de Posturas Urbanas da Secretaria Municipal das Subprefeituras.

As ações acima são circunscritas ao tema palestras e colóquios que não geraram proposições e projetos factíveis na gestão pública municipal. Logo, as categorias importantes envolvendo democracia, participação, diálogo e decisões entre Estado e sociedade ainda não se fazem presentes no exercício do CONDEUSP.

Assim, o CONDEUSP resvala tanto em ser ouvinte, quanto claudica em ser o vetor emancipatório da vontade popular, pois não há sequer diálogo direto com os munícipes, visto que tal interlocução é feita pela Ouvidoria Geral do Município de São Paulo, o que significa para o CONDEUSP perda da razão de existir, já que inexiste a participação integrativa com a comunidade.

Também não foi possível dizer que o CONDEUSP cumpre sua atribuição de vanguarda em acompanhar, propor e participar da gestão pública, como deseja o Decreto que o criou. Além do que, o Conselho frustra em estabelecer na gestão pública um efeito interventivo nas decisões, O CONDEUSP também resvala em funcionar como uma *capitis diminutio* no poder de império soberano dos atos administrativos, pois ele não faz política interventiva.

Similarmente foi possível verificar que não há política propositiva do CONDEUSP na gestão pública tanto para sugerir diretrizes, quanto para corrigir anomalias e por vezes evitá-las. Logo, o CONDEUSP ainda não é capaz de exercitar esse olhar extra orgânico do cidadão na gestão pública, tampouco consegue ser o vetor de interlocução tanto com a ouvidoria municipal, quanto com outros setores da administração pública, como se deseja.

Assim, o CONDEUSP que era para operar como farol redirecional da gestão pública municipal, atuando como importante indicador de desempenho da Administração pública, funciona como passivo grupo que ainda não conseguiu cumprir

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

sua finalidade de zelar pelo interesse público, trazendo a comunidade para o círculo de ações.

Adicionalmente a isso, e tendo-se a percepção cristalina de que as políticas públicas são decisões ou escolhas para atender as necessidades da coletividade - escopo maior do interesse público - não se pode turvar o entendimento que o Controle Social visto isoladamente é uma ideia que não consegue propulsão sem as ferramentas ou meios administrativos que lhes dê suporte. E nesse entendimento a gestão municipal da cidade de São Paulo ainda necessita ter um olhar mais atento ao ferramental do CONDEUSP e ao próprio cumprimento das políticas de atendimento ao usuário.

É que a cooperação Estado-Sociedade se concretiza pela participação e principalmente por instrumental *on line*, na perspectiva de agilizar respostas. Todavia, as páginas disponibilizadas pela prefeitura ainda não conseguem fazer efetivo diálogo, pois são plataformas de informações por via unidirecional.

Na verdade, a população brasileira em sua grande maioria não tem acesso à tecnologia, por razões diversas. E mesmo com possibilidade de acesso, as páginas oferecidas, são desdobramentos de outras páginas, abrigadas em espaços ocultos cujo acesso não é dos mais fáceis.

Participação Social é conjugação de esforços e reciprocidade implicando interlocuções e diálogos. O que se tem hoje no CONDEUSP, representa ações mecânicas diretivas informativas por via unilateral da gestão pública. Então é necessário repensar essa forma de ação, para impulsionar verdadeiramente diálogos democráticos que exercitem a cidadania, tais como: canais de interlocução direto com a sociedade, construção de projetos e planos trazendo demandas, e implementações de soluções a partir dessas demandas.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

REFERÊNCIAS

ALVAREZ, Marcos César. Controle social: notas em torno de uma noção polêmica. **São Paulo em Perspectiva**, São Paulo, v. 18, n. 1, p. 168-176, jan./mar. 2004. DOI: https://doi.org/10.1590/S0102-88392004000100020.

BRITO, Carlos Ayres. Distinção entre "controle social do poder" e "participação popular". Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 189, p. 114–122, 1992. DOI: https://doi.org/10.12660/rda.v189.1992.45286.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Controle judicial de políticas públicas: possibilidades e limites. Fórum Administrativo Direito Público, Belo Horizonte, ano 9, n. 103, set. 2009.

CANDAU, Vera Maria. Tecendo a cidadania: oficinas pedagógicas de direitos humanos. Vozes. São Paulo, 2008.

DAGNINO, Evelina; TEIXEIRA, Ana Claudia Chaves. The participation of civil Society in Lula's Government. **Journal of Politics in Latin America**, Hamburg, v. 6, n. 3, p. 39-66, 2014. DOI 10.1177/1866802X1400600303.

DUSSELDORP, Daniel Bernard W. M. Participation in planned development influenced By governments of developing countries at local level areas. *In*: LIER, Rudolf Asueer Jacob van; BELT, Herman van de (ed.). **Essays in rural sociology**. Wageningen: Agricultural University Wageningen. 1981. p. 25-88.

FERREIRA, Dirce Nazare Andrade. **A ética rizomática no estado democrático de direito e o princípio da supremacia do interesse público**. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito e Garantias Fundamentais) - Faculdade de Direito de Vitória, Vitoria, ES, 2011. Disponível em: http://repositorio.fdv.br:8080/bitstream/fdv/145/1/Dirce%20Nazar%c3%a9.pdf. Acesso em: ?

FLEURY, Maria Tereza Leme. Gerenciando a diversidade cultural: experiência de Empresas brasileiras. **RAE-Revista de Administração de empresas**, São Paulo, v. 40, n. 3, p. 18-25, 2000. Disponível em: https://www.scielo.br/j/rae/a/YqBJ94QnWgPFBRcD7FJHnQj/?format=pdf&lang=pt. Acessso em:?

MEDAUAR, Odete. **Controle da administração pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MILANI, Carlos R. S. O princípio da participação social na gestão de políticas públicas locais: uma análise de experiências latino-americanas e européias. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 42, n. 3, p. 551-579, 2008. DOI: https://doi.org/10.1590/S0034-76122008000300006.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Reforma da nova gestão pública: agora na agenda da América Latina, no entanto. **Revista do Serviço Público**, Brasília, v. 53, n. 1, p. 5-27, 2002. DOI: https://doi.org/10.21874/rsp.v53i1.278.

PIETRO. Maria Syilvia Zanella di. 10 Artigos sobre Controle na Administração Pública. **Fórum de Contratação e Gestão Pública**, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, abr. 2010.

RICHARDSON, Ann. **Participation**. Londres: Routledge & Kegan Paul. 1983

SANTOS, Priscilla Ribeiro; GUGLIANO, Alfredo Alejandro .Efetividade das políticas participativas no governo brasileiro: o Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, v. 23, n. 56, 2015. DOI: https://doi.org/10.1590/1678-987315235601

SÃO PAULO (Município). Edital de Chamamento Público CGM n. 01/2020. Dispõe sobre o chamamento para a composição do Conselho de Usuários dos

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

Serviços Públicos Municipais - CONDEUSP, com vistas ao acompanhamento da prestação e à avaliação dos serviços prestados, previstos na Lei Federal nº 13.460/2017 e Decreto Municipal nº 58.426/2018. **Diário Oficial do Município de São Paulo**: São Paulo, n. 1, p. 1-7, 2020.

SÃO PAULO (Município). **Decreto nº 58.426 de 18 de setembro de 2018**. Regulamenta a Lei Federal nº 13.460, de 26 de junho de 2017, dispondo sobre a atuação dos responsáveis por ações de ouvidoria e a participação, proteção e defesa dos direitos do usuário de serviços públicos; transfere a Coordenadoria de Defesa do Usuário do Serviço Público Municipal – CODUSP para a Controladoria Geral do Município; institui a Política Municipal de Atendimento ao Cidadão, no âmbito da Cidade de São Paulo; revoga os dispositivos que especifica. São Paulo: Prefeitura do Município, 2018.

SÃO PAULO (Município). **Decreto nº 60.620 de 6 de Outubro de 2021**. Altera o artigo 7º do Decreto nº 58.426, de 18 de setembro de 2018, que institui a Política Municipal de Atendimento ao Cidadão, no âmbito da Cidade de São Paulo, dispondo sobre o Conselho de Usuários dos Serviços Públicos, previsto na Lei Federal nº 13.460, de 26 de junho de 2017.

TEIXEIRA, Elenaldo Celso. **O local e o global**: limites e desafios da participação cidadã. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

TEIXEIRA, Marco Antonio Carvalho. Accountability ou prestação de contas, CGU ou Tribunais de Contas: o exame de diferentes visões sobre a atuação dos órgãos de controle nos municípios brasileiros. **Base**, São Leopoldo, v. 17, p. 456-482, 2020. DOI10.4013/base.2020.173.04.

VERGARA, Sylvia V. **Métodos de pesquisa em administração**. São Paulo: Editora Atlas. 2015.

CC BY NC ND

DOI: 10.5433/1980-511X.2025.V20.N1.51204

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

POLÍTICAS PÚBLICAS DE INTELIGÊNCIA E O DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA NO BRASIL: UMA ANÁLISE SISTÊMICA A PARTIR DO REGIME JURÍDICO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

PUBLIC POLICIES RELATED TO INTELLIGENCE AND THE FUNDAMENTAL RIGHT TO SECURITY IN BRAZIL: A SYSTEMIC ANALYSIS FROM THE LEGAL REGIME OF PUBLIC POLICIES

Pedro Henrique Hermes

Mestrando em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - Bolsista PROSUC CAPES II. Pós-graduando em Direito Público pelo Centro Universitário Internacional. Pós-graduando em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Graduado em Direito pela Antonio Meneghetti Faculdade. Advogado. E-mail: pedrohermes.1@hotmail.com.

Rogério Gesta Leal

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina e pela Universidad Nacional de Buenos Aires. Mestrado em Desenvolvimento Regional pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Graduado em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Professor titular da Universidade de Santa Cruz do Sul e da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul - FMP, nos cursos de graduação, mestrado e doutorado em Direito. E-mail: gestaleal@gmail.com.

Como citar: HERMES, Pedro Henrique; LEAL, Rogério Gesta. Políticas públicas de inteligência e o direito fundamental à segurança no Brasil: uma análise sistêmica a partir do regime jurídico das políticas públicas. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 20, n. 2, p. 220-232, ago. 2025. DOI: 10.5433/1980-511X.2025.v20.n2.51204. ISSN: 1980-511X.

Recebido em: 10/08/2024
Aceito em: 22/04/2025

Resumo: As políticas de inteligência desempenham papel crucial na segurança, sendo a análise dessas políticas no Brasil relevante devido aos complexos desafios de segurança pública. A Constituição de 1988 consagra a segurança como dever do Estado e direito de todos, mas sua efetivação enfrenta obstáculos. Este artigo analisa as políticas de inteligência frente ao direito fundamental à segurança, investigando a estruturação da política brasileira e possíveis aperfeiçoamentos. Para tanto, utiliza-se o seguinte problema de pesquisa: qual a estruturação sistêmica da política de inteligência brasileira frente ao direito fundamental à segurança pública e as possíveis diretrizes de aperfeiçoamento? O método utilizado é o dialético, com abordagem monográfica. O estudo aborda os fundamentos contemporâneos do direito à segurança e analisa a política de inteligência brasileira à luz das matrizes jurídicas sobre políticas públicas. Ao final, constata-se que o aperfeiçoamento da política pública perpassa pela regulamentação no âmbito da Internet uma vez que afeta a segurança nacional, a democracia, a liberdade, entre outros direitos consagrados na Constituição da República.

Palavras-Chave: direitos fundamentais; políticas públicas; segurança pública.

Abstract: Intelligence policies play a crucial role in security, and analyzing these policies in Brazil is relevant due to complex public security challenges. The 1988 Constitution establishes security as the State's duty and everyone's right, but its implementation faces obstacles. This paper analyzes intelligence policies in the context of the fundamental right to security, examining the structure of Brazilian policy and potential improvements. This study's research problem is: what is the systemic structuring of the Brazilian intelligence policy in relation to the fundamental right to public security and the possible guidelines for improvement? The dialectical method is employed with a monographic approach. This paper addresses contemporary foundations of the right to security and analyzes Brazilian intelligence policy in the context of legal frameworks on public policies. It concludes that improving public policy involves regulating the Internet, as it impacts national security, democracy, freedom, and other rights enshrined in the Constitution.

Keywords: fundamental rights; public policies; public security.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

INTRODUÇÃO

As políticas públicas são ações estatais para consagração de direitos fundamentais. De há muito, são discutidos no Brasil os desafios contemporâneos no que toca ao planejamento, execução e efetividade das políticas públicas em seus mais variados aspectos. Em contraponto, diversos são os fundamentos jurídicos e políticos para consagração destas políticas como mecanismo de atendimento aos interesses sociais dispostos na Constituição.

As políticas públicas de inteligência, nesse sentido, desempenham um papel crucial na garantia do direito fundamental à segurança em um país. No Brasil, um com complexos desafios em termos de segurança pública, a análise dessas políticas e de seu regime estruturante é de extrema relevância. A segurança é um direito fundamental consagrado na Constituição Federal de 1988, que estabelece a segurança como um dever do Estado e um direito e responsabilidade de todos. No entanto, a efetivação desse direito enfrenta diversos desafios, que vão desde a criminalidade organizada até questões relacionadas à proteção de dados e privacidade dos cidadãos diante das novas tecnologias.

Nesse sentido, o presente artigo se propõe a realizar uma análise das políticas públicas de inteligência diante do direito fundamental social à segurança. O problema de pesquisa é o seguinte: qual a estruturação sistêmica da política de inteligência brasileira frente ao direito fundamental à segurança pública e as possíveis diretrizes de aperfeiçoamento? O método de abordagem empregado será o dialético e o de procedimento o monográfico.

O primeiro ponto versará sobre aspectos teóricos e matriciais do direito fundamental social à segurança pública, buscando apresentar os seus fundamentos contemporâneos. O segundo ponto analisará a política de inteligência brasileira à luz das matrizes jurídicas sobre políticas públicas, nomeadamente seu ciclo, regime jurídico e aspectos conformadores. Ao final, serão visualizadas as diretrizes de aperfeiçoamento das políticas públicas diante do fator decisório.

1 O DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA PÚBLICA: FUNDAMENTOS E PERSPECTIVAS

A segurança pública não é de a muito conferida como perspectiva de direito fundamental ou ao menos os trabalhos e pesquisas nesse sentido remontam a pouco menos de duas décadas no Brasil. Apesar de sua previsão constitucional no Brasil, essencialmente nos artigos 5º, enquanto direito fundamental individual, e artigo 6º, enquanto direito fundamental social, o debate de sua definição vem sendo desenvolvido.

A presente pesquisa parte da premissa que a segurança pública é direito fundamental, tendo em vista que encontra amparo em nossa Constituição. Na lição de Leal e Gilioli (2018, p. 34):

> O direito à segurança pública foi um dos direitos eleitos como fundamentais no texto constitucional e este direito não decorre por estar o mesmo instituído na Constituição como dever do Estado e uma responsabilidade de todos, mas essencialmente por se a segurança pública, através de políticas públicas executadas na área como forma de se materializar a garantia dos objetos jurídicos eleitos como fundamentais, tais como: a vida, a propriedade, a liberdade.

Na doutrina internacional, denota-se que a temática da segurança é de preocupação há muito tempo, principalmente os seus fundamentos políticos, sociais e institucionais (Torre, 2014). Não há preocupação da presente pesquisa em delimitar os pormenores do direito à segurança. Entretanto, necessário destacar seus fundamentos e possibilidades no campo teórico, diante do expressivo aumento do emprego de tecnologias nessa seara e sua relação com temáticas tecnológicas de preocupação jurídica, a exemplo da anteriormente nominada proteção de dados pessoais.

A segurança pública é direito individual, na medida em que consagra a possibilidade subjetiva de tutela da pessoa, mas também se consagra como direito fundamental social, porquanto garante a possibilidade de tutela coletiva, difusa,

CC BY NC ND

entre outros. Assim, esse direito não assume, logo, uma feição coletiva ou individual, haja vista:

> Com relação aos fundamentos constitucionais da segurança, é possível fazermos referência àquelas duas perspectivas já referidas, de um lado, a que lhe outorga a condição de interesse coletivo, e, de outro, a que lhe reconhece a condição de direito fundamental individual. Estas posições, todavia, não são irreconciliáveis, e devem estar associadas, e isto porque as dimensões individuais e coletivas/sociais das relações humanas, hoje e cada vez mais, contam com intersecções integracionistas, basta vermos o que ocorre nas chamadas redes sociais (Facebook, Instagram, WhatsApp, YouTube, Twitter, LinkedIn, Pinterest, Google+); tudo e todos estão interligados (Leal, 2020, p. 354).

Trata-se da tutela de uma existência digna protegida, com a fruição de outros direitos onde a coletividade e o indivíduo são titulares. Importante observar que, na condição de direito fundamental social, a segurança pública conclama a realização de ações positivas do Estado na sua promoção. Como bem pontua Novais (2010, p. 251):

> Ser um direito fundamental significa, em Estado constitucional de Direito, ter uma importância, dignidade e força constitucionalmente reconhecidas que, no domínio das relações gerais entre o Estado e o indivíduo, elevam o bem, a posição ou a situação por ele tutelada à qualidade de limite jurídico- constitucional à atuação dos poderes públicos.

Ou seja, sinergias entre o bem-estar coletivo e individual são basilares e essenciais para se estabelecer os parâmetros normativos e modos de tutela do direito à segurança pública, nomeadamente os limites legislativos, evitando-se arbitrariedades e ações ilegais. Trata-se de fundamento do Estado de Direito, nomeadamente pela "[…] la eliminación de la arbitrariedad en el ámbito de la actividad estatal que afecta a los ciudadanos" (Zagrebelski, 1992, p. 21).

Em se tratando de segurança pública, constata-se tanto a função repressiva – revestida essencialmente da perspectiva de persecução penal, como de promoção, através da atividade estatal de tutela dos interesses e fruição das garantias individuais e coletivas. Feroni e Morbidelli (2008) pontuam que o direito fundamental à segurança é um valor superprimário imbricado com a vida, incolumidade física, bem-estar, qualidade da existência e à dignidade humana. Na atualidade, constata-se que tal direito assume as feições na tutela dos interesses sociais, especialmente na proteção da vida humana e também dos limites privados.

Frosini (2006, p. 1) aponta importante lição acerca da segurança como elemento jurídico de preocupação constitucional:

> *Se storicamente l'espressione "diritto alla sicurezza" poteva essere ritenuta una figura semantica a carattere retorico, oggi mi sembra che goda di uno status giuridico in parte autonomo - come diritto a un'esistenza protetta, indispensabile al godimento di altri diritti di cui un soggetto è titolare - e in parte indiretto, nel senso che è complementare agli altri diritti, ovvero come istanza radicata nella nozione di benessere e di qualità della vita, collettiva e individuale. Pertanto, la sicurezza può qualificarsi come bene inscindibilmente legato alla vita, alla incolumità fisica, al benessere dell'uomo e alla qualità della sua esistenza, nonché alla dignità della persona. Da ciò ne deriva che la sua titolarità oltre che in capo allo Stato, nella forma di interesse a garantire una situazione di pace sociale, è riferibile a ciascun individuo come diritto a un'esistenza protetta, indispensabile al godimento degli altri diritti di cui è titolare in condizioni di sicurezza*

Se visualizado o aspecto contemporâneo, denota-se que no que toca ao desenvolvimento tecnológico, observa-se que o Brasil possui grave déficit na regulamentação dos instrumentos aplicáveis à segurança pública. Grande exemplo disso é o uso de dados pessoais no campo penal e a inexistência de previsões legislativas sobre o tratamento de dados pessoais na segurança pública e também na persecução penal.

Destaca-se que as alíneas *a* e *d* do inciso III do artigo 4º da LGPD referem que a legislação em questão não é aplicável as atividades de segurança pública e de investigação e repressão a infrações penais, cuja regulamentação será de forma específica (Brasil, 2018). Surge, então, a iniciativa e necessidade de uma legislação própria que discipline a matéria, na busca de regulamentação das questões atinentes às investigações criminais, ações penais, prevenção de crimes. Leal acentua, da mesma forma, que a LGPD reservou espaço a uma legislação específica nessa matéria, referindo, porém a existência de outros desafios relacionadas ao tema:

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

> Ao mesmo tempo, em seu art. 4º, inc. III, a norma autorizou a flexibilização daqueles direitos para os fins exclusivos de: a) segurança pública; b) defesa nacional; c) segurança do Estado; ou d) atividades de investigação e repressão de infrações penais, sendo que o tratamento de dados pessoais previsto neste inc. III será regido por legislação específica, "que deverá prever medidas proporcionais e estritamente necessárias ao atendimento do interesse público, observados o devido processo legal, os princípios gerais de proteção e os direitos do titular previstos nesta Lei". Por certo que aqui já temos outros desafios que é o de densificar materialmente – e no caso concreto – os níveis e possibilidades das *medidas proporcionais e estritamente necessárias* ao escopo da norma e diante de cenários os mais particulares existentes – como o da segurança da saúde pública na pandemia (Leal, 2020, p. 368).

Em tal seara, há movimentação legislativa em relação a regulamentação. Todavia, trata-se tão somente de um anteprojeto de LGPD-Penal sem reflexo algum no cotidiano prático brasileiro, não havendo pretensão do presente trabalho em explorar esse segmento.

Assim, percebe-se que a segurança pública se constitui como importante direito fundamental, de caráter individual e social, possibilitando a criação e efetivação de políticas públicas no contexto de atuação. Todavia, denota-se a necessidade de sinergias entre o uso das tecnologias, frente aos mecanismos de tutela da segurança pública. Nesse contexto, se visualizado o aspecto tecnológico frente às políticas de inteligência, denota-se déficit ainda maior, ponto que será digno de aprofundamento.

2 PERSPECTIVAS DA POLÍTICA DE INTELIGENCIA A PARTIR DO REGIME JURÍDICO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Dentre o universo de políticas públicas passíveis, é possível identificar a política pública de segurança, consectária do direito fundamental à segurança pública. Nesse sentido, importante adentrar no aspecto teórico e fundamental das políticas de inteligência, realizando-se a sua análise sistêmica.

Toda a política pública possui um regime jurídico que lhe confere validade. A questão do regime jurídico de uma política pública impacta diretamente no fundamento constitucional. Luhmann (1990, p. 8) refere que "[...] a interpretação jurídica justifica a necessidade da Constituição com a necessidade de se fundar a validade do direito".

Portanto, para legitimação da política pública, como consectária do direito fundamental correspondente, deve-se destacar o seu fundamento constitucional. Nesse sentido, tratando-se de política pública de segurança pública, o seu fundamento é o direito fundamental à segurança pública. Trata-se, como visto, de direito fundamental social, mas de recente construção teórica e doutrinária. O fundamento direto se encontra em diversos excertos da Constituição: no preâmbulo; no *caput* do artigo 5º; no *caput* do artigo 6º; no artigo 144 e seguintes quando trata dos órgãos de segurança pública (Brasil, 1988). No entanto, especificamente sobre a questão das políticas de inteligência não há referência expressa na Constituição brasileira, derivando o seu regime do regime de segurança pública do Brasil.

Nesse sentido, abordar-se-á a política pública de segurança materializada através da política nacional de inteligência, instituída pelo Decreto nº 8.793/16. A política pública de segurança, notadamente a atividade de inteligência, é serviço público expresso na Constituição da República, de forma a garantir a segurança do Estado e da sociedade (Brasil, 2016).

Destaca-se que as atividades de inteligência são prestadas por agentes públicos investidos dessas funções. Na presente situação, a inteligência é política de Estado, e não de governo, assegurando estabilidade. Conforme destacam Bittencourt e Reck (2021, p. 633):

> As políticas públicas de Governo são caracterizadas por um aspecto de política transitória e eleitoral, estando conectadas com as disputas partidárias pelos rumos das ações do Governo. Já as políticas públicas de Estado caracterizam-se por estarem na Constituição e possuírem uma pretensão de estabilidade e superioridade ante os conflitos segmentários de uma dada comunidade. As políticas públicas de Estado consolidariam, nessa perspectiva, missões conectadas à soberania do Estado e, portanto, estariam acima dos eventuais interesses de governo.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

Logo, denota-se que a atividade de inteligência é exercida por servidores públicos investidos dessa função, caracterizando-se pela estabilidade da atividade, de modo que se enquadra no conceito de serviço público. Trata-se, portanto, de um instrumento desta política pública.

Outro instrumento possível é a regulação. A atividade regulatória objetiva impor e colocar limites para a atuação do serviço público e também aos seus destinatários. Um outro importante instrumento é a legislação penal, obrigando à coordenação para a atividade estatal, conforme definido por Reck (2023). Não se visualiza, à primeira vista, possibilidade de instrumentos de fomento desta política pública, considerando se tratar de política pública de cariz essencialmente estatal.

Visualizados os primeiros fundamentos, denota-se importante analisar o ciclo da política pública. O agendamento é o momento do ciclo das políticas públicas onde ocorre a identificação de um possível problema que implique a necessidade de utilização dos instrumentos da política destinada a formalizar um direito fundamental. Trata-se, portanto, de visualizar um problema e verificar, diante do arcabouço normativo e administrativo, as possibilidades de resolvê-lo. Secchi (2012, p. 36) refere que "[...] agenda é um conjunto de problemas ou temas entendidos como relevantes. Ela pode tomar forma de um programa de governo, um planejamento orçamentário, um estatuto partidário ou, ainda, de uma simples lista de assuntos que o comitê editorial de um jornal entende como importante".

Por sua vez, no momento da formulação, tem-se a possibilidade de criar os objetivos e modelos escolhidos para essa política pública, de modo que tais mecanismos possam melhor auxiliar na consectária implementação. Formular, portanto, é também uma decisão (Reck, 2023). Na fase da implementação, portanto, tem-se o aspecto mais pragmático do ciclo, onde se coloca em movimento os instrumentos e a utilização dos mecanismos possíveis para essa política.

Nesse sentido, tratando-se da política pública de segurança nacional, materializada pela Política Nacional de Inteligência, instituída pelo Decreto nº. 8.793/16, denota-se que no momento do agendamento, formulação e implementação diversos atores participam dessa política (Brasil, 2016). O principal deles, tratando-se de Política Nacional instituída por Decreto, certamente é o Poder Executivo, que formalizou as diretrizes e objetivos por meio de tal instrumento regulatório, encontrando-se presente nesses três momentos do ciclo.

É possível também referir a presença de órgãos da Administração Direita, a exemplo da Agência Brasileira de Inteligência, instituída pela lei do Sistema Brasileiro de Inteligência, que possui caráter fundamental também na implementação da política pública, considerando ser o órgão responsável pela execução direta da política de inteligência.

Ademais, outros atores participam direta ou indiretamente de alguns momentos do ciclo. Veja-se o caso da mídia, que atua notadamente na fase do agendamento, por exemplo, sugerindo percalços na atividade de inteligência.

Na fase da formulação, dentro de um sistema de leis e normas relativos à atividade de inteligência, também deve se conferir o papel do Legislativo e do alto escalão do Executivo, que atuam formulando a melhor política possível para as questões visualizadas no momento do agendamento.

No momento da implementação, refere Secchi (2012, p. 44) "[...] que são produzidos os resultados concretos da política pública. A fase de implementação é aquela em que regras, rotinas e processos sociais são convertidos de intenções em ações". Participam nessa fase os servidores públicos efetivos, responsáveis pelo agir administrativo, o Poder Executivo, o Congresso Nacional como controle externo à atividade, a mídia como divulgadora de algumas ações que eventualmente se tornam públicas.

A fase de formulação, dentro do ciclo das políticas públicas, precede a fase de implementação. Como leciona Secchi (2012, p. 37):

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

A formulação de alternativas de solução se desenvolve por meio de escrutínios formais ou informais das consequências do problema, e dos potenciais custos e benefícios de cada alternativa disponível.

O estabelecimento de objetivos é o momento em que políticos, analistas de políticas públicas e demais atores envolvidos no processo resumem o que esperam que sejam os resultados da política pública. Os objetivos podem ser estabelecidos de maneira mais frouxa (por exemplo, melhorar a assistência social do município, diminuiu o nível de desemprego) ou de maneira mais concreta (por exemplo, reduzir em 2% o número de sequestros, no município X, nos próximos seis meses).

No caso aqui analisado, diversos são os objetivos da política pública:

> I – acompanhar e avaliar as conjunturas interna e externa, assessorando o processo decisório nacional e a ação governamental;
>
> II – identificar fatos ou situações que possam resultar em ameaças, riscos ou oportunidades;
>
> III – neutralizar ações da Inteligência adversa;
>
> IV – proteger áreas e instalações, sistemas, tecnologias e conhecimentos sensíveis, bem como os detentores desses conhecimentos; e
>
> V – conscientizar a sociedade para o permanente aprimoramento da atividade de Inteligência (Brasil, 2016).

Disso, constata-se que, entendeu o gestor, naquele momento, que as ações para o atingimento de tais objetivos fossem preconizadas no decreto já visto e na Lei do Sistema Brasileiro de Inteligência. As regras que envolvem a formulação dessa política pública em muito pouco se mostram democráticas, como antes já referido, dado o caráter e a forma dessa política. Contudo, há a participação dos agentes públicos e políticos envolvidos no momento da formulação das alternativas, como o Poder Executivo, através do Gabinete de Segurança Institucional, Poder Legislativo, Agência Brasileira de Inteligência.

Isso demonstra que na fase da formulação devem ser levadas em conta, para criação dos objetivos, todas as regras inerentes ao devido processo legal, ao orçamento público, prevendo-se orçamento para a execução das políticas, o estatuto dos servidores públicos, entre outros.

Na fase de implementação, diversas regras são necessárias e devem ser observadas. A principal delas, certamente, é a Constituição da República. Ademais, constata-se que o próprio decreto que disciplina parte da política pública prevê alguns instrumentos:

> I – Plano Nacional de Inteligência;
>
> II – Doutrina Nacional de Inteligência;
>
> III – diretivas e prioridades estabelecidas pelas autoridades competentes;
>
> IV – SISBIN e órgãos de Inteligência que o integram;
>
> V – intercâmbio de dados e conhecimentos no âmbito do SISBIN, nos termos da legislação em vigor;
>
> VI – planejamento integrado do regime de cooperação entre órgãos integrantes do SISBIN;
>
> VII – capacitação, formação e desenvolvimento de pessoas para a atividade de Inteligência;
>
> VIII – pesquisa e desenvolvimento tecnológico para as áreas de Inteligência e Contrainteligência;
>
> IX – ajustes de cooperação mediante instrumentos específicos entre órgãos ou entidades integrantes da Administração Pública Federal (APF), das Unidades da Federação ou da iniciativa privada;
>
> X – recursos financeiros necessários à consecução das atividades de Inteligência;
>
> XI – controle interno e externo da atividade de Inteligência; e
>
> XII – intercâmbio de Inteligência e cooperação técnica internacionais (Brasil, 2016).

Nesse sentido, por exemplo, percebe-se que as regras inerentes ao orçamento público e demais previsões orçamentárias, haja vista a necessidade de recursos financeiros para realização de suas atividades. Com isso, constata-se que diversas regras da política pública se relacionam com outras regras relacionadas ao serviço público e do direito administrativo em geral.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

Secchi (2012, p. 44) refere que é na implementação "[...] que são produzidos os resultados concretos da política pública. A fase de implementação é aquela em que regras, rotinas e processos sociais são convertidos de intenções em ações". Logo, percebe-se que nessa fase a política de inteligência, vista como política pública de segurança, materializa todas as suas ações, cujas regras devem ser observadas: os direitos fundamentais, notadamente as garantias individuais e coletivas, a privacidade, a liberdade, entre outros direito; os direitos dos servidores públicos, aqui, no caso, servidores públicos federais, que possuem garantias e direitos próprios; as regras orçamentárias, que devem ser observadas pelo tomador de decisões da política pública; as normas de controle externo e interno da política pública, possibilitados tanto pelos órgãos governamentais, como pela população, garantindo-se a transparência.

A importância da implementação reside no fato de que:

> A importância de estudar a fase de implementação está na possibilidade de visualizar, por meio de instrumentos analíticos mais estruturados, os obstáculos e as falhas que costumam acometer essa fase do processo nas diversas áreas de política pública (saúde, educação, habitação, saneamento, políticas de gestão etc.), Mais do que isso, estudar a fase de implementação também significa visualizar erros anteriores à tomada de decisão, a fim de detectar problemas mal formulados, objetivos mal traçados, otimismos exagerados (Secchi, 2012, p. 45).

Trata-se, assim, de importante fase da política pública, que não devem ser desvinculadas dos demais direitos e observados os procedimentos específicos dessa política pública e dos problemas que ela visa enfrentar pelo Sistema Brasileiro de Inteligência.

Além disso, há que se olhar a leitura sistêmica sob os aspectos político e jurídico da referida política. Para Habermas, o Direito coordena ações, o que possui implicância direta com a noção de políticas públicas, considerando que a forma das políticas públicas é eminentemente jurídica (Reck, 2023).

Nesse sentido, observa-se que a política pública se trata de ação comunicativa regulativa, que engloba as dimensões ética, moral e do Direito. A diferença entre a ética e a moral é que a moral tem a pretensão universalista. Destaca-se que a ação comunicativa é fundada em razões e tem o consenso como pressuposto a partir das razões explícitas em discursos ou consenso expresso utilizando a linguagem.

A partir da política pública estudada, qual seja a que envolve a segurança nacional e atividade de inteligência, observa-se que é possível avaliar os fundamentos sistêmicos dela. Nesse sentido, a dimensão ética, nessa análise, de pretensão individual, não se mostra muito clara na política pública. Contudo, denota-se que a segurança pública e nacional é aspecto particular de uma comunidade, assim como o aspecto ético de Habermas, de forma a execução de programas dessa política pública se destinam à proteção dos interesses de soberania e segurança.

Por sua vez, a dimensão moral, de pretensão universal, denota-se os argumentos universalizantes que justificam a política pública, aqui nomeadamente o princípio da soberania, pois justifica a pretensão de segurança nacional, explicitando o argumento principal no agendamento, formulação e implementação dessa política pública.

Ademais, a questão pragmática, visualizada a partir do argumento do autointeresse, demonstra-se no interesse individual de proteção da segurança individual, assegurada também pela Política Nacional em apreço.

Na formulação, observando-se que a política se baseia notadamente em Decreto do Poder Executivo, ela não apresenta grande participação social, o que também ocorre na dimensão da implementação. Vale destacar, nesse sentido, como antes asseverado, que tais dimensões são mitigadas em razão da temática inerente à política pública.

A relação com os destinatários da política pública denota a possibilidade de procedimentalização e observância dos direitos fundamentais. Nesse sentido, considera-se que a política pública em apreço apresenta a necessidade de observância

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

desses direitos, ainda mais diante da relevância que o assunto transmite, de forma que deve ser pautada pela observância dos direitos fundamentais.

Por sua vez, na dimensão da relação com os dirigentes das organizações públicas envolvidas na política pública, verifica-se que há a possibilidade de nomeação política para o alto escalão da organização aqui tratada, qual seja a Agência Brasileira de Inteligência.

A relação dos dirigentes das organizações privadas que prestam serviços para a Administração Pública não se mostra, a princípio, evidente, considerando que o serviço de inteligência é, eminentemente, prestado por servidores públicos investidos dessa função. Todavia, essa dimensão pode se observar nas questões relativas aos bens públicos e serviços acessórios relacionados a essa política pública, como, por exemplo, aquisição de materiais e equipamentos.

A relação entre servidores e Administração Pública é caracterizada pela necessidade de observância dos direitos do servidor público garantidos pela Constituição, mas também pela previsão hierárquica dentro do próprio órgão, com o fim de coordenar as ações. Ademais, para o ingresso como servidor do serviço de inteligência, exigem-se formação superior para atuação no órgão.

Na relação entre organizações privadas e a Administração Pública denota-se a figura da contratação de entes privados para fornecimento de materiais e mecanismos necessários à execução do serviço público. Percebe-se, aqui, que a política pública segue o regime geral da lei de licitações e contratos administrativos, cuja observância é necessária para contratação com o órgão.

A dimensão entre cidadãos e organizações privadas que estão envolvidas na política pública se mostra pouco evidente, uma vez que a relação entre as organizações privadas e o serviço público em questão é aspecto pouco levantado, considerando que se trata de atividade exclusiva do Estado. O mesmo ocorreu com a dimensão das relações entre trabalhadores com prestadores de organizações privadas que prestam serviços para a Administração Pública e a dimensão das relações entre organizações privadas que prestam serviços para a Administração Pública e outras organizações privadas. Reitera-se que, mesmo ocorrendo relações com privados, constata-se que esta é meramente presente no dia a dia administrativo.

Por sua vez, as relações entre Administração Pública, prestadores, cidadãos e seu ambiente urbano e natural é caracterizada pela observância do interesse público e dos recursos públicos, ou seja, a atividade aqui trazida, qual seja a de segurança nacional, é tida como de interesse público, ao passo que o uso dos recursos públicos deve ser pautado pelas previsões normativas já consagradas.

A avaliação da política pública se encontra presente a possibilidade de controle das ações por órgãos externos, garantindo-se a avaliação de sua eficiência e controle das medidas utilizadas, por exemplo, Poder Legislativo e pelo Ministério Público e, em nível orçamentário, pelos Tribunais de Contas. Assim, considerando a análise sistêmica, dentro de uma complexidade envolvendo ordem e desordem (Morin, 1977), a política de segurança pública denota-se aspecto de particular relevância social e estatal. No entanto, importa visualizar elementos de aperfeiçoamento no que toca à sua estruturação nas matrizes jurídicas das políticas públicas.

3 DIRETRIZES PARA O APERFEIÇOAMENTO DAS POLÍTICAS DE INTELIGÊNCIA: PERSPECTIVAS SISTEMICAS A PARTIR DA DECISÃO

Formular políticas públicas já é uma decisão. O processo decisório se encontra em todos os momentos e fases de uma política pública, ou seja, a todo o momento se está a tomar decisões (Reck, 2023, p. 99). Trata-se, essencialmente, de verificar as decisões vinculantes necessárias para definição dos objetivos das políticas públicas (Luhmann, 2016, p. 160). Na política aqui analisada, importa averiguar quais os modelos e agentes decisórios fundamentais para a política pública.

A atividade de inteligência é notória atividade estatal, guardando relação com os conceitos de Estado, soberania, segurança pública e nacional. Desse modo, impacta diretamente na vida das pessoas, considerando as funções e atividades

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

inerentes, regulamentadas pelo Decreto nº 8.793/16 e também pela lei do Sistema Brasileiro de Inteligência (Brasil, 2016).

Historicamente, esse tipo de atividade se reservava a um plano mais discreto da atividade estatal, de forma que se inviabilizava a maior participação democrática da sociedade na tomada de decisões em relação à política pública de segurança. Contudo, diante dos ditames assentados pela Constituição e o papel central que os direitos fundamentais ocupam denota-se maior ampliação dos formatos decisórios, primando-se pelo aspecto democrático.

Nesse sentido, para se alinhar a uma formatação democrática, três podem ser as diretrizes para tanto. A primeira possibilidade é ampliar o modelo decisório da política pública. Reck e Bittencourt (2021, p. 34) trazem que "[...] por modelo decisório, compreende-se um padrão previamente descrito e normatizado de fluxo de decisões possíveis no âmbito de uma determinada política pública. As ações dentro das políticas públicas ocorrem a partir de unidades de decisões". Considerando se tratar de atividade relativa à segurança nacional, certamente algumas decisões que impactam a política pública devem ser restritas a determinados servidores. Contudo, a possibilidade democrática pode ser vista em alguns pontos como, por exemplo, em determinadas decisões relativas aos objetivos e diretrizes e na decisão dos instrumentos à disposição dessa política.

Outra possibilidade é a ampliação do modelo organizacional. Por tal modelo, Bittencourt e Reck (2021, p. 35) compreendem que "[...] fazem parte do modelo organizacional, assim, o desenho de quais organizações irão tomar decisões e que tipos de decisões serão tomadas, assim como a estrutura interna dessas organizações". Com isso, seria possível ampliar as organizações envolvidas nas decisões, instituindo-se algum tipo de conselho para deliberar sobre determinadas ações – democratizando a tomada de decisões.

Ademais, o poder que envolve tal política pública também pode ser reformatado, implicando e uma maior discussão democrática. É possível aqui referir que a ampliação do poder implica a ampliação das decisões e do modelo organizacional, de forma que possibilita uma formatação democrática das questões da atividade de inteligência e segurança nacional, inclusive na possibilidade de controle externo da política.

Vale destacar que a legitimidade dessa atividade do Estado deve estar centrada no papel da comunicação. Como lecionam Almeida e Reck (p. 101) "O Estado, como guardião do Direito, abandona a legitimação sacra para assentar-se em uma base de legitimação formada a partir de uma vontade geral engendrada comunicativamente". Ou seja, a sua legitimação somente ocorre quando consagrada a possibilidade de deliberação pública das ações da política pública e de seus fundamentos.

Importa aqui visualizar inicialmente quais os direitos que estão relacionados à política pública para, então, elencar diretrizes possíveis. A soberania nacional, a segurança pública em geral, os direitos fundamentais (liberdade, igualdade, privacidade, dados pessoais, entre outros), igualdade entre os povos, normas de segurança nacional, transparência das atividades administrativas, são algumas questões que ficam em jogo no cenário desta política pública.

Para se melhorar a questão da privacidade e dos dados pessoais, considerando que a atividade de inteligência em muito ocorre pelo tratamento de dados, utilizando-se a rede para isso, observa-se, por exemplo, a necessidade de normatizar o tratamento e uso de dados pessoais para atividades de inteligência. Nesse ponto, importa destacar a iniciativa da LGPD-Penal, que trata do uso dos dados para atividades de segurança pública e persecução penal, efetivando a proteção dos dados pessoais e a privacidade em face dessa política pública, procedimentalizando a questão.

Outro ponto, necessário regulamentar de maneira mais específica a possibilidade de transparência da política pública. Apesar da Lei de Acesso à Informação garantir esse direito no âmbito de toda a Administração Pública, em muito se mostra mitigado em razão das questões envolvendo a segurança nacional, inclu-

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

sive com prazo de sigilo elevado. Uma das possibilidades normativas é ampliar a transparência e mitigar as questões sigilosas, tornando-as meramente reservadas. Ou seja, diante do Estado Democrático de Direito e da possibilidade de ampliação para uma democracia deliberativa, não se pode relegar o papel democrático até mesmo nas questões de segurança nacional.

Por fim, outra possibilidade de diretriz normativa é a possibilidade de ampliação de atuação e frentes no que tange à desinformação e *fake News*. Veja-se que a Política Nacional de Inteligência faz destaque a isso: "Os prejuízos das ações no espaço cibernético não advêm apenas do comprometimento de recursos da tecnologia da informação e comunicações. Decorrem, também, da manipulação de opiniões, mediante ações de propaganda ou de desinformação" (Brasil, 2016).

Logo, diante do cenário político e democrático atualmente enfrentado, a melhoria da política pública perpassa necessariamente pela regulamentação, criminalização e formas de combate à desinformação no âmbito da Internet uma vez que afeta a segurança nacional, a democracia, a liberdade eleitoral, entre outros direitos consagrados na Constituição da República. É possível, portanto, reformatar a eficácia dessa política pública mediante tais ações. Ademais, o fator normativo é parte importante da política pública, que pode se servir de seus diversos instrumentos para melhorar a sua efetividade, notadamente os direitos que estão envolvidos durante a política pública, seja em sua formulação, implementação ou outra fase do ciclo.

CC BY NC ND

REVISTA DO DIREITO PÚBLICO, Londrina, v. 20, n. 2, p. 220-232, ago. 2025. DOI: 10.5433/1980-511X.2025.v20.n2.51204.

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

CONCLUSÃO

O presente artigo teve por objetivo realizar uma análise das políticas de inteligência frente ao direito fundamental social da segurança pública. Do quanto foi exposto neste trabalho é possível extrair algumas conclusões e diretrizes sobre a temática. O texto discutiu a formulação de políticas públicas, especialmente no contexto da atividade de inteligência e segurança nacional, destacando a importância da participação democrática e da transparência.

Nesse contexto, é possível extrair algumas conclusões e diretrizes de aperfeiçoamento.

A formulação de políticas públicas envolve decisões em todos os momentos e fases, o que destaca a complexidade e a importância do processo decisório, sendo crucial identificar e aperfeiçoar os modelos e agentes decisórios fundamentais para a política pública, garantindo a sua eficácia e legitimidade.

Nessa linha, a ampliação democrática evidencia uma necessidade de ampliar o aspecto participativo nas decisões, tanto nos objetivos e diretrizes quanto na estrutura organizacional, visando uma maior participação da sociedade. É sabido, nesse sentido, que a legitimidade das ações do Estado, especialmente na atividade de inteligência, ocorre pela comunicação e pela deliberação pública das ações e fundamentos da política pública.

Outro ponto conclusivo de extrema relevância é a regulamentação do tratamento e uso de dados pessoais para atividades de inteligência e de segurança pública é essencial para garantir a privacidade e a proteção dos dados. Trata-se de debate sobre a transparência e segurança nacional, pois apesar das questões sigilosas envolvendo a segurança nacional, é fundamental ampliar a transparência das políticas públicas, tornando-as reservadas e observadoras dos ditames de privacidade e proteção de dados.

Por fim, abrangendo todos os pontos vistos, a normatização é fator importante da política pública, podendo melhorar sua efetividade, especialmente considerando os direitos envolvidos durante todo o ciclo da política pública. Em suma, a formulação de políticas públicas, especialmente na área de inteligência e segurança, requer uma abordagem democrática, transparente e que respeite os direitos fundamentais.

CC BY NC ND

REVISTA DO DIREITO PÚBLICO, Londrina, v. 20, n. 2, p. 220-232, ago. 2025. DOI: 10.5433/1980-511X.2025.v20.n2.51204.

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Almiro Eduardo de; RECK, Janriê Rodrigues. **Direito & ação comunicativa**: apresentação e fundamentação teórica da matriz linguístico-pragmática de Jürgen Habermas e suas repercussões na compreensão do direito. Porto Alegre: HS Editora, 2013.

BITTENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. Políticas públicas de governo e de Estado: uma distinção um pouco complexa: necessidade de diferenciação entre modelos decisórios, arranjos institucionais e objetivos de políticas públicas de governo e Estado. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 12, n. 3, p. 631-667, set./dez. 2021. DOI 10.7213/rev.dir.econ.soc.v12i3.28105.

BRASIL. **Decreto 8.793, de 29 de junho de 2016**. Fixa a política nacional de inteligência. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8793.htm. Acesso em: 31 mar. 2024.

BRASIL. **Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei geral de proteção de dados pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 22 abr. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 31 mar. 2024.

FERONI, Cerrina Ginevra; MORBIDELLI, Giuseppe. La sicurezza: un valore superprimario. **Percorsi Constituzionali Quadrimestrale Di Diritti e Libertà**, Roma, v. 1, n. 1, p. 31-44, 2008. Disponível em: https://www.torrossa.com/it/resources/an/2489000. Acesso em: 31 mar. 2024.

FROSINI, Tommaso Edoardo. Il diritto costituzionale alla sicurezza. **Quaderni Costituzionali**, Bologna, 2006. Disponível em: http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/pre_2006/440.pdf. Acesso em: 31 mar. 2024.

LEAL, Rogério Gesta. Direito fundamental à proteção de dados em tempos de pandemia: necessárias equações entre segurança pública e privada. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, ano 14, n. 43, p. 357-374, jul./dez. 2020. Disponível em: https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/40744. Acesso em: 31 mar. 2024.

LEAL, Rogério Gesta; GILIOLI, Volnete. **A segurança pública como direito fundamental social na sociedade de riscos**: qual a função do direito penal?. Chapecó: Unoesc, 2018.

LUHMANN, Niklas. Verfassung als evolutionäre errungenschaft. **Rechthistorisches Journal**, Frankfurt am Main, v. 9, p. 176-220, 1990. Disponível em: https://www.ceeol.com/search/article-detail?id=1123732. Acesso em: 31 mar. 2024.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MORIN, Edgar. **O método 1**: a natureza da natureza. 2. ed. Lisboa: Europa América, 1977.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais**: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

RECK, Janriê Rodriges. **O direito das políticas públicas**: regime jurídico, agendamento, formulação, implementação, avaliação, judicialização e critérios de justiça. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas**: conceitos, esquemas de análise, casos práticos. São Paulo: Cengage Learning, 2012.

TORRE, Alessandro. **Costituzioni e sicurezza dello Stato**. Rimini: Maggioli Editore, 2014.

ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho dúctil**. Torino: Giulio Einaudi, 1992.

REVISTA DO DIREITO PÚBLICO, Londrina, v. 20, n. 2, p. 220-232, ago. 2025. DOI: 10.5433/1980-511X.2025.v20.n2.51204.

DOI: 10.5433/1980-511X.2025.V20.N1.51349

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NA SOCIEDADE ÓRFÃ: UM ESTUDO DE CASO NA PERSPECTIVA TEÓRICA DE MAUS

PRESUMPTION OF INNOCENCE IN AN ORPHAN SOCIETY: A MAUSIAN THEORETICAL CASE STUDY

Adamilton Lima Borgneth

Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Piauí (PPGD/UFPI. Pós-Graduando em Direito Eleitoral e Processo Eleitoral pela Escola da Assembleia Legislativa do Estado do Piauí (ALEPI). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Piauí (UFPI). Docente do Ensino Superior certificado pela Universidade Estadual do Piauí (2019). Engenheiro Mecânico pela UFPI. E-mail: adamiltonlb@outlook.com.

Deborah Dettmam

Docente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Piauí. Mestra em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Foi visiting scholar na University of Utah (EUA). E-mail: deborahdettmam@ufpi.edu.br.

Olívia Brandão Melo Campelo

Docente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Piauí. Doutora em Filosofia do Direito e Mestre em Filosofia do Direito e do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Vice-Presidente da Comissão Nacional de Acesso à Justiça do Conselho Federal da OAB. E-mail: oliviabrandaomelo@hotmail.com.

Como citar: BORGNETH, Adamilton Lima; DETTMAM, Deborah; CAMPELO, Olívia Brandão Melo. Presunção de inocência na sociedade órfã: um estudo de caso na perspectiva teórica de Maus. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 20, n. 2, p. 233-247, ago. 2025. DOI: 10.5433/1980-511X.2025.v20.n2.51349. ISSN: 1980-511X.

Recebido em: 30/08/2024
Aceito em: 08/08/2025

Resumo: Este trabalho investiga se o Supremo Tribunal Federal (STF) empregou razões que a obra de Maus classificaria como de superego da sociedade, no precedente acerca da presunção de inocência, julgado em 2016 (Habeas Corpus nº 126.292 SP). Assim, esta pesquisa apresenta a seguinte questão: no julgamento do Habeas Corpus nº 126.292 SP, sobre a prisão após condenação em segunda instância, o STF agiu como superego social brasileiro? A hipótese adotada é de que a Corte constitucional adotou uma postura de protagonismo que influenciou a presunção de inocência, assumindo o papel de autoridade maior na decisão da extensão desse direito fundamental. Visando testar a hipótese, adotou-se um percurso metodológico permeado por uma abordagem qualitativa, com pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. Nossa hipótese foi confirmada, com o STF sendo mais que guardião da constituição, mas editor do próprio direito fundamental dispostos na Carta Constitucional de 1988. Ao limitar um princípio que deveria ser editado devidamente pelo legislativo, poder com representatividade da soberania popular, o judiciário, age como Ingeborg Maus previa e passa de poder constituído a constituinte.

Palavras-chave: judiciário; Ingeborg Maus; superego; presunção de inocência; habeas corpus.

Abstract: This work investigates whether the Federal Supreme Court (STF) used reasoning that Ingeborg Maus's work would classify as a "social superego" in the precedent regarding the presumption of innocence, established in the 2016 judgment of Habeas Corpus No. 126.292/SP. The central research question is: in its ruling on imprisonment after a second-instance conviction, did the STF act as a Brazilian social superego? The hypothesis is that the Court adopted a leading stance that reshaped the presumption of innocence, assuming the role of a higher authority in defining the scope of this fundamental right. To test this hypothesis, a qualitative methodological approach was used, incorporating bibliographical and jurisprudential research. The hypothesis was confirmed, as the STF acted not merely as a guardian of the Constitution but as an editor of the fundamental right itself, as outlined in the 1988 Constitutional Charter. By limiting a principle that should be amended by the legislature—the branch representing popular sovereignty—the judiciary acted as Ingeborg Maus predicted, transitioning from a constituted power to a constituent one.

Keywords: Judiciary. Ingeborg Maus. Superego. Presumption of innocence. Habeas corpus.

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

INTRODUÇÃO

Entre os grandes temas discutidos no direito constitucional contemporâneo situam-se a separação de poderes e a interface direito/moral/política. Nesse cenário, surgiram pesquisadores renomados como Ingeborg Maus, professora emérita da Goethe-Universität, em Frankfurt (Alemanha).

Maus trabalhou nas universidades de Frankfurt/Main e Berlim nas disciplinas de ciência política, estudos alemães e filosofias. Além de sua atuação catedrática em outras instituições como a Göttingen-Universität e a Universidade de Kyoto, Maus foi pesquisadora das ciências sociais e participou por anos do grupo sobre teoria jurídica liderado por Jürgen Habermas na Goethe-Universität. Assim, a cientista consagrou-se na área dos estudos do direito e da política.

Do início dos anos 1990 até 2003, Ingeborg Maus esteve na cátedra de ciência política da sua *alma mater*. Esse momento provavelmente influenciou uma de suas obras mais famosas e difundidas, "O Judiciário como Superego da Sociedade", publicada originalmente em 2000. Em um capítulo do livro, Maus (2010) utiliza a teoria psicanalítica de Sigmund Freud (1975) para indicar quando uma corte judiciária assume, em relação à sociedade, papel semelhante ao que o superego tem no contexto da psique humana, dando os regramentos morais para o ego.

Na alegoria de Ingeborg Maus (2010), é como se a sociedade, órfã de uma antiga figura paterna que a controlava, acabasse buscando um novo agente que dite as normas morais. Nas democracias contemporâneas ocidentais, é possível que esse papel tenha sido assumido pelas Cortes constitucionais, que seriam as guardiãs das constituições.

Embora haja essa determinação constitucional, pode ocorrer o predomínio injustificado de algum poder sobre outro, o que pode levar a choques, por exemplo, entre o legislativo e o judiciário. A exemplo de países como Polônia, Israel e México, no Brasil têm ocorrido situações de tensões entre os poderes constituídos (Alvim, 2023). Baseado em Maus (2010), e de forma exemplificativa, se o judiciário não agisse interpretando o direito, mas criando-o, ele estaria sobrepondo-se ao legislador.

Da mesma forma, se a Corte interpretasse o direito com base na moral, ela estaria agindo como uma corte superego, conforme Maus (2010). Tratando-se do Brasil, há diversos momentos que podem ser investigados sob o prisma da teoria de Maus, sendo um deles a decisão sobre a presunção de inocência no âmbito do *Habeas Corpus* nº 126.292 SP. Este trabalho busca investigar se o Supremo Tribunal Federal (STF) empregou razões que a obra de Maus classificaria como de superego da sociedade, no precedente acerca da presunção de inocência, julgado em 2016 (*Habeas Corpus* nº 126.292 SP).

Justifica-se a realização desta pesquisa devido à relevância do tema no seio da sociedade brasileira, que vive um momento dinâmico na jurisdição da Constituição de 1988. Academicamente, os frutos deste trabalho poderão ser colhidos pelo Programa de Pós-Graduação em Direito e pelo Núcleo de Pesquisa aos quais os autores são vinculados, proporcionando que a pesquisa colabore com a discussão da temática nos estudos de mudanças institucionais, constituição, direitos fundamentais e separação de poderes.

Ademais, em um país onde o próprio STF declarou que o sistema carcerário é um estado inconstitucional de coisas, é demasiado relevante discutir cientificamente a posição do judiciário frente a decisões que afetam totalmente a presunção de inocência, princípio caro ao Estado Democrático de Direito.

Assim, esta pesquisa apresenta a seguinte questão: no julgamento do Habeas Corpus nº 126.292 SP, sobre a prisão após condenação em segunda instância, o STF agiu como superego social brasileiro? A hipótese adotada é de que a Corte constitucional adotou uma postura de protagonismo que influenciou a presunção de inocência, assumindo o papel de autoridade maior na decisão da extensão deste direito fundamental já legislado federalmente.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

Visando testar a hipótese, adotou-se um percurso metodológico permeado por uma abordagem qualitativa (Creswell, 2007), com pesquisa bibliográfica (Gil, 2002, p. 59) e jurisprudencial (Queiroz; Feferbaum, 2019, p. 123). Essa metodologia, a princípio, foi utilizada para dissecar elementos da teoria de Ingeborg Maus, sendo realizada na obra da autora e em artigos científicos, teses e dissertações que discutem os temas da atuação judicial e da teoria do superego da sociedade. Em seguida, foi analisado o precedente específico, confrontando as razões do voto-relator com as características de um judiciário superego conforme a obra de Maus (2010).

Com o desejo de responder a questão-problema, o presente estudo está estruturado em três tópicos fundamentais, cada um relacionado a um objetivo específico. No primeiro capítulo, se objetivou identificar aspectos da ação de um superego social com fundamento basilar na teoria de Ingeborg Maus, apresentando ainda características de uma ação protagonista do judiciário.

O segundo momento apresenta uma ligação entre a teoria de Maus e a separação de poderes no caso da República Federativa do Brasil, fazendo uma pequena retomada histórica para demonstrar a possibilidade de o fim do autoritarismo ter deixado a sociedade brasileira "órfã de pai".

Por fim, aborda-se diretamente o julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292 SP no intento de discutir se os argumentos utilizados no voto-relator se encaixam em uma assunção de protagonismo judicial do STF. Na primeira parte do último capítulo separa-se os principais argumentos do julgamento e, para finalizar, procura-se compreender se a Corte maior do Brasil se comportou como superego social na ocasião do caso estudado. Mas tudo começa no primeiro capítulo com a pergunta: O que constitui um superego social na teoria de Ingeborg Maus?

1 FREUD EXPLICA? COMO AGE UM SUPEREGO SOCIAL, SEGUNDO INGEBORG MAUS

Antes de iniciar o debate sobre judiciário superegoico, é imperioso discutir brevemente uma das bases fundantes da teoria de Ingeborg Maus: a concepção freudiana de superego. Neste trabalho são utilizadas, de forma equivalente, ambas as formas para escrita dos termos: superego/super-eu, ego/eu, não prejudicando os sentidos e visando obedecer às obras referenciais consultadas.

De acordo com a concepção de Sigmund Freud, a psique humana era formada basicamente por três componentes: *id*, ego e superego. O *id* representaria o que tem de mais selvagem e irracional na mente humana, sendo guiado a satisfazer os desejos e vontades mais primitivos do ser humano. Por outro lado, o ego "representa o que se pode chamar de razão e circunspecção, em oposição ao Id, que contém as paixões" (Freud, 2011, p. 23).

Passa-se, então, ao estudo do superego ou super-eu. O superego internaliza parte das inibidoras externas da sociedade, observando, criticando e proibindo o ego (Freud, 1975, p. 75). Isso ocorre no desenvolvimento do indivíduo, quando este passa a ser influenciado por regras morais advindas da religião, do ambiente escolar, da família etc.

Freud explica que o indivíduo passa por uma influência parental que abarca tanto a personalidade dos genitores, a família, as tradições deles e as exigências do *background* social (Freud, 1975, p. 93). Passando à análise do superego, o psicanalista afirma que o superego recebe contribuições formativas de sucessores e substitutos dos pais, que são modelos públicos de ideais admirados (Freud, 1975, p. 93).

Entretanto, a ação do superego é profundamente influenciada pelo complexo de Édipo e a sua repressão. Freud demonstra a seguir:

> O Super-eu conservará o caráter do pai, e quanto mais forte foi o complexo de Édipo tanto mais rapidamente (sob influência de autoridade, ensino religioso, escola, leituras) ocorreu sua repressão, tanto mais severamente o Supereu terá domínio sobre o Eu como consciência moral, talvez como inconsciente sentimento de culpa (Freud, 2011, p. 31-32)

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

Assim, o superego agirá controlando o ego por meio da determinação de regras de consciência moral. Quando a sociedade da representação freudiana, visando se livrar da repressão do pai, o mata; passa a sentir-se órfã da figura paterna e procura um substituto para o regramento moral que ele aplicava.

Nessa direção, a teoria de Ingeborg Maus aponta que o judiciário assume, em termos de sociedade, o papel de um superego que dita a régua moral e cultural que aquela sociedade terá que cumprir. Em meio a essa discussão, surge a temática do protagonismo judicial,

Historicamente, verifica-se que o tema do protagonismo judicial ganhou maior força com a independência dos Estados Unidos da América e a implementação do controle de constitucionalidade (Uliano, 2021, p. 16). O autor afirma que Thomas Jefferson e os membros do Partido Democrata-Republicano criticavam o judiciário por fazer contraponto à vontade popular e desgastar a democracia estadunidense.

Há que se lembrar que o final do século XVIII foi atravessado por grandes mudanças no cenário ocidental que ocasionaram a instauração do constitucionalismo moderno. Esse novo período rompeu com o predomínio das monarquias europeias, especialmente as ditas absolutistas, em um movimento de afastamento dos resquícios do poder medieval.

Nesse contexto surgiu o primeiro federalismo: o estadunidense. Para que esse sistema vingasse, buscou-se adaptar o contrabalanceamento do poder pelo poder, com uma inspiração em Montesquieu. Esse sistema exigia um papel diferente do judiciário estadunidense em comparação ao judiciário nos Estados unitários europeus. Avaliando esse cenário, Albert Venn Dicey (1897, p. 164-167) disserta que o federalismo exige uma prevalência do judiciário na constituição.

Em crítica ao sistema estadunidense, Maus afirma que a jurisdição constitucional da Suprema Corte americana, desde o século XX, é permeada por uma jurisprudência que valoriza a "sucessão de grandes personalidades de juízes que fizeram a história da Constituição." (Maus, 2010, p. 16)[1]

Esses juízes da Suprema Corte, mas não só eles, assumem o papel de guardiões da constituição, a lei maior do sistema de direito daquele país. Dicey (1897, p. 168) alerta que a tradição federalista de colocar esse poder no judiciário gera um perigo de que ele não suporte esse papel. O autor deixa claro que os juízes serão influenciados tanto pelos vieses políticos como pelo cenário do próprio Estado.

No contexto federativo, caso da Alemanha, dos EUA e do Brasil, por exemplo, os juízes assumem primazia na determinação do que é constitucional. Estudando essa conjuntura e comparando com o modelo britânico, Dicey afirma que os tribunais judiciais tornam-se não somente guardiões, mas mestres da constituição (Dicey, 1897, p. 167). Indo além, Maus (2010, p. 17) acredita que esses juízes aparecem como olimpianos do direito[2].

Isso se dá, conforme o autor, porque os tribunais assumem posição central que determina o movimento e desenvolvimentos dos arranjos constitucionais (Dicey, 1897, p.167). Especialmente durante a vigência da Constituição de Weimar, na Alemanha, com a ascensão do nazismo, houve certa desvinculação dos juízes à lei e à constituição, levando supostos direitos naturais suprapositivos a tomar posição sobreposta à interpretação dos direitos fundamentais (Bahia, 2005, p. 11)

No caso alemão, campo de estudo de Ingeborg Maus, a dessacralização da sociedade deixou um vazio ocupado pelo monarca, porém, com o fim desse regime, surgiu novamente o problema da procura de um censor moral para aquela sociedade (Bahia, 2005, p. 11). Depois que a Igreja deixou de ser essa poderosa censora, o papel passou ao legislativo e ao executivo monárquico, e, por fim, o poder judiciário assumiu a função de superego da sociedade (Galante; Pedra, 2015, p. 86)

1 Conforme Maus as biografias desses juízes pareciam reprises do antigo "'espelho dos príncipes', típica do Estado judicial, dá a impressão de que realmente existiria um pressuposto para decisões sensatas e justas na formação específica da personalidade do juiz." (Maus, 2010, p. 17)

2 É importante assentar que, grosso modo, a tradição mitológica da Grécia Antiga considerava que os deuses habitavam o Monte Olimpo, onde estavam em superioridade moral e geográfica em relação aos humanos e demais criaturas.

REVISTA DO DIREITO PÚBLICO, Londrina, v. 20, n. 2, p. 233-247, ago. 2025. DOI: 10.5433/1980-511X.2025.v20.n2.51349.

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

Nessa seara, Maus (2010, p. 17) traz o pensamento de Erich Kaufmann de que a monarquia dava um sentimento de unidade aos alemães, tendo sido substituído pelos direitos fundamentais da nova Carta constitucional e seus juízes. Para a autora, esse substitutivo da figura paterna monárquica não seria o parlamento ou a opinião pública.

Assim, forma-se o cenário propício para a elevação de alguém ou algo ao papel de superego, relembrando a teoria freudiana trazida anteriormente. De acordo com Maus (2010, p. 18), essa delegação de papel "é alcançada por meio da centralização da 'consciência' social no Judiciário".

Ao discorrer sobre a temática, a autora critica a teoria dworkiana de não separar direito e moral[3], pois, para ela

> A razão de uma teoria desse tipo, não obstante sua melhor intenção: prestar-se a mascarar moralmente um decisionismo judicial, é, em geral, a indeterminação muito maior de aspectos morais em comparação com normas jurídicas, mas também a relação inexplicada entre a moral vinculada ao direito, as convicções morais empíricas de uma sociedade e a moral pessoal do juiz (Maus, 2010, p. 18).

Entende-se, a partir do fragmento acima, que a teoria de não separação entre direito e moral implica em um cenário de grande indeterminação por conta do uso dos aspectos morais. Possivelmente abra-se o precedente para utilização cada vez maior desses aspectos, afastando-se da norma jurídica.

Emmanuel Sieyès, ao guiar a construção da Revolução Francesa determina que a lei substitui a "divindade paterna absolutista a ser destituída" (Maus, 2010, p. 19). No caso da França pré-revolucionária, calhou de a monarquia ser despótica; entretanto, cinquenta anos antes da Revolução Francesa, Montesquieu trazia uma análise que relacionava despotismo, lei e jurisdição. Conforme Montesquieu (2000, p. 87), em uma monarquia existe a legalidade e o juiz segue a lei nos pontos em que esta tem precisão; diferentemente de um Estado despótico, no qual o juiz se autorregra, pois não há lei.

Nesse cenário oitocentista, surge o sujeito autônomo iluminista que, conforme Maus (2010, p. 22) elege os mandamentos da moral como examinadores e réguas da lei; além de autolegislar-se no âmbito dos processos políticos de criação do direito. Assim, o indivíduo inverte o processo de socialização imprimindo sua própria versão de superego.

Na teoria de Ingeborg Maus, a concepção de Estado democrático inverte a ordem anterior colocando que o pai deriva dos filhos. Porém, quando ocorre a elevação da justiça "à condição de instância moral superior da sociedade", ela foge do controle social que age sobre as instituições estatais de uma democracia. Dessa maneira, há um retorno ao modelo de sociedade "pré-democrática"[4] porque a justiça passa a trabalhar com um direito moralmente superior, enquanto os demais poderes trabalham com um direito ordinário (Maus, 2010, p. 19).

Esse é o cenário que dá lugar à ascensão corte judicial como superego social, adquirindo, no entanto, princípios do Estado administrativo. Maus aponta que a assunção desses princípios mantém a imagem paterna que funciona simultaneamente "como ponto de referência da clássica delegação do superego e como representação de novos mecanismos despersonificados de integração" (Maus, 2010, p. 19).

Ingeborg determina que a Corte superegoica age a partir dessa imagem paterna, sendo imprescindível a introdução de aspectos morais e valores na jurisdição. *Ipsis litteris*, a autora afirma que

> A mencionada introdução de aspectos morais e de "valores" na jurisdição dota esta última não apenas com uma "legitimação superior" e priva suas decisões de toda e qualquer crítica, mas leva também a uma liberação do Judiciário em relação a todas as vinculações

3 Em relação à teoria de decisão dworkiana, Maus (2010, p. 18) afirma que Ronald Dworkin não acreditava em separação entre direito e moral, na jurisdição, pois os princípios e concepções morais devem direcionar a decisão judicial, mesmo que aqueles não estejam referenciados no texto da lei.

4 Há a possibilidade de essa sociedade pré-democrática tratar-se de uma sociedade autoritária. No caso da sociedade alemã na primeira metade do século XX, abordada pela obra de Ingeborg Maus, houve uma sucessão de autoridades morais paternalistas da sociedade: após o superego de viés judicial, veio o regime nazista. É possível até que o desequilíbrio trazido pela junção de direito e moral tenha deixado o cenário mais propício à ascensão de um totalitarismo, representando no Estado nazista.

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

> legais que, outrora, deviam garantir o controle de sua conformidade com a vontade popular (Maus, 2010, p. 22-23, grifos nossos).

Em outros termos, o superego social, quando presente no judiciário, tende a separar-se da vontade popular pois se enxerga como uma entidade superior até à própria vinculação da lei. Aqui, Maus enxerga a legislação como produto e concretização da vontade popular.

Por outro lado, a teórica supracitada não exime a própria estrutura do Direito moderno como contribuinte na inversão dos polos. Para ela, termos e conceitos como "má-fé", "inconsciente" ou "condenável" abrem margem ao afastamento da racionalidade pelo juiz (Maus, 2010, p. 23). Assim, a própria estrutura da lei pode favorecer a formação de uma corte superegoica.

Porém, a expectativa da população de que o judiciário torne-se instância moral social, não deriva apenas da forma de escritura das normas, afirma Maus (2010, p. 23), mas parte especialmente da confiança que essa população deposita na justiça. É possível dizer que há uma leve confusão entre justiça, judiciário e juízes, no seio do entendimento popular.

Maus (2010, p. 23) comunica que há um puerilismo da crença na justiça que pode ser ilustrado especialmente, no caso alemão, com momentos em que se espera que a Corte constitucional corrija o próprio comportamento cívico. Ao explicar esse comportamento de censor do legislador pelo Tribunal Constitucional alemão, Maus recorre a Luhmann para explicar que essa ascensão da corte decorre da requisição sem limites pela oposição daquele momento histórico (Maus, 2010, p. 24). Quanto mais se usa a ideia, mais forte ela fica. Os tribunais começam a reproduzir-se e se autorreferenciarem, começando com o controle moral do legislador, passando para o controle das matérias sociais, tornando-se, de fato, o superego da sociedade.

Com tudo isso, o judiciário passou a ser não apenas independente funcionalmente, mas com a prerrogativa de desvinculação ao império da lei e da própria constituição. Nesse sentido, Maus (2010) expõe que o Tribunal Constitucional Alemão reconheceu esses direitos suprapositivos que vinculariam o legislador determinado pela carta constitucional, passando ao judiciário a competência para inferir o direito positivo pelo legislador.

Com a emergência desse direito suprapositivo, a referida Corte não só incrementou suas funções, como se autodeterminou competente para julgar a própria constituição, abrindo a interpretação para a que lhe parecesse melhor (Bahia, 2005, p. 11).

Assim, pode-se perceber que os direitos suprapositivos tornaram a Corte o que ela tem sido, elevando suas funções no Estado, o que desbalanceou todo o sistema. Mas essa elevação do papel das Supremas Cortes é resultado imediato de um momento de intersecção entre direito e moral.

O crescimento do protagonismo do judiciário alemão nas décadas de 1920 e 1930 é resultado da doutrina da jurisprudência dos valores, muito difundida no país, mas não só a ela, como outras correntes que confundiam direito e moral, deixando aquele subordinado à esta última (Bahia, 2005, p. 11)

Para Maus (2010, p. 26), o Tribunal Supremo alcança essa "desapropriação [...] dos processos de decisão dos interesses sociais e de formação da vontade política, bem como dos discursos morais" por meio da alteração no conceito de constituição. Agora, conforme a autora, a constituição é entendida como um texto fundamental que seria deduzido pelo Tribunal Constitucional.

Um judiciário que age assim, estaria agindo como o superego da teoria freudiana. Um exemplo dado por Ingeborg Maus trata sobre a decisão do Tribunal Constitucional Alemão de estatuir a composição dos grêmios universitários. Outro exemplo dado pela autora, diz respeito à dedução que o mesmo tribunal teve sobre o aborto "unicamente com base nos princípios constitucionais" (Maus, 2010, p. 26).

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

Compreende-se que a teoria de Maus não deseja um fim do judiciário, muito menos que ele seja detido pelos outros poderes, mas que a dinâmica de sua participação na sociedade, como intérprete do direito, se dê de forma a evitar a estrutura de psique da teoria freudiana. Questiona-se a possibilidade de as democracias atuais conseguirem romper o dilema da sociedade órfã de pai.

É possível que o referido dilema seja verificado quase um século depois no federalismo brasileiro, onde aparentemente há uma atuação forte do STF na determinação de regras do país, incluindo a reescrita da constituição, assumindo a função de superego da sociedade brasileira. Será analisada essa situação no próximo capítulo.

2 REPÚBLICA BRASILEIRA: SOCIEDADE ÓRFÃ DE PAI?

O contexto mundial do século XX foi especialmente conturbado e dinâmico. Entre Guerras Mundiais, revoluções, ditaduras, governos populistas, processos de independências etc., o mundo esteve a todo momento precisando que o direito acompanhasse ou pelo menos tentasse acompanhar as mudanças que a sociedade propunha.

No Brasil, dentre outros eventos, um golpe instituiu uma ditadura que duraria mais de vinte anos. Marcelo Ridenti, em seu estudo sobre censura, alega que o golpe de 1964 teve organização e apoio de setores como o empresariado e as oligarquias rurais, sendo dado em nome da democracia e com apoio dos Estados Unidos da América (Ridenti, 2018, p. 87)

No cenário de ditadura, o poder executivo quebrou a separação e independência entre poderes recuperada na Carta Constitucional de 1946. Assim, o executivo pós-1964 passou a interferir no legislativo por meio de decretos. Emerson Gabardo e Ozias Paese Neves (2017, p. 75) afirmam que a norma que dava essa autorização foi trazida no Ato Institucional nº 2, sendo posteriormente constitucionalizada no art. 58, parágrafo único, da Constituição Federal de 1967.

Aqui, em certa semelhança ao regime nazista analisado por Ingeborg Maus, o executivo torna-se o censor moral da sociedade, determinando praticamente sozinho os rumos da criação do direito. O autoritarismo precisava de um poder como superego da sociedade e, naquele momento, o executivo se incubia de capitanear a empreitada.

Assim, Elisa Galante e Adriano Pedra (2015) argumentam haver uma ligação entre esses fenômenos e o que eles chamam de “verde-amarelismo” do século XX. Este último, conforme os autores, teria sido alimentado pelo Varguismo. Entretanto, eles pontuam que na Copa do Mundo de 1970, como o poder executivo era o superego da sociedade e a ditadura vivia seus anos de maior força, o “verde-amarelismo” foi a chama de uma ideia de consciência nacional (Galante; Pedra, 2015, p. 87).

Ora, se as pessoas, consciente ou inconscientemente, buscavam essa régua moral, a instituição foi dominando o papel e tornando-se, de fato, um superego da sociedade (Galante; Pedra, 2015, p. 87). O poder flui para algum lugar e provavelmente haverá uma pessoa, uma instituição ou outra entidade que assumirá a lacuna.

Com o advento da Constituição de 1988, a redemocratização era a pauta vigente. Buscava-se, a princípio, uma quebra com o paradigma autoritário que vigorou por anos no país. A nova carta constitucional, gerada por meio de uma assembleia constituinte, aparentemente seria calcada na soberania popular legislativa que Ingeborg Maus defende em sua obra.

No entanto, ficaram resquícios autoritários nas instituições democráticas, pois não houve justiça de transição no Brasil (Pequeno; Mendes, 2023, p. 407). Esses restos autoritários existem porque a própria sociedade os mantém. Como Ingeborg alerta, o vácuo de superior moral faz com que a sociedade busque uma nova autoridade paternalista, como ocorreu nos anos 1930 na Alemanha.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

Esse autoritarismo brasileiro advém de um sistema de retroalimentação entre Estado e sociedade, que se mantém até mesmo em um momento formalmente democrático (Pequeno; Mendes, 2023, p. 427). Por isso é difícil detê-lo. É possível que algumas instituições estatais sequer percebam que se tornaram esse censor autoritário. É preciso que se persiga os princípios fundantes da constituição, que inicia esse combate pela declaração de harmonia entre os poderes.

Não é à toa que o artigo 2º da Constituição Federal de 1988 determina que "São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário". (Brasil, 1988). A ordem não é aleatória, pois o legislativo seria o poder que representa a soberania popular, a criadora do direito. O judiciário figura por último por não precisar ter protagonismo algum no sistema, já que deve interpretar o direito, não criá-lo, muito menos reescrever a Carta constitucional.

Nesse sentido, Maus prega que a atividade legislativa, no sentido de criadora do direito, "compete exclusivamente ao 'povo'" (Maus, 2010, p. 181, grifo da autora). Essa teoria aparenta ter sido utilizada na feitura do parágrafo único, do artigo 1º, da Constituição de 1988, a qual determina que todo poder emana do povo. Esse poder é o maior poder: criar o direito. Porém, aparentemente ocorre um fenômeno diferente, que seria a primazia de outro poder, aquele responsável por interpretar o direito.

Dicey (1897, p. 164-167) afirma que os tribunais possuem esse poder de limitação da autoridade executiva e legislativa. No entanto, nas democracias (pós) modernas, essa atividade tem adentrado cada vez mais a esfera das liberdades individuais. Agora, o juiz não só diz onde está o direito fundamental, como o reescreve diariamente em decisões diferentes.

No caso brasileiro, a ampliação dessa função no caso do STF, é justificada no art. 102 da Constituição Federal de 1988, que determina a competência do órgão para guardar a carta constitucional (Brasil, 1988). Dessa forma, há a possibilidade de o judiciário tornar-se o superego da sociedade quando passa a decidir a (quase) totalidade dos aspectos da sociedade, não apenas jurídicos, mas também os morais.

Entre os aspectos regulados na seara dos direitos fundamentais, encontra-se a presunção de inocência, direito humano reconhecido internacionalmente como um dos pilares de uma sociedade justa e democrática. No caso brasileiro, o entendimento mudou drasticamente em um período de menos de 20 anos.

Até 2009 aceitava-se que a execução provisória da pena poderia ser realizada após o acórdão condenatório em segunda instância. Entre 2009 e 2016, entendeu-se que a execução provisória da pena, antes de transitado em julgado, fere o princípio da presunção de inocência. Entretanto, um entendimento anterior ressurgiu com o julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292 SP, pelo STF, onde foi determinado que se poderia executar antes mesmo do julgamento de Recurso Extraordinário (RE) ou Recurso Especial (REsp). A seguir, estuda-se a possibilidade de ação de um superego social no referido precedente.

3 O HABEAS CORPUS 126.292 SP: HAVERIA UM SUPEREGO SOCIAL DECIDINDO A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA?

Importa iniciar este último capítulo salientando as causas da escolha do acórdão proferido no *Habeas Corpus* nº 126.292 SP. O caso, por si só, já é paradigmático por tratar diretamente de um direito fundamental essencial em uma sociedade justa (Caldas; Jatobá Filho; Querino, 2024, p. 144). Esse direito escrito no art. 5º da Constituição Federal de 1988 é de interesse de todos em um dito Estado Democrático de Direito.

O supracitado julgamento é marcado por ter dado uma nova virada jurisprudencial, conforme terminologia utilizada por Leite (2021, p. 92). Junto a isso, o caso é importante por possivelmente não se relacionar não só a conceitos e categorias jurídicas, mas a posicionamentos morais. Sabendo que a Corte superegóica da teoria de Ingeborg Maus é uma Corte que age julgando conforme princípios

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

suprapositivos mergulhados em concepções morais, surgiu a dúvida se esse comportamento poderia ter guiado o julgamento do referido *habeas corpus*.

Salienta-se que a mudança de entendimento do julgador é totalmente permitida no sistema constitucional, não sendo ela, por si só, indicativa da atuação de um Maus superego social. O que se analisa é se os argumentos utilizados são de uma corte do tipo que Maus (2010) apresentou.

Em relação ao julgamento, propriamente dito, naquela ocasião o STF rompeu, por 7 votos a 4, com o entendimento dado no *Habeas Corpus* nº 84.078, julgado em fevereiro de 2009. Ressalta-se que o entendimento anterior não vedada a prisão enquanto o condenado aguardasse análise de REsp ou RE, entretanto necessitava-se da presença dos requisitos da prisão preventiva, elencados no artigo 312 do Código de Processo Penal (CPP) (Capez, 2023).

Conforme relatado pelo Ministro Teori Zavascki, o *Habeas Corpus* nº 126.292 SP foi impetrado contra decisão do Ministro Francisco Falcão, presidente do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que indeferiu pedido de liminar no *Habeas Corpus* 313.021/SP (Brasil, 2016, p. 1).

A liminar visava interpor óbice à prisão do paciente que foi condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão. Após a condenação, a defesa interpôs recurso ao Tribunal estadual, tendo recurso indeferido com a respectiva expedição de mandado de prisão contra o condenado.

Vê-se que houve condenação nas duas instâncias ordinárias da Justiça estadual. O *Habeas Corpus* nº 126.292 SP já levava a discussão além da segunda instância. O Relator deste, deferiu pedido de liminar, suspendendo a prisão preventiva.

Como argumentos do *habeas corpus* em análise, a impetrante alegava:

> (a) a ocorrência de flagrante constrangimento ilegal a ensejar a superação da Súmula 691/STF; (b) que o Tribunal de Justiça local determinou a imediata segregação do paciente, sem qualquer motivação acerca da necessidade de decretação da prisão preventiva; (c) que a prisão foi determinada "após um ano e meio da prolação da sentença condenatória e mais de três anos após o paciente ter sido posto em liberdade, sem que se verificasse qualquer fato novo" e, ainda, "sem que a decisão condenatória tenha transitado em julgado"; (d) a prisão do paciente não prescinde, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, do trânsito em julgado da condenação. Requer, por fim, a concessão da ordem com o reconhecimento do direito do paciente de recorrer em liberdade (Brasil, 2016, p. 2, grifos nossos).

Em virtude do objeto de pesquisa deste trabalho, será dado enfoque aos argumentos e trechos relacionados à ligação entre prisão e trânsito em julgado da condenação, abordando o instituto da presunção de inocência e como ela é afetada pelo posicionamento da Corte Suprema a partir do *corpus*.

3.1 O ACÓRDÃO

No início de seu voto, o eminente ministro destaca que a prisão decretada não tratava-se de prisão cautelar, mas de execução provisória da pena, o que estaria em confronto com o entendimento do STF fixado no julgamento do *Habeas Corpus* nº 84.078/MG.

O ministro prossegue seu voto salientando a busca de equilíbrio entre o princípio da presunção de inocência e a efetividade da função jurisdicional penal. A seguir, o ministro faz uma digressão histórica citando o *Habeas Corpus* nº 68.726 para dizer que mesmo na vigência da CF/88, havia possibilidade de execução provisória da pena. O voto ressalta que o *Habeas Corpus* nº 74.983, julgado em 1997, permitiu o cumprimento de mandado de prisão quando se espera o julgamento de REsp e RE, pois estes não têm efeito suspensivo (Brasil, 2016, p. 5).

O Ministro apresentou vários *habeas corpus* em que o STF permitiu essa execução provisória da pena imposta. Prosseguindo sua argumentação, o eminente julgador cita as Súmulas nº 716 e 717, as quais também tratavam da matéria. Essa primeira parte do voto baseava-se em demonstrar que havia jurisprudência constitucional que justificasse a denegação do *habeas corpus* em comento.

No quarto trecho de seu voto, Teori Zavascki demonstra a essência do princípio da presunção de inocência, previsto no art. 5º, LVII, da CF/88. Essa presunção

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina
Revista do DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

ganhou força a partir da Constituição de 1946, após a adesão do Brasil à Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948.

Logo em seguida, o voto-relator aponta para o fato de o duplo grau de jurisdição ser concluído no Tribunal hierarquicamente superior ao sentenciante de primeiro grau. Afirma o Ministro que "É nesse juízo de apelação que, de ordinário, fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado" (Brasil, 2016, p. 9). Com isso o julgador constitucional argumenta uma preclusão da matéria dos fatos e provas do processo penal.

No entendimento de Zavascki, o acusado foi tratado como inocente durante todo o processo ordinário criminal. O Ministro argumenta ainda que esse cenário não é diverso do que se vê mundo afora, incluindo Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Alemanha, França, Portugal, Espanha e Argentina.

Argumentou ainda, o nobre julgador, que o julgamento de recursos aos Tribunais Superiores não rediscutem a culpa, mas, no máximo, modificam a situação do sentenciado. Esses recursos, no caso dos REs, teriam que cumprir o requisito da repercussão geral, introduzido pela Emenda Constitucional (EC) nº 45/2004.

Outro argumento trazido é de que a negação da executividade da condenação permite e incentiva, em alguns casos, os recursos protelatórios, na tentativa de alcance de uma prescrição da pretensão punitiva ou executória (Brasil, 2016, p. 17).

Prosseguindo o voto, o Ministro Relator, expõe que o poder judiciário possui incumbência de garantir que o processo cumpra a efetivação do jus puniendi estatal. Justifica, assim, a retomada do entendimento que possibilite o imediato início do cumprimento da pena.

Apenas em seu penúltimo parágrafo, admite o julgador que os juízos podem incorrer em equívocos na condenação. Mas justifica que as instâncias extraordinárias também podem fazer isso. Para isso, aduz que há medidas cautelares de outorga de efeito suspensivo ao recurso extraordinário ou especial (Brasil, 2016, p. 19).

Por fim, propõe, de forma expressa um novo entendimento: "a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência" (Brasil, 2016, p. 19). Assim, finaliza o voto, que é seguido pelos Ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes, formando a maioria. A Ministra Rosa Weber abriu a divergência, seguida pelos Ministros Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski.

Vê-se que a feitura do voto-relator é composta por diversos argumentos, mas questiona-se, agora, se esses argumentos denotam uma postura que se enquadra no que a teoria de Ingeborg Maus classificaria de superego da sociedade, como exposto no primeiro capítulo deste trabalho. O estudo específico é feito a seguir.

3.2 O COMPORTAMENTO DA CORTE SOB O PRISMA DA TEORIA DE INGEBORG MAUS

No julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292 SP, o STF comportou-se como um superego social, assumindo a postura de autoridade superior moral da vontade popular? Se houve essa postura, ela se deu em todo o voto ou apenas em alguns argumentos? Adianta-se que não dá para abarcar todos os possíveis problemas que o tema possa trazer, mas há uma tentativa sincera de refletir o comportamento dos julgadores naquele caso em específico.

No início da exposição, o julgador estabelece a necessidade de fazer uma ligação entre a execução provisória de sentenças penais condenatórias, o alcance da presunção de inocência e a busca de um equilíbrio entre o princípio em questão e a efetividade da prestação jurisdicional penal.

Nesse momento, o julgador afirma que esta prestação "deve atender a 'valores caros' não apenas aos acusados, mas também à sociedade, 'diante da realidade'

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

de nosso intrincado e complexo sistema de justiça criminal." (Brasil, 2016, p. 3, grifos nossos). Esses termos são carregados de subjetividade e encaixam-se na definição de Ingeborg Maus. Surge a impressão de que a Corte quem define que valores caros são esses e como serão dosados, se preciso, suprimindo valores dos acusados, constituintes e sujeitos de direitos fundamentais.

Além disso, a Corte avoca para si a competência de regrar o sistema de justiça ponderando com base na "realidade", o que pode incluir aspectos da moral. Essa primeira parte demonstra uma posição de superego social, naquele julgamento.

Em outro momento do voto, o relator afirma que em 1999 o STF já havia aceitado a recepção das restrições do art. 594 do CPP (revogado em 2008), o que denotava o entendimento jurisprudencial de que "a superveniência da sentença penal condenatória recorrível imprimia acentuado 'juízo de consistência da acusação', o que autorizaria, a partir daí, a prisão como consequência natural da condenação" (Brasil, 2016, p. 2-3). Frise-se a carga valorativa moral que o relator deu ao termo "consequência natural", como se a condenação implicasse em prisão.

Adiante, o julgador do *habeas corpus* faz autorreferência a própria Corte e seus julgados anteriores para demonstrar que os órgãos fracionários do STF não consideravam que o princípio da presunção de inocência "inibia a execução provisória da pena, ainda que estivesse pendente julgamento de recurso especial ou extraordinário" (Brasil, 2016, p. 3).

Há, em outro trecho, a citação de uma justificativa "doutrinária", onde o acórdão justifica que "O estabelecimento desses limites ao princípio da presunção de inocência tem merecido o respaldo de autorizados constitucionalistas [...]" (Brasil, 2016, p. 7). Em outro momento, o julgador faz novamente a autorreferência ao entendimento jurídico do próprio STF, ao citar as Súmulas 716 e 717, que dispõem:

> Súmula nº 716: Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.
>
> Súmula nº 717: Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial. (Brasil, 2016, p. 4)

O fato de autoafirmar-se como definidora dos limites do direito à presunção de inocência, aparentava ser uma postura de "soberana" quanto ao tema. Ora, uma das características da Corte superego, para Ingeborg Maus, é a de autorreferência a si própria, podendo deixar de lado até a norma jurídica constitucional e escrevendo a constituição.

A questão é que decidir sobre a permissão de uma execução provisória de pena, pendente julgamento de recurso superior, parece uma atribuição ao legislador, seja por influenciar profundamente não só no direito fundamental à não culpabilidade do condenado, seja por envolver todo o contexto social, especialmente o prisional. Já existe uma constituição escrita e um código de processo penal dispondo sobre, a partir da soberania popular (utilizando a teoria de Maus). Se a sociedade delega essa superioridade moral ao julgador, ela está órfã e buscando uma autoridade paternalista para controlá-la.

O voto afirma ainda que "Para o sentenciante de primeiro grau, fica superada a presunção de inocência por um juízo de culpa" (Brasil, 2016, p. 6). Aqui, sem apresentar claro embasamento constitucional, o relator julga que o juiz de primeiro grau tem o condão de afastar a presunção de inocência a partir da condenação, só voltando a existir essa presunção, se for interposto recurso ao segundo grau de jurisdição.

É que para o ministro "parece inteiramente justificável a 'relativização' e até mesmo a própria 'inversão', para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado." (Brasil, 2016, p. 7). Entretanto, o judiciário pode "inverter" um direito fundamental, constituído pela soberania popular, para atender as necessidades do próprio "sistema de justiça"?

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

Parece atitude superegoica essa ação. Também parece ser ascensão moral tratar como "natural" que a presunção de não culpabilidade como algo que precise evoluir de acordo com o estágio do procedimento, como entendia o acórdão (Brasil, 2016, p. 8). Vale ressaltar que neste ponto do acórdão, a doutrina de outro ministro é citada para fundamentar.

Para o relator, a jurisprudência que guarda, de forma absoluta, a presunção de não culpabilidade é a mesma que "tem permitido e incentivado, em boa medida, a indevida e sucessiva interposição de recursos das mais variadas espécies, com indisfarçados propósitos protelatórios" (Brasil, 2016, p. 13-14). Mesmo se este argumento for baseado na prática jurídica do órgão, não parece ser competência da jurisdição afastar a força do princípio da presunção de inocência apenas para guardar o *imperium* da jurisdição penal.

Chegando ao fim do voto, foi dito que é incumbência do poder judiciário, sobretudo do STF, garantir que o processo retomasse o caráter apenas devolutivo dos recursos especiais e extraordinários, permitindo flexibilizar o princípio da presunção de inocência com a aplicação da jurisdição estatal (Brasil, 2016, p. 15). Neste cenário, o efeito suspensivo seria uma exceção que dependeria de um julgamento da respectiva corte judiciária. E qual seria a régua aplicada para definir como a presunção de inocência seria flexibilizada ou mesmo suprimida?

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao fim deste breve percurso investigatório, é possível verificar que a discussão sobre o protagonismo judicial amadureceu, tomando uma forma mais objetiva. Utilizou-se o julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292 SP como mote para questionar se naquela situação o judiciário brasileiro agiu como um superego da sociedade órfã de pai.

Pela análise do voto relator, que teve predominância na decisão colegiada, pode-se observar que o STF assumiu a postura de protagonista na decisão acerca de um direito fundamental: a presunção de inocência do indivíduo. Assim, a hipótese inicial foi confirmada, com o STF sendo mais que guardião da constituição, mas editor dos próprios direitos fundamentais dispostos na Carta.

Ao limitar um princípio que deveria ser editado devidamente pelo legislativo, poder com representatividade da soberania popular, o judiciário, age como Ingeborg Maus previa e passa de poder constituído a constituinte. Em vez de preservar as garantias que servem de barreira ao poder estatal, o julgador, no caso do *Habeas Corpus* nº 126.292 SP preferiu garantir o poder punitivo estatal, possibilitando possíveis limitações à presunção de inocência.

Além disso, a mudança de posição frequente na jurisprudência constitucional ocasiona não só insegurança jurídica, mas também demonstra que o poder, de fato, age como régua determinante não só jurídica, como moral, da sociedade que se viu órfã de superego função que um dia foi do executivo ditatorial.

Por fim, é preciso alertar que a pesquisa se encontra em pleno desenvolvimento e ainda há caminhos a explorar não só na teoria de Ingeborg Maus, como na temática geral do protagonismo judicial face à separação de poderes e à soberania popular. Objetiva-se, em desdobramentos posteriores da pesquisa, investigar a formação dessa personalidade judicial e sua relação com o próprio legislativo federal, que edita as normas processuais relativas ao processo penal e à presunção de inocência dos indivíduos da nação brasileira.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

REFERÊNCIAS

ALVIM, Mariana. Tensão entre políticos e "Supremos" pressiona democracias pelo mundo, diz pesquisador americano. **BBC News Brasil**, São Paulo, 24 out. 2023. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/articles/cq5lqpq08z5o. Acesso em: 11 ago. 2024.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Ingeborg Maus e o Judiciário como superego da sociedade. **R. CEJ**, Brasília, n. 30, p. 10-12, jul./set. 2005. Disponível em: https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/672. Acesso em: 25 maio 2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 maio 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Habeas Corpus 84.078-7 MG**. Habeas corpus. Inconstitucionalidade da chamada "Execução antecipada da pena". art. 5º, LVII, da Constituição do Brasil. Dignidade da pessoa humana. Art. 1º, III, da Constituição do Brasil [...]. Recorrente: Omar Coelho Vitor. Recorrido: Omar Coelho Vitor. Relator: Min. Eros Grau, 5 de fevereiro de 2009. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur173893/false. Acesso em 10 jun. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Habeas Corpus 126.292**. Constitucional. Habeas corpus. Princípio constitucional da presunção de inocência (CF, Art. 5º, LVII). Sentença penal condenatória confirmada por tribunal de segundo grau de jurisdição. Execução provisória. Possibilidade. Recorrente: Marcio Rodrigues Dantas. Recorrido: Maria Claudia de Seixas. Relator: Min. Teori Zavascki, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246. Acesso em 10 jun. 2024.

CALDAS, Fabiana de Bulhões Medeiros; JATOBÁ FILHO, Lúcio Flavo Brainer; QUERINO, Ana Célia. O direito fundamental à presunção de inocência: aplicação e reflexos sociais no Brasil contemporâneo. **Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação**, São Paulo, v. 10, n. 6, p. 140-155, jun. 2024. DOI: doi.org/10.51891/rease.v10i6.14344

CAPEZ, Fernando. Prisão após a segunda instância: entendimentos do STF. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 6 jan. 2023. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2023-jan-06/prisao-segunda-instancia-entendimentos-stf/. Acesso em: 10 jun. 2024.

CRESWELL, John W. **Projeto de pesquisa**: métodos qualitativos, quantitativo e misto. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2007. 248 p.

DICEY, Albert Venn. **Introduction to the study of the law of constitution**. London: MacMillan and CO. Limited, 1897.

FREUD, Sigmund. **Moisés e o monoteísmo.** Três ensaios (1939 [1934-38]). Rio de Janeiro: Imago, 1975.

FREUD, Sigmund. **O Eu e o Id, "Autobiografia" e outros textos (1923-1925)**. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. (Obras Completas, v. 16). Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/8212139/mod_resource/content/2/freud-obras-completas--vol-16-1923-1925.pdf. Acesso em: 5 maio 2024.

GABARDO, Emerson; NEVES, Ozias Paese. O estado de exceção e as normas aprovadas por decurso de prazo: uma história da exacerbação do poder executivo na ditadura de 1964. **Cadernos da Escola de Direito**, [*s. l.*], v. 3, n. 26, p.

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

66-80, 2017. Disponível em: https://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/cadernosdireito/article/view/3054. Acesso em: 10 maio 2024.

GALANTE, Elisa Helena Lesqueves; PEDRA, Adriano Sant'Ana. O judiciário brasileiro como superego da sociedade: uma crítica sobre a usurpação da compreensão dos valores de uma sociedade**. Conpedi Law Review**, Florianopolis, Brasil, v. 1, n. 14, p. 84–99, 2016. Disponível em: https://www.indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/view/3518. Acesso em 10 maio 2024.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

LEITE, Lívia Chaves. **Supremo Tribunal Federal e a prisão em segunda instância**: manipulação constitucional? uma análise à luz da teoria de Sagüés. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2021.

MAUS, Ingeborg. **O judiciário como superego da sociedade**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das leis**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PEQUENO, Sofia Foresti; MENDES, Alexandre Marques. O fantasma da ditadura militar assombra as instituições democráticas: Elementos estruturais do autoritarismo brasileiro e seus reflexos no direito. **Revista Campo da História**, [*s. l.*], v. 8, n. 1, p. 404-429, 2023. Disponível em: https://ojs.campodahistoria.com.br/ojs/index.php/rcdh/article/view/108/94. Acesso em: 21 jul. 2024.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; FEFERBAUM, Marina (coord.). **Metodologia da pesquisa em direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

RIDENTI, Marcelo. Censura e ditadura no Brasil, do golpe à transição democrática, 1964-1988. **Concinnitas**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 33, p. 86-100, dez. 2018.

ULIANO, André Borges. **Ativismo judicial, estado de direito e democracia**: problemas e mecanismos de controle da "onipotência" judicial. 2021. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Vale do Rio Sinos, São Leopoldo, RS, 2021.

CC BY NC ND

DOI: 10.5433/1980-511X.2025.V20.N1.53407

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

CAPÍTULO XIII - INTERPRETATIVISMO E NÃO INTERPRETATIVISMO, DA OBRA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL DE SAMUEL SALES FONTELES

FONTELES, Samuel Sales. Hermenêutica Constitucional. 7. ed. São Paulo: Juspodivm, 2024.

Maurício Lerand Araujo Oliveira

Graduando em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. E-mail: mauricio.lerand@uel.br.

Jussara Romero Sanches

Doutoranda e Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Advogada. Professora. E-mail: jussara.romero@uel.br.

Como citar: OLIVEIRA, Maurício Lerand Araújo; SANCHES, Jussara Romero. Capítulo XIII – Interpretativismo e não interpretativismo. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 20, n. 2, p. 248-249, ago. 2025. DOI: 10.5433/1980-511X.2025.v20.n2.53407. ISSN: 1980-511X.

Recebido em: 22/08/2025
Aceito em: 24/08/2025

No décimo terceiro capítulo de “Hermenêutica Constitucional”, Samuel Sales Fonteles apresenta a disputa entre as correntes do interpretativismo e do não interpretativismo. Trata-se de um debate quanto à forma adequada de interpretar o texto constitucional. O interpretativismo preza pelo significado original da Constituição; já o não interpretativismo a concebe como um espírito vivo, cabendo a cada geração o direito de cultivá-lo e experienciá-lo à sua própria maneira.

O interpretativismo é mais bem chamado de originalismo, podendo ser textualista ou intencionalista. O primeiro busca o sentido presente no texto legal; o segundo se debruça sobre a intenção original de quem redigiu o texto. Os exemplos tornam os conceitos mais digestos.

A 8ª Emenda Constitucional dos Estados Unidos da América (EUA), promulgada em 1791, vedou as “penas cruéis” no país. O adjetivo “cruel” é dotado de um imenso espaço vazio, sendo suscetível a interpretações divergentes. Nisso, a vertente textualista buscaria a norma a partir do alcance do termo à época de sua utilização. A partir disso, seria constatado que, naquele período, a pena de morte era aplicada comumente, até mesmo para crimes não tão graves, razão pela qual não seria possível interpretá-la como contrária ao texto constitucional.

De outro lado, no Brasil, o art. 226, § 3º, da Constituição Federal de 1988 reconheceu a união estável entre o homem e a mulher. Diante do questionamento sobre a abrangência do texto quanto à união entre pessoas de um mesmo sexo, uma análise intencionalista buscaria se aproximar dos anseios do constituinte originário, valendo-se de documentos como o Diário da Assembleia Nacional Constituinte, nos quais se percebe que o constituinte deliberadamente optou por limitar o reconhecimento da união a homens e mulheres. O Ministro Lewandowski, inclusive, valeu-se desse argumento intencionalista em voto proferido na ADPF 132 e ADI 4277.

Esse anseio do interpretativismo – seja textualista, seja intencionalista – pelo significado original da Constituição é calcado em uma preocupação do elemento democrático das normas, alegando que caberia ao Poder Legislativo atualizá-las e conformá-las aos tempos de cada nova geração, e não ao Poder Judiciário.

Reconhece-se a problemática do ativismo judicial, que é o palco de início da disputa entre o interpretativismo e o não interpretativismo. Entre as décadas de 50 e 60, muito se falou do ativismo judicial promovido pela Suprema Corte Norte-Americana, que promoveu decisões tidas como progressistas, com destaque para a *Brown v. Board Education*, de 1954, na qual foi considerada inconstitucional a segregação racial em escolas públicas. A reação política não tardou, e presidentes republicanos como Nixon e Reagan trataram de indicar magistrados conservadores para alterar a composição do tribunal constitucional, como Antonin Scalia, forte expoente do textualismo.

RESENHA

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

Em oposição, o não interpretativismo coloca que cabe ao intérprete utilizar-se do espírito contemporâneo da sociedade, adequando seus valores ao texto constitucional, de modo a evitar que a Constituição se transforme em um instrumento no qual os mortos governam os vivos.

Tem-se aí a ideia da constituição viva (*living constitution*), que abre a janela para as famosas mutações constitucionais, nas quais o texto permanece o mesmo, mas o significado decorrente dele se altera. É o clássico caso do artigo 52, inciso X, da Constituição de 1988, que trata do papel do Senado no controle de constitucionalidade. Ou seja, o não interpretativismo é uma corrente que se dedica a realizar uma interpretação mais ampla do texto constitucional.

Embora o texto de Fonteles não aborde o tema, é possível inserir esse debate, por exemplo, na questão atual da Justiça do Trabalho, que vem sendo questionada no Supremo Tribunal Federal quanto aos limites de sua competência, especialmente diante das novas formas de trabalho. Nesse cenário, posições interpretativistas tenderiam a argumentar pela preservação do art. 114 da Constituição Federal, enquanto abordagens não interpretativistas poderiam admitir uma adaptação do texto às transformações do mundo do trabalho cada vez mais neoliberal.

De todo modo, são correntes interessantes a serem estudadas, especialmente agora, em que tanto se fala em ativismo judicial. A competência do Legislativo de emendar o texto constitucional parece prejudicada pelo *modus operandi* do Congresso Nacional, fazendo com que suas questões ressoem no Judiciário, o qual precisa aprender a valer-se ora de argumentos fundamentados na vontade original do constituinte, ora na necessidade do texto constitucional adaptar-se à contemporaneidade.

Seja para defender a necessidade da Constituição se adaptar às novas configurações familiares, seja para defender que ela tenha seu significado original respeitado quanto à forma e o funcionamento da Justiça do Trabalho, por exemplo, é necessário entender o que se espera do texto constitucional.

CC BY NC ND

REVISTA DO DIREITO PÚBLICO, Londrina, v. 20, n. 2, p. 248-249, ago. 2025. DOI: 10.5433/1980-511X.2025.v20.n2.53407.

DOI: 10.5433/1980-511X.2025.V20.N1.53639

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

CAPÍTULO II - A DIALÉTICA DO ACESSO: UMA ANÁLISE CRÍTICA DOS OBSTÁCULOS À EFETIVIDADE DA JUSTIÇA NO PENSAMENTO DE CAPPELLETTI E GARTH

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Elen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

José Ricardo Suter

Doutorando e Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Membro Efetivo na Comissão Especial de Soluções Consensuais de Conflitos na OAB-SP. Editor-Chefe da Revista Juris UniToledo (UNITOLEDO). Editor-Adjunto da Revita do Direito Público da UEL. Editor da Revista Hórus da Faculdade Estácio de Sá de Ourinhos (FAESO). Pesquisador do Projeto de Pesquisa "Do Acesso à Justiça no Direito das Famílias" vinculado Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Negocial da UEL. Advogado na Suter Advocacia & Gerenciamento de Conflitos. Mediador Extrajudicial e Judicial. Instrutor da Oficina de Parentalidade. Professor e Coordenador do Curso de Direito do UniToledo Wyden de Araçatuba-SP. E-mail: ricardo.sutter@uel.br.

Larissa Manetta da Cunha Suter

Graduanda em Direito no Centro Universitário Toledo Wyden (UNITOLEDO) de Araçatuba/SP. Membro dos grupos de pesquisa: GPIAMF (Inteligência artificial e mediação de conflitos familiares) e ÓBICE: Observatório das Instituições, Cidadania e Eleições do UNITOLEDO. Assessora técnica da revista Juris Unitoledo. Estagiou na Justiça Federal da 3ª Região no período de agosto de 2024 a junho de 2025. Estagiária jurídica na empresa Solinftec desde julho de 2025. E-mail: suter.lrs@gmail.com.

Como citar: SUTER, José Ricardo; SUTER; Larissa Manetta da Cunha. A dialética do acesso: uma análise crítica dos obstáculos à efetividade da justiça no pensamento de Cappelletti e Garth. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 20, n. 2, p. 250-251, ago. 2025. DOI: 10.5433/1980-511X.2025.v20.n2.53639. ISSN: 1980-511X.

Recebido em: 22/08/2025
Aceito em: 24/08/2025

A obra *Acesso à Justiça*, de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, publicada originalmente em 1988, representa um ponto de inflexão na teoria do direito processual. Os autores rompem com a tradição dogmática que via o processo civil como um conjunto de regras abstratas e neutras, e o inserem em um contexto social, político e econômico. Para Cappelletti e Garth, o conceito de acesso à Justiça vai além da mera possibilidade formal de recorrer aos tribunais; ele engloba duas finalidades essenciais: garantir que o sistema de reivindicação de direitos seja "realmente acessível a todos" e que ele produza "resultados que sejam individual e socialmente justos".

O Capítulo II da obra inicia sua análise partindo do ideal de "igualdade de armas". Esse conceito postula a garantia de que a decisão final de um litígio dependa unicamente dos méritos jurídicos relativos das partes, sem relação com quaisquer diferenças extrínsecas ao Direito que possam afetar a reivindicação de direitos. Ao estabelecer esse conceito como ponto de partida, os autores criam um padrão de medida crucial. A impossibilidade de alcançar essa "perfeita igualdade" na prática permite avaliar o desempenho real dos sistemas jurídicos, não em termos de sua perfeição, mas em relação à sua capacidade de se aproximar desse ideal. Cada barreira identificada em seguida torna-se, então, uma falha mensurável nesse caminho.

Além disso, os autores identificam o custo e o tempo como as barreiras mais tradicionais e evidentes ao acesso à justiça. O alto custo da resolução formal de litígios é uma barreira evidente, principalmente para os indivíduos de baixa renda. Embora o Estado subsidie parte do sistema (salários de juízes, prédios), os litigantes devem arcar com uma grande proporção dos custos, especialmente os honorários advocatícios. A análise dos autores demonstra que a questão do custo é mais complexa do que parece, dependendo do sistema legal adotado.

No Sistema Americano, por exemplo, onde cada parte arca com os honorários de seu advogado, os custos são altos. Contudo, o sistema da sucumbência, mais comum em outros países, que obriga o perdedor a reembolsar o vencedor, pode ser uma barreira ainda mais substancial. Essa regra impõe ao litigante em potencial um risco ainda maior do que nos Estados Unidos: o de pagar os custos de ambas as partes. Para o indivíduo comum, essa incerteza de custos pode ser proibitiva, dissuadindo-o de buscar a justiça.

CC BY NC ND

Universidade Estadual de Londrina

Revista do
DIREITO PÚBLICO
ISSN 1980-551X

Ademais, a delonga judicial é outro obstáculo crucial. A espera de dois ou três anos, ou mais, por uma decisão pode ter efeitos devastadores. A lentidão da justiça não é apenas uma ineficiência, mas uma ferramenta de coerção. Ela aumenta os custos e, mais importante, força o litigante "economicamente fraco" a aceitar acordos inferiores àqueles a que teriam direito. O tempo de tramitação deixa de ser um mero fator logístico e se transforma em uma variável estratégica.

Isso se dá, pois, a capacidade de suportar as delongas do litígio, nas mãos de um litigante com mais recursos, se torna uma arma poderosa que distorce a igualdade de armas e transforma a justiça tardia em uma forma de injustiça. A Convenção Europeia para Proteção dos Direitos Humanos, citada pelos autores, reconhece explicitamente que a justiça que não cumpre suas funções dentro de um prazo razoável é, de fato, inacessível para muitas pessoas.

Em adição aos fatores econômicos e temporais, os autores exploram barreiras que residem na própria condição dos litigantes, aprofundando o problema do acesso. A capacidade jurídica pessoal é um conceito mais rico do que a mera habilidade de contratar um advogado. Ela se relaciona com as diferenças de educação, meio e status social. A barreira mais fundamental é a de não ser capaz de reconhecer a existência de um direito juridicamente exigível. Isso não afeta apenas os pobres, mas a população em geral, em muitos tipos de conflitos.

Além da falta de conhecimento, existem outras barreiras, como a desconfiança nos advogados e o sentimento de intimidação no ambiente dos tribunais. O formalismo e a percepção dos advogados e juízes como figuras opressoras fazem com que o litigante se sinta acuado, e num mundo estranho a ele. Esses obstáculos, embora subjetivos, são tão poderosos quanto os financeiros na determinação da acessibilidade.

Por outro giro, a distinção de Marc Galanter entre litigantes "habituais" e "eventuais" ilumina uma assimetria de poder estratégica no sistema judicial. Os "habituais", tipicamente organizações, como empresas e governos, que têm encontros frequentes com o sistema judiciário, possuem vantagens significativas sobre os "eventuais," que são os indivíduos comuns com contatos isolados e raros.

Nessa perspectiva, as vantagens estratégicas dos "habituais" são numerosas: sua experiência com o Direito permite-lhes um melhor planejamento do litígio, e sua economia de escala torna o processo menos oneroso. Eles podem suportar os riscos e delongas de uma demanda e usar o sistema para obter expectativas mais favoráveis em casos futuros. A neutralidade formal das regras processuais se torna, portanto, uma ilusão, pois a experiência e a estrutura organizacional criam um viés sistêmico.

Nessa trajetória, à época dos autores, o sistema jurídico, moldado para conflitos entre indivíduos, falhava na proteção dos interesses difusos, que são direitos coletivos, como o direito a um ambiente saudável ou a proteção do consumidor. O problema central desses interesses é que o prêmio para qualquer indivíduo que busque sua correção é pequeno demais para induzi-lo a entrar com uma ação. Por exemplo, o dano individual da poluição do ar pode ser mínimo, mas o prejuízo coletivo é enorme.

A análise detalhada deste capítulo mostra que as barreiras ao acesso à justiça não operam isoladamente, mas estão inter-relacionadas em um sistema complexo. Os autores advertem que a reforma não é um processo linear: "as mudanças tendentes a melhorar o acesso por um lado podem exacerbar barreiras por outro" (p. 29). A reforma do acesso à justiça é, portanto, um desafio de engenharia social complexa, que exige uma abordagem holística e a consideração dos efeitos secundários de cada medida.

Por fim, o diagnóstico de Cappelletti e Garth é um prelúdio para as soluções que seriam apresentadas nos capítulos subsequentes do livro ("as três ondas"), que buscam enfrentar o problema de forma articulada e compreensiva. Em essência, o Capítulo II atua como um mapa detalhado da paisagem de desafios, mostrando que o direito formal de acesso é insuficiente sem a efetiva superação dos obstáculos trazidos. A identificação desses desafios foi fundamental para o avanço de uma justiça mais abrangente, transformando-a de um luxo para poucos em uma realidade para muitos na sociedade atual.