

Saberes Jurídicos
v. 26, n. 56
nov. 2022/fev. 2023
e-ISSN 2177-8337



Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro

Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro
Rio de Janeiro: Seção Judiciária do Rio de Janeiro, 1994



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro



EQUIPE EDITORIAL

Editores-Chefes:

Desembargador Federal Reis Friede – Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ)

Juiz Federal Osair Victor de Oliveira Junior – Diretor do Foro da Seção Judiciária do Rio de Janeiro

Editora-Executiva:

Dra. Maria Geralda de Miranda - Pós-doutora em Políticas Públicas pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ)

Editora-Gerente:

Dra. Márcia Teixeira Cavalcanti - Doutorado em Ciência da Informação pelo Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia (IBICT/UFRJ)

Conselho Editorial:

Reis Friede, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, UNIRIO e Tribunal Regional Federal da 2ª Região, TRF2, Brasil;

André Fontes, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, UNIRIO, Brasil / TRF2;

Maria Geralda de Miranda, Centro Universitário Augusto Motta, UNISUAM, Brasil;

Carmen Sílvia Lima de Arruda, Universidade Federal Fluminense, UFF, Brasil;

Raquel Villardi, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil;

Adriano Rosa da Silva, Universidade Santa Úrsula, USU, Brasil;

Alexandre Morais da Rosa, Universidade Federal de Santa Catarina, UFSC, Brasil;

Alexandre Kehrig Veronese Aguiar, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil;

Antonio Baptista Gonçalves, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC-SP, Brasil;

Antonio Celso Baeta Minhoto, Universidade de Marília, UNIMAR, Brasil;

Carlos Alberto Lima de Almeida, Universidade Federal Fluminense, UFF, Brasil;

Carlos Alberto Lunelli, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, UNISINOS, Brasil;

Cláudio Lopes Maia, Universidade Federal de Goiás, UFG, Brasil;

Clayton Reis, Centro Universitário Curitiba, UNICURITIBA, Brasil;

Cleyson de Moraes Mello, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil;

Denis de Castro Halis, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, China;

Elton Dias Xavier, Universidade Estadual de Montes Claros, UNIMONTES, Brasil;

Heliana Maria Coutinho Hess, Universidade de Campinas, UNICAMP, Brasil;
Janaína Rigo Santin, Universidade de Passo Fundo, UPF, Brasil;
Jane Reis Gonçalves Pereira, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil;
José Henrique Mouta Araújo, Universidade da Amazônia, UNAMA, Brasil;
Karen Artur, Universidade Federal de Juiz de Fora, UFJF, Brasil;
Loussia Penha Musse Felix, Universidade de Brasília, UNB, Brasil;
Marcus Lívio Gomes, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil;
Maria Amélia Almeida Senos de Carvalho, Justiça Federal de 1º Grau no Rio de Janeiro, Brasil;
Maria Stella Faria de Amorim, Universidade Federal Fluminense, UFF, Brasil;
Nalayne Mendonça Pinto, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, UFRRJ, Brasil;
Osvaldo Canela Junior, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, PUC-PR, Brasil;
Pedro Heitor Barros Geraldo, Universidade Federal Fluminense, UFF, Brasil;
Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas, Universidade de Coimbra, Portugal;
Rodolfo Salassa Boix, Universidade de Córdoba, Argentina;
Sérgio Augustin, Universidade de Caxias do Sul, UCS, Brasil;
Thiago Bottino do Amaral, Fundação Getúlio Vargas, FGV, Brasil;

Revisores Ad Hoc:

Adriano Rosa da Silva, Universidade Santa Úrsula, USU, Brasil;
Ana Cláudia Akie Utumi, Instituto Brasileiro de Direito Tributário, IBDT, Brasil;
Bárbara Gomes Lupetti Baptista, Universidade Federal Fluminense, UFF, Brasil;
Chiara Antonia Spadaccini de Teffé, Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio, ITS RIO, Brasil;
Cláudia Luiz Lourenço, Universidade Federal de Goiás, UFG, Brasil;
Daniel Francisco Nagao Menezes, Universidade Presbiteriana Mackenzie, MACKENZIE, Brasil;
Doglas Cesar Lucas, Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, UNIJUI, Brasil;
Edilson Vitorelli Diniz Lima, Escola Superior do Ministério Público da União, ESMPU, Brasil;
Janssen Hiroshi Murayama, Fundação Getúlio Vargas, FGV, Brasil;
Jorge André de Carvalho Mendonça, Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, ENFAM, Brasil;
Juliane Altmann Berwig, Universidade Feevale, FEEVALE, Brasil;
Osmar Veronese, Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, URI, Brasil;
Paulo Henrique da Silveira Chaves, Universidade Federal de Uberlândia, UFU, Brasil;
Rodrigo Rachid de Souza, Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, IBGE, Brasil.

Corpo Técnico Editorial:

Tradução: Vitor Kifer, tradução Inglês e Espanhol, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, TRF2

Webdesign e Diagramação: Coordenadoria de Produção Gráfica e Visual | COPGRA/ARIC/TRF2

Normalização: Biblioteca do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, TRF2

Suporte Técnico: Setor de Tecnologia da Informação, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, TRF2

Colaboração Editorial: Marcos Filipe Moreira Silva (estagiário de Letras/AREV)

CONTATO

Equipe Revista da SJRJ

Av. Almirante Barroso, 78 – 3º andar Centro – Rio de Janeiro – RJ. CEP: 20031-001.

Telefone: (21) 3261-6405

revistaauditorium@sjrj.jus.br

Contato para Suporte Técnico:

Revista da SJRJ Apoio

Telefone: (21) 3261-6405

apoio.auditorium@sjrj.jus.br

DADOS PARA CATALOGAÇÃO

Revista de Seção Judiciária do Rio de Janeiro : Auditorium / Tribunal Regional Federal da 2. Região. – v. 1, n. 1 (1994). – Rio de Janeiro : Tribunal Regional Federal da 2. Região, 1994- .

Anual: 1994-2004

Quadrimestral: 2005-2014 e 2018-

Publicação impressa e eletrônica.

Disponível em: <http://revistaauditorium.fjrj.jus.br/index.php/revistasjrj/index>.

Suspensa: 2015-2017

A partir do v. 22, n. 42 (2018), a revista foi publicada pela Seção Judiciária do Rio de Janeiro e pelo Centro Cultural Justiça Federal.

A partir do v. 25, n. 52 (2021), a revista passou a ser publicada pelo Tribunal Regional Federal da 2. Região.

Catálogo na fonte: Seção de Biblioteca.

ISSN: 1678-3085

e-ISSN: 2177-8337

1. Direito. 2. Legislação. 3. Jurisprudência. I. Tribunal Regional Federal da 2. Região. II. Seção Judiciária do Rio de Janeiro

CDD 340
CDU 34

SUMÁRIO

- 7** **Apresentação**
Os Editores

|RESENHA

- 9** **RESENHA DO LIVRO ESTADO FEDERATIVO E POLÍTICAS SOCIAIS: DETERMINANTES DA DESCENTRALIZAÇÃO**
Elisa Roth, Maria Luiza Cristani Bizetto

|ARTIGOS: TEMÁTICAS LIVRES

- 39** **RECURSO INADMISSÍVEL COMO EXCEÇÃO À DETERMINAÇÃO DE SOBRESTAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR**
Otavio Ribeiro Coelho, Jose Marcelo Leal de Oliveira Fernandes

- 57** **ESTADO OLIGÁRQUICO E NEGAÇÃO DE DIREITOS DOS POVOS ORIGINÁRIOS NO BRASIL**
Alexandre de Freitas Carpenedo

- 82** **LITÍGIOS ESTRUTURAIS E IMPARCIALIDADE JUDICIAL: ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE O PAPEL DO JUIZ**
Fabricio de Lima Borges

- 98** **ATIVISMO JUDICIAL PENAL E A MOLDURA NORMATIVA: DA OBRIGATORIEDADE DAS FILMAGENS POLICIAIS NO HABEAS CORPUS 598.051/SP (STJ)**
Thiago André Silva Gonçalves, Lidia Maria Ribas

APRESENTAÇÃO

A Seção Judiciária do Rio de Janeiro, SJRJ, em parceria com a Presidência do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, TRF2, apresenta a 56ª Edição da Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, intitulada "*Saberes Jurídicos*", com resenha e artigos que abordam temáticas variadas dentro do campo do Direito.

A **Resenha do livro Estado federativo e políticas sociais: determinantes da descentralização** objetiva apresentar a obra de Marta Arretche onde fez uma análise sobre as políticas públicas e políticas institucionais do Brasil. A autora também trata do processo de descentralização do Sistema de Proteção Social Brasileiro.

O artigo **Recurso inadmissível como exceção à determinação de sobrestamento por Tribunal Superior** tem por escopo analisar a adequada interpretação das regras previstas nos artigos 1.035, §6º e 1.036, §2º do Código de Processo Civil, que versam a respeito da exclusão do recurso intempestivo da determinação geral e superior de sobrestamento de processos.

No artigo **Estado oligárquico e negação de direitos dos povos originários no Brasil** é discutida a oligarquização do poder político no Congresso Nacional e sua relação com a implementação do direito à diferença aos povos originários brasileiros. Investigou-se se o direito à diferença tem encontrado efetiva aplicação na realidade nacional.

Litígios estruturais e imparcialidade judicial: algumas reflexões sobre o papel do juiz investiga se o papel mais proativo do juiz à frente de demandas estruturais ofende a garantia de imparcialidade judicial. Utilizando o método dedutivo, subsidiado por pesquisa bibliográfico-documental, examina a conceituação e as características dos processos estruturais, assim como a garantia de imparcialidade judicial.

O artigo **Ativismo judicial penal e a moldura normativa: da obrigatoriedade das filmagens policiais no Habeas Corpus 598.051/SP (STJ)** procura estudar os argumentos utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça no

juízo do Habeas Corpus n. 598.051, com destaque para a obrigatoriedade contida no voto do relator.

Agradecemos a todos que participaram do processo como autores ou como avaliadores e também a toda a equipe editorial da revista. Desejamos a todos uma ótima leitura. Para publicar na Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro-Auditorium, consulte as normas da revista.

Os Editores

**RESENHA DO LIVRO ESTADO FEDERATIVO E POLÍTICAS SOCIAIS:
DETERMINANTES DA DESCENTRALIZAÇÃO**

***REVIEW FEDERATIVE STATE AND SOCIAL POLICIES: DETERMINANTS OF
DECENTRALIZATION***

Elisa Roth¹
Maria Luiza Cristani Bizetto²

Resumo: A presente resenha objetiva apresentar a obra intitulada como “Estado federativo e políticas sociais: determinantes da descentralização” de Marta Arretche. Arretche lança mão de pesquisa histórica e empírica para a consecução de sua obra, o que leva a uma análise sobre as políticas públicas e políticas institucionais do Brasil. Marta também trata do processo de descentralização do Sistema de Proteção Social Brasileiro que se desenvolveu a partir da redemocratização do país e teve as suas bases garantidas pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, buscando verificar a extensão desse processo de descentralização das políticas sociais. Trata-se de um livro rico em detalhes e completo em seus objetivos, notadamente no que tange ao estudo do federalismo e políticas públicas.

Palavras-chave: Marta Arretche. Federalismo. Políticas públicas. Descentralização.

Abstract: This review aims to present the work entitled “Federal State and social policies: determinants of decentralization” by Marta Arretche. Arretche makes use of historical and empirical research to carry out her work, which leads to an analysis of public policies and institutional policies in Brazil. Marta also deals with the process of decentralization of the Brazilian Social Protection System that developed from redemocratization of the country and had its bases guaranteed by the Federative Republic Constitution of Brazil of 1988, seeking to verify the extent of this decentralization process of social policies. It is a book rich in details and complete in its objectives, notably with regard to the study of federalism and public policies.

Key-words: Marta Arretche. Federalism. Public policy. Decentralization.

¹ Mestranda em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa. Pós-graduada em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa, com a concessão da Láurea Acadêmica em sua conclusão de curso. Assistente III de Juiz de Direito no Tribunal de Justiça do Paraná (agosto de 2020-atual).

² Mestranda em Direito Profissional pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Integrante do Projeto MindTheGap: Inovação em Direito. Pós-graduada em Direito Público Aplicado pela Escola Brasileira de Direito (EBRADI) - Especialista (2021). Assistente de Juiz de Direito junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Graduação em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (2019). Concessão de Láurea Acadêmica pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (2020).

*RESENHA DO LIVRO ESTADO FEDERATIVO E
POLÍTICAS SOCIAIS: DETERMINANTES DA
DESCENTRALIZAÇÃO*

*Elisa Roth
Maria Luiza Cristani Bizetto*

Recebido em: 20/06/2022
Aceito para publicação em: 10/08/2022

1 INTRODUÇÃO

Marta Teresa da Silva Arretche é Professora Livre-docente do Departamento de Ciência Política da USP, Diretora do Centro de Estudos da Metrópole e editora da *Brazilian Political Science Review*. A autora tem graduação em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, mestrado em Ciência Política pela Universidade Estadual de Campinas, doutorado em Ciências Sociais pela Universidade Estadual de Campinas e pós-doutorado no Departamento de Ciência Política do *Massachusetts Institute of Technology* (EUA). Foi *Visiting Fellow* do *Department of Political and Social Sciences*, do Instituto Universitário Europeu, em Florença (NECI).

O livro escrito por Marta Arretche intitulado como “Estado federativo e políticas sociais: determinantes da descentralização” é fruto originalmente de sua tese de doutorado defendida em 1998 na Unicamp. Busca desenvolver uma análise sobre as políticas públicas e políticas institucionais, tratando do processo de descentralização do Sistema de Proteção Social Brasileiro que se desenvolveu a partir da redemocratização e teve suas bases garantidas pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), verificando a extensão desse processo de descentralização das políticas sociais no país. Para tanto, a autora analisou políticas como saúde, saneamento, habitação, educação e assistência social em seis Estados do Brasil: São Paulo, Rio Grande do Sul, Paraná, Ceará, Pernambuco e Bahia, com o objetivo de avaliar a política de descentralização da intervenção do Estado na área social no país.

Descentralização, segundo a autora, significa “institucionalização no plano local de condições técnicas para a implementação de tarefas de gestão de políticas sociais”, pouco importando se será municipal ou estadual (ARRETCHE, 2011, p.16). Ainda, a descentralização pressupõe a adesão do Estado ou dos municípios à proposta do governo federal, bem como a instalação no plano local das condições técnicas e administrativas estabelecidas pela União - envolve a decisão pela adesão por parte da unidade do governo local, bem como o preenchimento das condições de capacitação institucional requisitadas (ARRETCHE, 2011, p.38).

É um livro que busca estudar as políticas públicas, analisando o processo de descentralização do Sistema de Proteção Social Brasileiro para identificar a sua extensão e variação e os fatores que determinam o formato que vem assumindo. A obra examina a transferência de gestão para os níveis estaduais e, ou municipais do governo de cinco políticas sociais, quais sejam: saúde, saneamento, habitação, educação e assistência social, nos seis estados mencionados no parágrafo acima (ARRETCHE, 2011, p.13).

Segundo a autora, em sua apresentação, o trabalho examina o papel dos seguintes fatores: atributos estruturais das unidades locais de governo: capacidade econômica, fiscal e administrativa; atributos institucionais das políticas: regras constitucionais, requisitos de engenharia operacional e legado das políticas prévias; fatores ligados à ação política: relações entre Estado e sociedade e relações intergovernamentais (ARRETCHE, 2011, p.13).

Contudo, considerando que o Brasil é um estado federativo, caracterizado por desigualdades regionais e por municípios fiscal e administrativamente fracos, a autora considera que uma reforma do Estado (centralizado) para transformar esse formato centralizado em um sistema nacional de prestação de serviços sociais não seria um processo espontâneo.

O sucesso dessa descentralização das políticas públicas de prestação de serviços sociais depende da ação deliberada dos níveis do governo que tomem a decisão de implantar um programa de descentralizar suas atribuições; tenham capacidade burocrática para formular programas adequados e compatíveis com a decisão acima; tenham recursos financeiros e administrativos para tornar a adesão à descentralização uma opção efetivamente atrativa para os governos locais.

Tudo isso ainda depende do cálculo que cada governo local irá fazer quanto aos custos e benefícios prováveis e quanto aos recursos próprios de cada administração local (ARRETCHE, 2011, p. 13 e 14).

Destaca-se que a abordagem de Marta é rica em seu conteúdo quantitativo e qualitativo, visto que apresenta dados da realidade e descreve situações sobre a descentralização das políticas públicas no Brasil, identificando, inclusive, as nuances de cada política, seus pontos negativos e positivos.

2 UM ESTUDO DO LIVRO ESTADO FEDERATIVO E POLÍTICAS SOCIAIS: DETERMINANTES DA DESCENTRALIZAÇÃO

Primeiramente, pontua-se que a análise a seguir é baseada na obra de Marta Arretche (ARRETCHE, 2011).

A obra possui alguns objetivos muito claros, que valem a pena registrar: 1) identificar o escopo da descentralização das políticas sociais no Brasil, examinando a diversidade de trajetórias das políticas de habitação social, saneamento básico, educação fundamental, assistência social e saúde, assim como as variações no alcance da transferência de atribuições em cada uma destas políticas sociais entre distintas unidades da federação, identificando diferentes graus no alcance da descentralização das políticas sociais em um conjunto de estados selecionados por sua diversidade e analisando a importância dos fatores de natureza econômica, política e administrativa em um processo de reforma do Estado; 2) examinar as condições que tornam possível a transferência de atribuições de gestão das políticas sociais para os níveis subnacionais de governo, verificando quais fatores determinam um processo de reforma do Estado, no qual a gestão de cinco diferentes áreas de política social vem sendo delegada a Estados e municípios dotados diferencialmente de capacidade econômica e administrativa para tal (ARRETCHE, 2011, p.16 e 18).

Segundo a autora, o Brasil tornou-se um estado Federativo e passou a operar sob bases institucionais distintas daquelas que caracterizaram as relações intergovernamentais durante o regime militar e alterações profundas desta natureza (de um Estado quase unitário do regime militar para um Estado federativo em um Estado democrático) tem impactos no processo de reforma de descentralização das políticas públicas e sociais que envolvem, por definição, relações intergovernamentais (ARRETCHE, 2011).

Isto é, em termos político institucionais, na década de 1990 o governo federal, os governos estaduais e os municipais passaram a ser autônomos e independentes, tendo a prerrogativa de não aderir a programas federais que pretendiam delegar-lhe a competência (ARRETCHE, 2011).

Juntamente com a autonomia e independência político-institucional dos estados e municípios, existem muitas desigualdades entre esses entes, sejam elas econômicas, fiscais ou de ordem administrativa, na gestão de políticas públicas (ARRETCHE, 2011).

Outros impasses estariam nas divergências das políticas sociais quanto às regras constitucionais pelas quais sua oferta é normatizada e também quanto ao mecanismo de *policy feedback* que interfere nos processos setoriais de reforma. Esses atributos institucionais das políticas sociais têm importância para a extensão da adesão dos governos locais à descentralização?

(...) a análise da descentralização das políticas sociais no Brasil pareceu-me um fértil objeto para o exame dos determinantes - estruturais, institucionais ou ligados à ação política - de um processo de reformas pelo qual vem se redesenhando um modelo de prestação de serviços sociais previamente configurado como fortemente centralizado, sob um estado federativo, em um país caracterizado por expressivas desigualdades regionais e um grande número de municípios - para os quais se pretende transferir atribuições de gestão - fiscal e administrativamente frágeis. (ARRETCHE, 2011, p. 18)

O livro em questão é dividido em duas grandes partes, em que estas estão subdivididas em dois capítulos na primeira parte e quatro na segunda.

O primeiro capítulo da Parte I ("examinando os determinantes da descentralização") discutiu as principais indagações teóricas e analíticas do trabalho, extraídas da literatura e do debate contemporâneo; apresentou as variáveis que a autora considerou mais relevantes e apresentou um modelo de análise e método de investigação (ARRETCHE, 2011, p. 22-44).

A autora apresenta as determinantes de um processo de descentralização, que segundo ela seriam ligadas a fatores de tipo estrutural, fatores de tipo institucional e fatores ligados à ação política.

Os fatores de tipo estrutural, de natureza econômica ou política-administrativa, estão relacionados à capacidade de gasto e à capacidade político-administrativa, tratando-se de variáveis de tipo estrutural como volume de riqueza a ser taxado e a base fiscal do nível do governo.

Os fatores de tipo institucional têm variáveis ligadas ao legado das políticas

prévias ou herança institucional, que deve ser observado sob os aspectos de custos potenciais de instalação de capacidade técnica e da desigual capacidade de mobilização de recursos entre os diferentes interesses organizados e níveis de governo e avaliação das reformas. As variáveis também se relacionam às regras constitucionais que normatizam a oferta de bens e serviços - competência entre os níveis de governo; regras constitucionais determinam procedimentos que facilitam ou impedem a emergência de determinados desenhos institucionais; regras que influem decisivamente no processo de descentralização de cada política social, pois pode estabelecer diferentes imposições para cada ente; as regras podem incentivar ou não a transferência de atribuições (ARRETCHE, 2011).

A engenharia operacional inerente à sua prestação - fatores relacionados às condições particulares de operações de serviços, que também podem facilitar ou inibir a transferência de atribuições (ex.: engenharia vultuosa que impacta nos recursos financeiros).

Os fatores ligados à ação política seriam as relações entre os três níveis de governo ou relações entre estado e sociedade - variáveis:

A relação entre estado e sociedade - diferença na cultura cívica; variações da cultura política das regiões;

As relações entre os níveis de governo - ações do governo local dependem das ações do governo federal; "... em estados federativos, estratégias de indução de um nível mais abrangente de governo sobre um outro menos abrangente podem ter impacto sobre a produção de políticas públicas deste último"; a adesão de um programa social proposto por um nível de governo mais abrangente ou a transferência de atribuições em política social supõe a adesão do nível de governo para o qual se pretende que a atribuições sejam transferidas (ARRETCHE, 2011).

Diante de todas essas determinantes e variáveis, a descentralização das políticas sociais no Brasil envolve um processo de reforma do Estado de dimensões consideráveis, sob um estado federativo, em um país caracterizado por expressivas desigualdades estruturais de natureza econômica, social, política e da capacidade administrativa de seus governos locais (ARRETCHE, 2011, p.34).

Na sequência do texto a autora aborda sobre o modelo de análise e

variações quanto ao momento em que se deu o início do processo de descentralização; quanto à extensão ou sucesso da efetiva transferência de funções e quanto à extensão da adesão. Assim, a pesquisa contemplou 8 programas de descentralização (ARRETCHÉ, 2011, p.34 e 37):

1. municipalização dos serviços saneamento básico;
2. existência sistemas estaduais habitação;
3. programa para distribuição recursos do FGTS;
4. municipalização das redes de ensino fundamental;
5. municipalização da merenda escolar;
6. municipalização política assistência social;
7. processo habilitação municipal ao SUS;
8. processo municipalização de consultas médicas.

Sendo assim, vale destacar que a autora perpassa na sequência de todo o trabalho por cada um desses programas (estuda, por exemplo, o histórico da municipalização dos serviços de saneamento), passa pelo saneamento básico; sistemas estaduais habitação; distribuição recursos do FGTS; sobre redes de ensino fundamental; merenda escolar; política de assistência social e SUS.

A autora indica, ainda, os graus de descentralização e o que usou para a análise de cada um dos programas para, uma vez identificado os diferentes graus de descentralização, testar o impacto das variáveis e testar as hipóteses que buscam explicar diferenças nas trajetórias da descentralização a partir de diferenças dos atributos das unidades locais de governo: capacidade econômica e ou administrativa e cultura cívica (ARRETCHÉ, 2011).

No segundo capítulo da Parte I ("determinantes da descentralização das políticas sociais no Brasil nos anos 90"), Arretche apresenta os resultados obtidos pelo modelo de análise empregado; concentra na relação entre o processo de transferência de atribuições no Brasil e as variáveis que explicam a trajetória. Inicia abordando a questão do regime militar no país, que caracterizava um estado unitário e que, a partir dos anos 90, o governo federal vem delegando a Estados e municípios grande parte das funções de gestão das políticas sociais estudadas no livro (ARRETCHÉ, 2011, p. 45-75).

Neste capítulo, portanto, a autora apresenta os resultados da aplicação dos determinantes da variação dos graus de descentralização entre as políticas e estados, bem como o impacto de cada uma dessas variáveis.

Vale a pena citar aqui, o seguinte trecho (ARRETCHÉ, 2011, p.49):

Temos três casos situados no ponto extremo da escala de variação: de um lado, a municipalização dos serviços de saneamento básico, cujo grau de descentralização foi praticamente nulo em todos os estados e, de outro lado, a descentralização da merenda escolar - já totalmente transferida a Estados e municípios - e o programa federal de criação de instâncias colegiadas para a alocação do FGTS, que obteve elevados graus de descentralização em todos os Estados.

Destaca-se aqui, ainda, o fato de que existem casos em que os desenhos do programa federal impõem determinadas exigências e requisitos aos entes a cumprirem para gestão de determinado serviço social, em maior ou menor grau.

Segundo Arretche, em um estado federativo, caracterizado pela efetiva autonomia política dos níveis subnacionais de governo, a assunção de atribuições em qualquer área de políticas públicas - na ausência de imposições constitucionais - está diretamente associada à estrutura de incentivos oferecida pelo nível de governo interessado na transferência de atribuições. (ARRETCHÉ, 2011, p.52)

Assim, a autora defende que devem existir estratégias eficientes de indução de delegação das políticas sociais para compensar as dificuldades de natureza estrutural e institucional sentidas pelos governos locais, com vistas à assunção da responsabilidade pela sua gestão.

Ressalta a importância da variável "existência de programas que geram incentivos à ação dos governos locais", uma vez que "(...) o grau de sucesso de um programa de descentralização está diretamente associado à decisão pela implantação de regras de operação que efetivamente incentivem a adesão do nível de governo ao qual se dirigem (...)" e, isso, com atrativos como: redução de custos financeiros na execução das funções, minimizar custos de instalação infraestrutura, elevar volume receita disponível, transferir recursos de forma atraente, reverter as condições adversas derivadas da natureza de cada política, do legado das políticas prévias, dos atributos estruturais de estados e municípios (ARRETCHÉ, 2011, p.53).

Segundo a autora, se assim não for (inexistindo incentivos), os recursos dos cofres locais são disputados pelas demais áreas possíveis de sua aplicação.

Ademais, constata que descentralização de políticas sociais não é uma consequência lógica da descentralização fiscal de 1988 e das novas disposições constitucionais, uma vez que os entes federativos possuem autonomia política e que o processo de descentralização depende fundamentalmente da adesão desses governos locais. "Isto apenas significa que este executivo local terá mais recursos a serem aplicados; mas não é suficiente para definir *em qual política os aplicará*", ainda mais considerando o leque de possíveis áreas de aplicação de recursos, em que a decisão para ampliar em política social estará baseada em um cálculo no qual a natureza política, o legado das políticas prévias, as regras constitucionais e a existência de uma estratégia eficientemente desenhada e implementada por um governo mais abrangente serão decisivos e definidores (ARRETCHE, 2011, p.53).

Assim, a existência de uma estratégia de indução eficientemente desenhada e implementada foi decisiva para os resultados da descentralização; obstáculos (a serem superados para gerar incentivo); engenharia operacional de cada política, legado das políticas prévias e regras constitucionais (ARRETCHE, 2011, p.54).

Marta reafirma que o sucesso de cada programa ou processo de descentralização de cada política é determinada pela estrutura de incentivos à sua adesão, pois, em estado com entes federados, a assunção de gestão em políticas públicas depende da decisão soberana dos governos locais e essa decisão é resultante de um cálculo da administração local quanto aos custos e benefícios nela implicados.

Isto é, a extensão da descentralização e a decisão local pela assunção de competências de gestão de políticas públicas depende, em grande parte: da estrutura de incentivos associada a cada política particular, da estratégia de indução eficientemente desenhada e implementada, associada a requisitos ou exigências postos pela engenharia operacional de cada política, pelas regras constitucionais que normatizam sua oferta e legados prévios (ARRETCHE, 2011, p.57).

Entre as páginas 70 a 74 da obra, vale a pena destacar alguns pontos abordados pela Professora Marta, quais sejam (ARRETCHE, 2011, p.70-74):

i. a ação dos governos estaduais teve uma importância decisiva no grau de descentralização obtido por cada Estado da amostra; isso porque o Brasil é estruturalmente caracterizado pela existência de uma maioria de municípios fracos, com pequeno porte populacional, densidade econômica pouco expressiva e na dependência de transferências fiscais, assim, nesses casos, a ação dos governos estaduais pode influir decisivamente nos rumos da municipalização dos programas sociais no Brasil;

ii. nessa lógica, dado um patamar de riqueza econômica e capacitação político-administrativo, o impacto das estratégias de indução sobre os governos locais pode se tornar menos decisivo - mas essa não é a realidade da maioria dos municípios brasileiros. Assim, para reformar ou descentralizar o Sistema de Proteção Social, é fato que depende da ação política deliberada dos níveis mais abrangentes de governo

iii. para que os Estados do Ceará e Paraná alcançassem os mais elevados graus de descentralização da amostra, foi decisivo que seus sucessivos governos estaduais tenham instituído políticas ativas e continuadas de capacitação municipal e de transferência formal de atribuições de gestão a seus municípios;

iv. resumindo: a capacidade fiscal e administrativa das administrações influi no processo de reforma; mas estas variáveis não são determinantes em si mesmas - seu peso varia de acordo com os requisitos postos pelos atributos institucionais daquela política que se pretende descentralizar, ou seja, do custo operacional da gestão, da dificuldade de transferência das atribuições derivadas do legado das políticas prévias e das prerrogativas legais constitucionais estabelecidas;

Quanto mais elevados forem os custos implicados na gestão de uma dada política e mais reduzidos os benefícios dela derivados, menor será a propensão dos governos locais a assumirem competências na área social.

Simetricamente, quanto mais reduzidos os custos e mais elevados os benefícios implicados na descentralização, maior será a propensão de os governos locais a aderirem a um processo de (re)definição de atribuições.

v. estratégias de indução que sejam avaliadas como passíveis de minimizar custos ou trazer benefícios ao nível de governo que assumirá a gestão de uma dada

política alteram os termos do cálculo apresentado. No entanto, para que uma estratégia de indução seja bem-sucedida, é necessário que os níveis de governo interessados nas reformas tenham disposição (tomem decisões favoráveis ao programa de descentralização) e meios (recursos financeiros, políticos e administrativos) para implementar políticas.

vi. a extensão da descentralização depende, ainda, diretamente de que as políticas sejam implementadas de modo coordenado; isto é, quanto maior for o grau de coincidência das ações dos níveis mais abrangentes de governo - no nosso caso, governo federal e governos estaduais -, maior será o alcance da municipalização. Na mesma direção, o escopo da descentralização depende diretamente da continuidade no tempo da implementação de estratégias de indução destinadas a compensar obstáculos derivados da (in)capacidade fiscal e/ ou administrativa dos governos locais. Apenas na ausência de políticas efetivas de reforma que instituem tais estratégias que os atributos estruturais dos governos locais e/ ou dos requisitos institucionais das políticas tendem a representar um fator decisivo para a trajetória da descentralização.

vii. políticas sociais supõe a institucionalização de capacidade técnica (financeira, administrativa e de recursos humanos) para garantir uma relativa continuidade do fluxo de oferta de um bem ou serviço.

A Parte II do livro em comento - A dinâmica da descentralização das políticas sociais nos anos 90, analisou a dinâmica da descentralização de cada uma das áreas de política social e buscou demonstrar a aplicabilidade do modelo explicativo para a compreensão do processo de descentralização de cada uma dessas políticas.

Em todos os quatro capítulos que seguem dentro dessa Parte II da obra, dentro de cada um deles (que se refere a cada uma das políticas sociais) a autora: apresenta o formato institucional da prestação do serviço instituído pelo regime militar com característica centralizadora + apresenta o modelo da política que se pretendia reformar e a herança institucional para o processo de descentralização + apresenta quais fatores institucionais impactaram na descentralização (regras constitucionais, regras e modo de implementação dos programas de descentralização etc.) + expõem as estratégias de descentralização que foram adotadas pelos

executivos estaduais + e, por fim, identifica graus de descentralização de cada estado.

Para fins do presente trabalho (texto apresentado na disciplina do mestrado), o foco permaneceu nas características principais de cada um deles, reforçando-se a ideia de que caso haja interesse em alguma política social específica, indica-se a releitura completa do capítulo em si.

O primeiro capítulo da parte II dedica-se à política de desenvolvimento urbano (habitação, saneamento básico e redistribuição do FGTS) (ARRETCHE, 2011, p. 77-133).

A CRFB é genérica quanto à distribuição de competências para implementação de políticas de habitação e saneamento básico e faz referência ao saneamento básico nos seguintes artigos: 21, XX; 23, IX; 30, V; 200, II; 30, VIII (CRFB).

Especificamente quanto ao Estado do Paraná, segundo Marta, foram encontradas as mais elevadas taxas de cobertura das companhias estaduais na amostra de Estados selecionada: a SANEPAR³ detém os contratos de concessão dos serviços em 316 dos 371 municípios paranaenses, o que representa 85.2% destes e cerca de 90% da população paranaense (ARRETCHE, 2011).

Destaca-se, aqui, o quadro quanto à municipalização da política de saneamento apresentada pela autora em sua obra - inexistente em 1987-95 - reforçando a ideia de que permaneceu um serviço prestado pelo Estado. Isto é, em nenhum dos Estados da amostra ocorreu qualquer processo expressivo de municipalização (ARRETCHE, 2011).

³ Companhia de Saneamento do Paraná: empresa brasileira que detém a concessão dos serviços públicos de saneamento básico em cidades do Estado do Paraná.

Imagem 1 - QUADRO 7

QUADRO 7
POLÍTICA DE SANEAMENTO
MUNICIPALIZAÇÃO EM ESTADOS SELECIONADOS
1987-95

	RS	PR	SP	BA	PE	CE
Existência de movimento pela municipalização dos serviços	sim	não	sim	não	não	sim
Nº de municípios que buscaram a municipalização	3	0	2	1	0	6
Municipalização efetiva	0	0	2	1	0	0
Número de municípios não-municipalizados em 1987	302	316	334	336	154	137

Fontes: Freitas (1996), Raggio (1996), Araújo e Severian (1996), Mendonça (1996), Anjos Jr. (1996); Moraes e Vidal (1996).

Fonte: Arretche, 2011, p.101.

E por que o reduzido número de municípios interessados em municipalizar os serviços de saneamento básico? Segundo a autora: pela dificuldade jurídica em romper (de forma unilateral) os contratos de concessão com as companhias estaduais (custo jurídico), bem como por conta do custo financeiro da retomada da gestão dos serviços = custo jurídico e custo financeiro (ARRETICHE, 2011, p. 102 e ss.).

Quanto à situação habitacional, no caso do Estado do Paraná, o governo do Estado formulou e implementou programas habitacionais com desenho próprio, mas contando com aportes federais. A Companhia de Habitação do Paraná (COHAPAR) é a companhia habitacional do governo estadual, com atuação em todo o Estado. A COHAPAR vem executando a política do setor e também diversificando suas formas de atuação: da promoção e execução dos programas. No Estado do Paraná, combinando recursos federais e do Tesouro do Estado, a COHAPAR implementou um número expressivo de soluções habitacionais com desenho próprio. Assim, o Estado do Paraná foi classificado em um grau médio de descentralização (ARRETICHE, 2011).

Imagem 2 - QUADRO 12

QUADRO 12
POLÍTICA HABITACIONAL
GRAUS DE DESCENTRALIZAÇÃO EM ESTADOS SELECIONADOS

	Rio Grande do Sul	Paraná	São Paulo	Bahia	Pernambuco	Ceará
Emergência de Sistemas Estaduais de Habitação	baixo	médio	alto	baixo	baixo	alto

Fonte: Arretche, 2011, p.123.

Como explicar estes resultados? Em primeiro lugar, é preciso considerar uma particularidade da engenharia operacional na política habitacional. Tal como na política de saneamento, são necessários vultosos investimentos públicos para a oferta de serviços. No caso da habitação, vultosos investimentos por unidade produzida. No caso da política social, destinada à população pobre (que é a população-alvo da produção pública de habitações), o retorno do investimento realizado é reduzido - tendendo a nulo -, dada a baixa capacidade de pagamento dos mutuários potenciais. Isto implica que a relação gasto público/beneficiário seja muito elevada nesta política. Em outras palavras, o Estado gasta muito para beneficiar um número muito reduzido de famílias (ARRETCHÉ, 2011).

Entretanto, no Brasil, diferentemente da educação e da saúde, a habitação não é um direito universal - visto que não há uma prerrogativa legal que obrigue o Estado a garantir a oferta de habitação e Estados e municípios não estão obrigados a implementar tais programas. Assim, a adoção de políticas habitacionais está diretamente associada às opções dos Executivos locais (ARRETCHÉ, 2011).

Assim, em relação aos serviços habitacionais, a capacidade fiscal pode representar um pré-requisito para a adoção de políticas habitacionais; mas, a ação do Executivo estadual, apoiado em burocracias especializadas, seja para captar recursos de outras fontes, seja para extrair recursos de sua própria base tributária é a condição mais importante para a emergência de programas descentralizados. Nesta política particular, a relação custo/resultado é possivelmente a mais baixa de todas as

políticas aqui examinadas. Portanto, neste caso, programas destinados a criar incentivos para que os governos locais venham a oferecer soluções habitacionais tomam-se essenciais (ARRETICHE, 2011).

O capítulo dois dessa parte II, dedicou-se à política de desenvolvimento da educação fundamental. De acordo com Arretche (2011, p.136):

Tradicionalmente no Brasil a oferta de ensino fundamental é responsabilidade de Estados e municípios. A presença federal na provisão de serviços à educação pré-escolar e fundamental concentra-se no financiamento a atividades de apoio - como provisão da merenda escolar, livro didático, construção escolar, infraestrutura material etc. - e na definição do currículo mínimo.

Assim, posto que a oferta de matrículas federais no ensino fundamental é irrelevante e a ação federal neste nível de ensino é de normatização e assistência técnica e financeira, a descentralização neste nível de ensino envolve basicamente a relação entre governos estaduais e municipais: descentralização do ensino fundamental significa "municipalização da oferta de vagas" (ARRETICHE, 2011).

As novas normas constitucionais são muito claras quanto ao direito universal de acesso à escola fundamental e à vinculação de gasto com ensino e à prioridade ao ensino fundamental, mas no que diz respeito à definição de competências, a CRFB estabelece como concorrentes. Não veio, portanto, das novas regras constitucionais menção para a municipalização dos sistemas estaduais de ensino fundamental (ARRETICHE, 2011).

Apenas em 1996, por iniciativa do MEC, foi aprovada a Emenda Constitucional n. 14/96, que criou o FUNDEF, em que Estados e municípios passam a gastar diretamente 10% de sua receita de impostos e transferências em ensino e outros 15% deverão ser integralizados em um fundo estadual, do qual os recursos serão sacados de acordo com o número de matrículas em ensino fundamental (ARRETICHE, 2011).

No Paraná, a autora destaca que o processo de adesão e municipalização foi rápido e imediato, salvo, num primeiro momento e nos anos 90, a resistência, sem a adesão, dos municípios de grande porte - Curitiba, Londrina, Maringá, Cascavel,

Ponta Grossa -, por considerar que os termos da ajuda financeira proposta pelo governo do Estado eram insatisfatórios e que teriam de arcar com os custos de um número muito elevado de alunos, incompatível com sua capacidade financeira, sem a devida contrapartida do governo do Estado (ARRETCHÉ, 2011).

Marta ressalta que a descentralização da rede fundamental de ensino significa a municipalização da oferta de matrículas. Nestes termos, um eventual processo de municipalização implicaria alteração na distribuição da oferta de matrículas entre os principais prestadores - no caso, entre Estados e municípios.

Em todos os Estados selecionados ocorreu expansão das matrículas municipais no ensino fundamental. Isto significa que os municípios destinaram uma parte de suas receitas à ampliação da oferta de vagas neste nível de ensino. Pode-se falar, portanto, que em todos os Estados ocorreu municipalização do ensino fundamental, no sentido de que em todos ocorreu expansão da oferta de matrículas (ARRETCHÉ, 2011).

Imagem 3 - QUADRO 16

QUADRO 16
MUNICIPALIZAÇÃO DAS REDES (ESTADUAIS) DE ENSINO FUNDAMENTAL
GRAUS DE DESCENTRALIZAÇÃO EM ESTADOS SELECIONADOS

	RS	PR	SP	BA	PE	CE
Programas (estaduais) de municipalização da rede de ensino fundamental	baixo	alto	baixo	baixo	baixo	médio

Fonte: Arretche, 2011, p.155.

Segundo a autora, a transferência da rede de ensino está associada à existência de programas deliberadamente desenhados para esta finalidade, bem como os incentivos. Comenta que o Paraná foi bem sucedido na transferência da rede estadual de ensino para os municípios, conforme tabela.

O que facilita a adesão (incentivos): o nível de governo que está propondo o programa de municipalização compromete-se a efetuar repasses financeiros e apoio técnico, pedagógico e administrativo para que o município possa assumir a gestão de

uma dada rede de ensino.

Quanto a descentralização da merenda escolar, segue as taxas de municipalização, em que a taxa nacional de adesão a este programa é bastante elevada: 66%:

Imagem 4 - QUADRO 18

QUADRO 18
PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTAÇÃO ESCOLAR
TAXAS DE MUNICIPALIZAÇÃO
EM ESTADOS SELECIONADOS

Estado	Taxas de Municipalização
Rio Grande do Sul	75%
Paraná	68%
São Paulo	77%
Bahia	66%
Pernambuco	76%
Ceará	91%
BRASIL	66%

Fonte: Arretche, 2011, p.156.

A autora expõe o que explica esse resultado: ser programa com baixo custo de adesão - cumpridas as exigências legais (estar em dia com os impostos federais, respeitar a regra constitucional de vinculação de gasto e criar o Conselho de Alimentação Escolar), o município passa a ter acesso a um recurso que se acrescenta às suas receitas; obrigação de abastecer alimentos às escolas de sua rede (ou da rede estadual, caso obtenha autorização para tal); não exige grandes custos instalação; permite contratação de funcionários de baixa qualificação e baixo salário; qualidade que pode ser alterada em decorrência do corte de recursos (ARRETCHÉ, 2011).

Há um fator que importa aqui: o legado de políticas adotadas previamente - seja o endividamento junto ao governo federal, seja o tamanho das redes municipais - têm um peso importante na adesão da municipalização da medida.

O capítulo três da parte II, destina-se a abordar a situação quanto à política de desenvolvimento da assistência social. Ocorre que, de acordo com Arretche, é muito difícil a caracterização da política de assistência social no país, eis que as dimensões da pobreza brasileira são grandes e há a natureza essencialmente não redistributiva de nosso Sistema de Proteção Social; ainda, todas as áreas de política social têm um expressivo segmento de programas de caráter assistencial. Além disso, a área de assistência também comporta programas dirigidos a populações em situação de risco. Política assistencial (ARRETCHE, 2011, p.169):

Assim, o que se convencionou chamar de política assistencial no Brasil é, antes de tudo, a agregação de programas de agências governamentais que, de modo irregular e descontínuo, desenvolveram programas voltados às camadas extremamente pobres, sem que esta ação tivesse qualquer pretensão de universalização ou mesmo de combate sistemático à situação de pobreza.

No que tange à classificação do grau de descentralização dessa política social, o indicador adotado pela autora foi a "taxa de adesão municipal ao programa" em cada Estado. Este indicador deve revelar o número de municípios que i) consideraram que seria atraente receber recursos federais e assumir integralmente as funções de gerenciamento das ações assistenciais em seu território; ii) aceitaram as condições e exigências preconizadas pela LOAS, tal como regulamentadas pela SAS; e iii) tomaram as medidas necessárias à institucionalização no plano local destas exigências; e estão iv) organizados e capacitados a receber os recursos federais e gerir diretamente a política local de assistência social. As exigências federais requerem a institucionalização dos conselhos e fundos municipais de assistência e a elaboração dos respectivos planos municipais (ARRETCHE, 2011). Seguem as tabelas:

Imagem 5 - QUADRO 21

QUADRO 21
POLÍTICA FEDERAL DE ASSISTÊNCIA SOCIAL
TAXAS DE MUNICIPALIZAÇÃO EM ESTADOS SELECIONADOS

ESTADO	TAXA DE MUNICIPALIZAÇÃO
Rio Grande do Sul	32%
Paraná	42%
São Paulo	7%
Bahia	2%
Pernambuco	13%
Ceará	55%
BRASIL	33%

Fonte: SAS

Imagem 6 - QUADRO 22

QUADRO 22
POLÍTICA FEDERAL DE ASSISTÊNCIA SOCIAL
GRAUS DE DESCENTRALIZAÇÃO EM ESTADOS SELECIONADOS

	RS	PR	SP	BA	PE	CE
Programa (federal) de municipalização da política de assistência social	médio	alto	baixo	baixo	baixo	alto

Fonte: Arretche, 2011, p.191 e 192.

Por que tais resultados? Em síntese, a autora explica que é por conta das variáveis: desenho do programa e seu modo efetivo de implementação: a LOAS foi sancionada em 1993, mas apenas em 1995 a União começou a tomar medidas concretas para implementá-la. No entanto, mesmo desde então, o processo de definição das regras de operação do programa tem sido lento; a União repassou aos governos estaduais os recursos referentes às verbas de convênios para que estes os administrarem; do ponto de vista do modo efetivo de implementação do programa,

não existe um comando único que estabeleça uma coordenação geral para a política de assistência social (dificuldade quanto ao acesso dos municípios mais carentes aos recursos institucionais e financeiros da União); do ponto de vista dos custos políticos e financeiros a serem arcados pelas administrações municipal, a municipalização implicaria assumir a gestão das ações de assistência social, o que significa prestar contas à população pelas ações diretas a serem executadas e assumir o financiamento dos convênios com entidades filantrópicas = embora a possibilidade de gestão dos recursos federais possa representar um incentivo à adesão, a incerteza quanto ao efetivo recebimento de tais recursos via fundo pode representar um desincentivo; os incentivos derivados do programa, tal como vem sendo efetivamente implementado pela SAS, não são suficientes para minimizar os temores derivados dos custos a serem arcados pelos municípios em caso de adesão (ARRETCHE, 2011).

Os Estados que apresentam graus mais elevados são aqueles nos quais encontramos políticas estaduais ativas para capacitação municipal, à gestão de suas políticas assistenciais, anteriormente ao início do programa do governo federal.

Fatores dos graus mais elevados: **a)** existência de políticas prévias, favoráveis à municipalização, que capacitaram institucionalmente os governos locais, criando, assim, um legado institucional para o período seguinte e **b)** orientação entre os órgãos estadual e federal favoráveis à municipalização no momento da implantação federal, isto é, a partir de 1995 (ARRETCHE, 2011).

Por isso, as taxas no Ceará e no Paraná são mais elevadas, porque estes dois fatores operam simultaneamente. Tal convergência traduz-se em medidas concretas, que reduzem a incerteza dos governos municipais quanto aos custos a serem arcados pela municipalização. Estes fatores - programas prévios de incentivo à capacitação municipal associados à convergência de ações entre governo federal e governos estaduais - não estão presentes nos demais Estados. (ARRETCHE, 2011, p. 194)

Observe-se, portanto, como o conjunto de incentivos associados às estratégias de indução de implementação - sejam elas o desenho institucional e o modo efetivo de implementação, sejam elas as orientações políticas e dos governos

estaduais - é elemento decisivo do cálculo realizado pelas administrações municipais com vistas à tomada de decisão de aderir à descentralização. (ARRETCHÉ, 2011, p.195)

Por fim, o capítulo quatro da parte II trata do SUS. Arretche analisa neste último capítulo: i) a municipalização da gestão dos serviços de saúde e ii) a municipalização da prestação de serviços básicos de atendimento médico - cada uma delas possui estrutura de incentivos diferentes. Interessa, saber, portanto, o grau de adesão dos municípios aos mecanismos propostos pelo governo federal via SUS. A autora demonstra, por meio dos quadros abaixo, a habilitação em 1997:

Imagem 7 - QUADRO 25

QUADRO 25
INDICADORES DE HABILITAÇÃO DO SUS
EM ESTADOS SELECIONADOS - JANEIRO DE 1997

ESTADO	CONDIÇÃO DE GESTÃO ESTADUAL	PROPORÇÃO DE MUNICÍPIOS HABILITADOS	ÍNDICE DE MUNICIPALIZAÇÃO
Rio Grande do Sul	parcial	48%	0,53
Paraná	parcial	83%	0,95
São Paulo	semiplena	54%	0,76
Bahia	parcial	42%	0,42
Pernambuco	semiplena	69%	0,77
Ceará	semiplena	80%	0,93
Brasil	...	58%	0,74

Nota: Nenhum município foi habilitado durante o ano de 1997.

Fonte: Arretche, 2011, p.226.

Imagem 8 - QUADRO 26

QUADRO 26
HABILITAÇÃO MUNICIPAL AO SUS
GRAUS DE DESCENTRALIZAÇÃO EM ESTADOS SELECIONADOS
JANEIRO DE 1997

	RS	PR	SP	BA	PE	CE
Programa (federal) de implantação do SUS	baixo	alto	médio	baixo	médio	alto

Fonte: Arretche, 2011, p.227.

Para Marta, tais resultados podem ser explicados pelo desincentivo à adesão municipal ao programa em decorrência de: pelo desenho e modo efetivo de implementação do SUS e pelos atributos institucionais da política de saúde; restrições orçamentárias do ministério da saúde e prováveis custos políticos e financeiros derivados de assumir a responsabilidade pela gestão da oferta universal de serviços de saúde. (ARRETCHE, 2011, p.227)

Por outro lado, de acordo com o texto, a despeito dos desincentivos, em quatro anos de implantação do SUS, este alcançou mais da metade dos municípios brasileiros. Isso porque a municipalização da saúde é a questão de maior consenso na agenda de reformas da área social e a sua reforma é a mais articulada das políticas sociais, existindo em todos os níveis de governo órgãos ativos de representação e deliberação. O movimento e visibilidade desta política geram pressão local pela adesão à municipalização. Além disso, o desenho institucional desta política permitiu opções de adesão (3) e, assim, as administrações municipais puderam aderir ao SUS enquadrando-se na gestão mais conveniente (ARRETCHE, 2011, p.228-229).

Sendo assim, o índice nacional de adesão ao programa de habilitação pode ser explicado pela estrutura e incentivos do SUS, na qual regras constitucionais, desenho institucional do programa de descentralização e seu modo efetivo de

implementação são elementos essenciais.

Ocorre que, analisando os Estados do trabalho, os índices de municipalização são mais elevados nos estados cujos executivos estaduais implementaram programas favoráveis à municipalização, como é o caso do Paraná e do Ceará, que adotaram políticas de capacitação municipal - apresentou mais elevado índice ainda onde se observou que esta orientação foi continuada ao longo dos últimos dez anos. Então: programas continuados de capacitação municipal e de reforço à municipalização (ARRETCHE, 2011).

Isto é: a ação do executivo estadual é um fator que acelera ou reduz o ritmo de adesão municipal ao SUS. E isso porque o Brasil é dotado de uma maioria de municípios fracos econômica, fiscal e administrativamente, que a natureza das estratégias estaduais de indução torna-se tão decisiva. Segundo a autora, "a ação política deliberada é capaz de compensar limites derivados de uma realidade socioeconômica adversa à criação de capacidade técnicas de gestão pública.". (ARRETCHE, 2011, p.232)

Além dessa variável importante (estratégia do governo estadual), outra importante variável é a capacidade técnica: forma pelo qual o município reúne equipamentos, recursos humanos e conhecimento técnico especializado, que também é um legado de políticas prévias, pode ser decisivo para o processo de municipalização, na medida em que se estabelecem condições sob as quais os governos podem vir a implementar as políticas (ARRETCHE, 2011).

A autora indica que no Paraná o alto grau de descentralização das consultas médicas (superior à média nacional) se dá graças à ação do governo estadual que contribuiu para compensar as dificuldades para a instalação de capacidades técnicas derivadas de fatores de natureza estrutural (como porte socioeconômico e capacidade fiscal) (ARRETCHE, 2011, p.235-236).

Portanto, não há evidências de que a capacidade fiscal dos Estados e municípios possa ser isoladamente uma variável independente capaz de explicar a trajetória da descentralização nestes Estados selecionados. A variável "ação do executivo estadual" pode alterar a importância dos fatores de tipo estrutural, na medida em que minimiza os custos de instalação da capacidade técnica necessária à

prestação do serviço (ARRETCHÉ, 2011, p.238).

De acordo com a Professora autora da obra em análise, a incongruência entre o grau de municipalização alcançado nas taxas de habilitação ao SUS e as taxas de consultas médicas em Pernambuco e Ceará pode ser explicado pelo comportamento das variáveis "requisitos operacionais da política", "porte socioeconômico" e "capacidade fiscal". Pois, a descentralização impõe custos fiscais e administrativos distintos aos municípios (ARRETCHÉ, 2011).

Por fim, em sede de conclusão da obra "Estado federativo e políticas sociais: determinantes da descentralização", Arretche (2011, p. 241) confirma que a descentralização na implementação das políticas sociais passou a ser uma realidade e, quanto a este aspecto, a reforma do Estado está em curso - apesar de estar longe de ser homogênea para as diversas políticas sociais e para o território nacional.

Ressalta a importância de fatores estruturais, institucionais e de ação e deliberação políticas na determinação dos resultados observados nas diferentes áreas de política social e nos diferentes Estados analisados (ARRETCHÉ, 2011).

i. contexto institucional: recuperação das bases federativas do Estado brasileiro; retomada das eleições diretas para todos os níveis de governo; a descentralização fiscal e a definição dos municípios como entes federativos autônomos na CRFB;

Recuperação das bases federativas com consequências institucionais: a transferência de competências na área social supõe a adesão do nível de governo para o qual estas se destinam e, a União já não tem a seu favor os recursos com os quais contava durante o regime militar; a transferência de atribuições realiza-se com base em uma barganha federativa.

ii. os governos locais aderem a descentralização com base em um cálculo, no qual são avaliados os custos e benefícios prováveis da decisão - os recursos de cada administração local para desempenhar tarefas de gestão de políticas sociais - tais como sua capacidade de gasto e sua estrutura administrativa - interferem diretamente na extensão do processo de descentralização.

Assim, variáveis até então consideradas decisivas para o sucesso da descentralização das políticas sociais no Brasil - tais como a riqueza econômica, a

capacidade fiscal e a capacidade administrativa - são, na verdade, componentes do cálculo ou da decisão local que implicará a descentralização das atribuições.

iii. o peso dos atributos de cada administração local na decisão ou no cálculo varia de acordo com os requisitos postos pelos atributos institucionais da política pública que se pretende descentralizar (engenharia operacional das políticas, o legado das políticas prévias e regras constitucionais).

iv. variáveis como a capacidade de gasto e a capacitação administrativa das unidades locais de governo, de um lado, e os requisitos postos pela engenharia operacional das áreas de política pública, pelo legado das políticas anteriores e pelas determinações constitucionais de outro lado, são fatores do cálculo realizado por cada administração local com vistas a decisão pela descentralização.

O presente trabalho ainda pode concluir que estratégias de indução eficientemente desenhadas e implementadas são decisivas para o sucesso de processos de transferência de atribuições. A existência de programas federais de descentralização e de programas de capacitação municipal implementados pelos Executivos estaduais condiciona diretamente a extensão do processo de descentralização das políticas sociais no Brasil.

Segundo conclui a autora, a "existência de políticas deliberadas", explícita e eficientemente desenhadas para obter a adesão dos governos locais, é uma condição necessária ao sucesso de um processo amplo e abrangente de transferência de funções de gestão de políticas sociais - para obter resultados na transferência de atribuições, a ação política deliberada pode alterar substancialmente o peso e a importância de variáveis relacionadas aos atributos estruturais de Estados e municípios e aos atributos institucionais das políticas (ARRETICHE, 2011).

Dito de outro modo por Marta, o desenho e o modo de implementação de um programa ativo de transferência de atribuições são componentes decisivos do cálculo realizado pelas administrações locais quanto aos prováveis custos - financeiros e políticos - da decisão de assumir a responsabilidade pública pela gestão de uma dada política (ARRETICHE, 2011).

Em uma síntese e possível "fórmula":

O desenho do programa mais (+) seu modo efetivo de implementação mais

(+) os atributos institucionais de uma dada política mais a estrutura de incentivos de uma dada política é igual (=) fator decisivo para que as administrações locais decidam assumir responsabilidades de gestão.

As disposições constitucionais, o desenho de um programa de descentralização e seu modo efetivo de implementação são elementos centrais da estrutura de incentivos de uma determinada política pública.

Regras constitucionais podem: i) incentivar a transferência de atribuições de um nível de governo a outro; ou ii) não criar nenhum incentivo, favorecendo a distribuição prévia de atribuições. Pois, quanto mais amplos forem os direitos constitucionalmente garantidos, mais elevados serão os custos financeiros da assunção de atribuições sociais e os custos políticos de não os cumprir.

O desenho de um programa de descentralização: conjunto da regulamentação proposta para a transferência de funções - define quais funções serão transferidas e seus custos prováveis, e quais recursos - técnicos e financeiros - o nível de governo interessado na descentralização oferece para que tal transferência tome-se desejável.

O modo efetivo de funcionamento de um programa: conhecimento de como as coisas funcionam. o conhecimento por parte da administração local dos meios e recursos de que dispõe efetivamente o nível mais abrangente de governo para implementar seu programa de descentralização - tais meios configuram o apoio ou retaguarda com os quais a administração local poderia efetivamente contar.

Reflete a autora quanto à estrutura de incentivos (ARRETICHE, 2011):

A estrutura de incentivos à descentralização de uma determinada política é composta por sua engenharia operacional, pelo legado das políticas anteriores, pelas disposições constitucionais, pelas regras de um programa de descentralização e por seu modo efetivo de implementação. No entanto, destes fatores, apenas os três últimos podem ser objeto da ação do nível de governo interessado nas reformas, pois a engenharia operacional das políticas e o legado das políticas são dados.

Uma quarta variável, ainda no campo da importância das estratégias de indução, explica a variação nos resultados da descentralização entre os Estados. Trata-se da ação dos Executivos estaduais.

Diz respeito à orientação política do Executivo estadual em relação àquela política particular, que se traduz em uma série de medidas favoráveis ou desfavoráveis à descentralização. Isso é um fator decisivo, na medida em que políticas favoráveis à municipalização minimizam os custos prováveis que a assunção de tais atribuições tende a acarretar. Importância da implementação de estratégias deliberadas e adequadas de incentivo à adesão dos governos locais (ARRETICHE, 2011).

E por esta razão que a variável "ação dos Executivos federal ou estaduais" se revelou tão decisiva no caso brasileiro. É devido à debilidade fiscal e administrativa de uma grande proporção de municípios em cada Estado que a existência e a natureza de estratégias federais e estaduais são um requisito fundamental do processo de descentralização das políticas sociais (ARRETICHE, 2011).

Por fim, a autora finaliza a obra com os seguintes últimos parágrafos:

[...] em razão da heterogeneidade das regiões, Estados e municípios brasileiros, dado o fato de que é pequeno o número de municípios com recursos fiscais e econômicos suficientes para assumir de modo autônomo a gestão de políticas sociais e, finalmente, dado o fato de que, por um legado das políticas prévias, a maior parte dos municípios brasileiros é dotada de capacidade técnica instalada estratégias de indução do governo federal e dos governos estaduais revelaram ter uma influência decisiva no alcance da descentralização.

Sob um Estado federativo, em um país caracterizado por expressivas desigualdades regionais e um grande número de municípios fiscal e administrativamente fracos - para os quais pretende-se transferir atribuições de gestão de política social - um processo de reforma do Estado capaz de reconfigurar o formato centralizado prévio de um sistema nacional de prestação de serviços sociais não pode ser, sob hipótese alguma, um processo espontâneo. (ARRETICHE, 2011, p.247 e 248)

De um lado, o sucesso de uma reforma desta extensão depende decisivamente da ação deliberada dos níveis mais abrangentes de governo que, interessados na reforma, tenham:

- i) disposição para implantar um programa de descentralização de atribuições;
- ii) capacidade burocrática para formular programas adequados e compatíveis com esta decisão; e, finalmente;
- iii) recursos (financeiros e administrativos) para tomar a adesão à

descentralização uma opção efetivamente atrativa para os governos locais.

De outro lado, o escopo desta reforma depende diretamente de um cálculo dos governos locais, cálculo este no qual os custos e benefícios prováveis derivados da decisão de assumir atribuições são considerados.

Dito tudo isso, verifica-se que, consoante afirma Bucci (2013), a consolidação da democracia e a estabilização da economia restituiu ao Brasil a possibilidade de planejamento das instituições, sendo fundamental o financiamento da infraestrutura e da dinamização da atividade produtiva e criadora como um objetivo em si.

Ocorre que, muito embora o federalismo e a teoria favorável da Constituição de 1988 para a descentralização da execução das políticas públicas, a supremacia da União tem raízes sólidas no processo de construção do estado brasileiro. É que, segundo Arretche (2012), os constituintes ainda preservaram ampla autoridade e competência de iniciativas legislativas para a União e, desse modo, a regulação federal afeta decisivamente a maneira com que as políticas são executadas. (ARRETCHÉ, 2012, Locais do Kindle 189-238):

Os formuladores da Constituição não parecem ter pretendido limitar as iniciativas legislativas da União. No mesmo ato com que aprovaram um modelo de Estado federativo que transferia competências sobre a execução de políticas para os governos subnacionais, aprovaram dispositivos constitucionais que davam ampla autoridade à União para legislar sobre essas mesmas políticas. Nem parecem ter pretendido construir um Estado federativo em que os governos subnacionais tivessem autoridade exclusiva para legislar e executar suas próprias políticas. Longe de criarem uma federação com um centro limitado, conferiram amplos poderes jurisdicionais à União. (ARRETCHÉ, 2012, Locais do Kindle 879-883).

Nesse aspecto destaca-se a necessidade de um governo coeso e que tenha condições de articular suas ações para a modificação das estruturas desiguais. É ideal que o governo organize, dirija, execute, coordene e planeje ações coletivas dentro da Administração Pública, em seus diversos níveis de abrangência (BUCCI, 2013). O planejamento estratégico e a execução coordenada das ações dentro da descentralização das políticas públicas é que farão a diferença a longo prazo para a realização dos objetivos propostos pela Constituição de 1988.

REFERÊNCIAS

ARRETCHE, Marta. **Democracia, federalismo e centralização no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora FGV; Editora Fiocruz, 2012. Edição do Kindle. Capítulo I (posição 421-1190).

ARRETCHE, Marta. **Estado federativo e políticas sociais: determinantes da descentralização**. 3.ed. São Paulo: FAPESP, 2011; Rio de Janeiro, Revan. 304 p.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013. E-book Kindle.

HOCHMAN, Gilberto. Sobre as relações entre descentralização e federalismo. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 16, n. 45, Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais São Paulo, Brasil, fev. 2001, p. 172-176.

NÚCLEO DE ESTUDOS COMPARADOS E INTERNACIONAIS (NECI). **Marta Teresa da Silva Arretche**. Disponível em: <https://neci.fflch.usp.br/marta-teresa-da-silva-arretche>. Acesso em: 10. jan. 2022.

SÁ, Nathiene Alencar de. Resenha. **Revista Gestão Pública: Práticas e Desafios**, Recife, v. I, n. 2, novembro 2010. p. 201-204.

RECURSO INADMISSÍVEL COMO EXCEÇÃO À DETERMINAÇÃO DE SOBRESTAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR

INADMISSIBLE APPEAL: EXCEPTION OF LAWSUIT'S SUSPENSION COURT ORDER

Otávio Ribeiro Coelho¹

José Marcelo Leal de Oliveira Fernandes²

Resumo: O presente artigo tem por escopo analisar a adequada interpretação das regras previstas nos artigos 1.035, §6º e 1.036, §2º do Código de Processo Civil, que versam a respeito da exclusão do recurso intempestivo da determinação geral e superior de sobrestamento de processos enquanto os tribunais superiores fixam a tese repetitiva ou de geral repercussão em sede dos recursos repetitivos ou extraordinários. O artigo busca desenvolver uma interpretação teleológica e extensiva a respeito de demais vícios de admissibilidade recursal, para além da mera intempestividade.

Palavras-Chaves: Juízo de Admissibilidade. Recurso Extraordinário. Recurso Especial. Sobrestamento. Intempestividade.

Abstract: The article aims to analyze the proper interpretation of the rules provided for articles 1.035, §6 and 1036, §2 of the Code of Civil Procedure, which regulate the exclusion of the untimely appeal from the general and superior determination of suspension of lawsuits while the Superior Courts establish the repetitive or general repercussion thesis in the context of repetitive or extraordinary appeals. The article seeks to develop a teleological and extensive interpretation regarding other vices of appeal admissibility, and not just untimeliness.

Keywords: Appeal's Admissibility. Brazilian Extraordinary Appeal. Brazilian Special Appeal. Lawsuits' Suspension. Untimely Appeal.

Recebido em: 07/11/2021

Aceito para publicação em: 09/08/2022

¹ Advogado. Mestrando em Processo Civil pela PUC/SP. Especialista em Processo Civil pela USP. Especialista em Direito Civil pela PUC/MG. Especialista em Ciências Criminais pela PUC/MG. Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

² Mestrando em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Pós-graduado em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pelo Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP (2018). Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB (2016).

1 INTRODUÇÃO

Existindo uma multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito (repetitivos) ou existindo uma repercussão geral em recurso extraordinário (repercussão geral), a fim de garantir a isonomia de prestações jurisdicionais, o sistema processual civil prevê a possibilidade de suspensão de processos no país até final fixação da tese de forma uniforme pelo Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça, para posterior aplicação isonômica desta tese nos casos levados à pacificação do Poder Judiciário.

O artigo 1.035, §6º do Código de Processo Civil permite que o interessado requeira perante o tribunal de origem o cessar dessa suspensão do processo e conseqüente prolatar de juízo de admissibilidade negativo, de forma a não admitir o recurso extraordinário que tenha sido interposto de forma intempestiva.

Este regramento se aplica ao caso do recurso especial submetido ao julgamento pelo rito dos repetitivos e que haja determinação de suspensão de processos pendentes de julgamento com a mesma questão, como aponta o §7º do mesmo artigo e como expresso na redação do artigo 1.036, §2º do citado diploma legal.

Ocorre que determinada exceção discriminou, sem justa causa de discrimine, um dos requisitos de admissibilidade recursal (a tempestividade do recurso) dos demais requisitos de admissibilidade (sejam gerais, advindos da teoria geral dos recursos; sejam específicos do recurso especial ou extraordinário).

Uma interpretação literal de referidos dispositivos legais leva à conclusão de que o regramento do Código de Processo Civil, portanto, admite que apenas um dos requisitos de admissibilidade recursal dê azo ao não conhecimento do recurso cuja questão é de repercussão geral (ou tese repetitiva). Os demais recursos, ainda que inadmissíveis, mas que padeçam de outros vícios deste juízo (deserção, ilegitimidade, falta de interesse recursal etc) não são autorizados a serem excluídos da suspensão determinada, impondo à parte que aproveita de tal juízo verdadeiro e ônus

injustificado pela demora indevida na formação da coisa julgada e finalização do processo, com derradeira pacificação social.

O presente artigo propõe a interpretação extensiva a tais dispositivos legais (artigos 1.035, §6º e 1.036, §2º do Código de Processo Civil), de forma a sanar a indevida distinção de requisitos de admissibilidade recursal e corrigir a imposição do ônus da demora na prestação jurisdicional final em outros casos de recursos inadmissíveis insanáveis.

2 JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE E JUÍZO DE MÉRITO NO ÂMBITO RECURSAL

Para o início desta pesquisa, é importante que se estabeleça a diferença entre o juízo de admissibilidade e o juízo de mérito do recurso.

O mérito recursal é a pretensão deduzida no recurso a uma decisão que beneficie o recorrente e repare a situação de prejuízo experimentada por ele com a decisão recorrida, podendo consistir, portanto, até mesmo em uma questão processual (DINAMARCO, 2020, p. 461).

Não se confunde com o mérito da causa. Este, de acordo com a doutrina de Cândido Rangel Dinamarco, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes, é “invariavelmente uma pretensão a dado bem da vida, formulada ao propor uma demanda em juízo”. Os Autores esclarecem que a decisão de mérito (da causa) é a que acolhe ou rejeita a pretensão do autor (“Só as sentenças de mérito, que decidem a causa acolhendo ou rejeitando a pretensão do autor, produzem coisa julgada material”) (BADARÓ, DINAMARCO, 2020, p. 449).

No mesmo sentido, José Roberto dos Santos Bedaque define que o mérito é “a pretensão não satisfeita espontaneamente, trazida pelo autor do plano material mediante a demanda e sobre que incide a decisão do juiz” (BEDAQUE, 2010, p. 254). O mérito da causa está, portanto, intrinsecamente ligado à demanda formulada na petição inicial.

Dessa forma, o mérito do recurso pode ser a pretensão a uma decisão favorável acerca da demanda feita na inicial, hipótese em que o mérito recursal e o *meritum causae* se confundem. Mas pode ser, também, a pretensão à anulação da decisão recorrida em virtude de vício, de *error in procedendo*, situação na qual o mérito do recurso não diz respeito à demanda deduzida na petição inicial.

O exame do mérito do recurso é precedido de um prévio juízo acerca dos requisitos recursais, de sorte que a análise da pretensão recursal apenas tem lugar se no juízo de admissibilidade for verificado o atendimento a esses requisitos recursais. Trata-se do chamado juízo de conhecimento do recurso (ou juízo de admissibilidade) (BUENO, 2020, p. 823).

O objeto do Juízo de admissibilidade são os pressupostos de admissibilidade dos recursos (NERY JÚNIOR, 2014, p. 266).

Cada recurso tem pressupostos de admissibilidade próprios, que consistem em elementos necessários para aferição, em concreto, da existência da faculdade recursal e seu regular exercício (TALAMINI, 2017, p. 278).

Há, todavia, requisitos de admissibilidade comuns aos recursos de modo geral, que derivam de uma teoria geral dos recursos, como, por exemplo, a legitimidade do recorrente, a presença do interesse recursal, o cabimento do próprio recurso, a tempestividade do recurso, a regularidade formal do recurso, a inexistência de fato impeditivo ou extintivo do recurso e o próprio preparo recursal (NERY JÚNIOR, 2014, p. 265).

Para além dos requisitos gerais de admissibilidade recursais, que derivam de uma teoria geral dos recursos, o caráter extraordinário dos recursos dirigidos ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça atraem alguns requisitos específicos de admissibilidade que lhe são próprios. Os recursos de natureza extraordinária (aqui mencionados, particularmente, o recurso extraordinário e o recurso especial) têm requisitos específicos e decorrentes desse caráter excepcional, os quais serão abordados detalhadamente nos tópicos seguintes.

O descumprimento de algum dos requisitos recursais gerais dos recursos de jaez extraordinário prejudica o juízo positivo de admissibilidade, implicando o não

conhecimento do recurso pelo órgão julgador e obstando seu efetivo julgamento de mérito (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 980).

Isto não significa, entretanto, que estes recursos estejam desvinculados da teoria geral dos recursos. A eles também se exige a presença daqueles requisitos recursais gerais, como, por exemplo, a legitimidade do recorrente, a presença do interesse recursal, o cabimento do próprio recurso, a tempestividade do recurso, a regularidade formal do recurso, a inexistência de fato impeditivo ou extintivo do recurso e o próprio preparo recursal (NERY JÚNIOR, 2014, p. 265).

O descumprimento de algum dos requisitos recursais gerais de admissibilidade recursal também prejudica o juízo positivo de admissibilidade do recurso extraordinário ou do recurso especial, importando que o instrumento não seja conhecido pelo órgão julgador, obstando seu efetivo julgamento de mérito (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 980).

Assim, o objeto do juízo de admissibilidade de tais recursos de natureza extraordinária é expandido: além dos requisitos gerais recursais, eles exigem requisitos específicos de cada instrumento. É o que se demonstrará brevemente a seguir.

É importante observar, também, o duplo juízo de admissibilidade dos recursos extraordinário e especial, realizado tanto pelo tribunal em que o recurso é interposto como pelo tribunal superior competente para seu julgamento, o qual detém competência definitiva para tal juízo. O CPC, em sua versão inicial, contava com a previsão de que o primeiro juízo de admissibilidade desses recursos seria realizado pela primeira vez no tribunal *ad quem*. Todavia, a Lei nº 13.256/2016 resgatou o procedimento do duplo controle de admissibilidade e, no art. 1.030, V, do CPC, atribuiu ao tribunal *a quo* a competência para exercer um primeiro exame (NERY JÚNIOR, 2016, p. 2330).

Apesar do esforço do texto primitivo do Código de Processo Civil, a superveniência da lei alteradora número 13.256/2016 resgatou este procedimento de duplo controle de admissibilidade. O atual artigo 1.030, inciso V do Código de

Processo Civil é expresso ao estipular o obrigatório juízo de admissibilidade pelo tribunal local, onde o recurso foi interposto.

Assim, o tribunal local onde o recurso foi interposto detém competência por dever legal de realizar o juízo de admissibilidade recursal.

Conclui-se, portanto, que o mérito recursal é a pretensão deduzida no recurso e seu exame é antecedido pelo juízo de admissibilidade, que consiste na análise sobre o preenchimento dos requisitos imprescindíveis ao exame meritório.

No caso dos recursos extraordinário e especial, esse juízo de admissibilidade envolve a análise de requisitos comuns a todos os recursos e dos requisitos a eles específicos. Além disso, a verificação da admissibilidade desses recursos excepcionais é realizada primeiramente pelo tribunal perante o qual o apelo é interposto e, em seguida, pelo tribunal competente para o julgamento.

3 REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS DE NATUREZA EXTRAORDINÁRIA

3.1 Requisitos do recurso extraordinário

O recurso extraordinário, destinado ao Supremo Tribunal Federal, tem seu cabimento disciplinado pelo art. 102, III, da Constituição Federal, dispositivo que autoriza a interposição do apelo quando, em causas decididas em única ou última instância, a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição Federal (alínea "a"), declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal (alínea "b"), julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição Federal (alínea "c") ou julgar válida lei local contestada em face de lei federal (alínea "d").

Como Osmar Mendes Paixão Côrtes ensina, citando José Afonso da Silva e Vasco de Lacerda Gama, este recurso tem sua origem atrelada diretamente ao *writ of error*, que nasceu na Inglaterra com a finalidade de corrigir erros de direito em favor da parte prejudicada e passou às colônias inglesas, entre elas os Estados Unidos da América. Seu objetivo, no modelo norte-americano, é o de dar unidade à

interpretação do direito federal constitucional em âmbito nacional e, por consequência, garantir a higidez do modelo federativo de Estado (CORTÊS, 2017, p. 45).

Um dos requisitos de admissibilidade próprios do recurso extraordinário consiste no prequestionamento, a que alude a Súmula nº 282 do STF. A exigência é de que a matéria discutida no apelo tenha sido objeto de debate na decisão recorrida, ideia que decorre do citado *writ of error*, o qual pressupunha a existência de um erro que aparecesse na decisão combatida. É dizer: a decisão recorrida deve ter abordado a matéria tratada no recurso e contrariado dispositivo constitucional, declarado a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal ou julgado válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição (CORTÊS, 2017, p. 110).

A exigência da única ou última instância atrai o requisito do prévio esgotamento das vias recursais ordinárias.

Outro requisito particular é o da existência de repercussão geral na questão constitucional discutida no caso, conforme disposto no § 3º do art. 102 da CF, instituído pela Emenda Constitucional 45/2004. O art. 1.035, § 1º, do CPC assevera que a configuração da repercussão geral se dá quando existem, no recurso, questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que interessem à sociedade e não apenas às partes do processo. Por consequência, promove-se uma filtragem e são excluídos da apreciação do STF os recursos sem maior importância, sobre matérias que não põem em xeque o princípio federativo e a guarda da Constituição (CORTÊS, 2017, p. 120).

É importante ressaltar que não basta haver repercussão geral: o recorrente tem o ônus de fazer a demonstração da existência da repercussão geral, como aduz o art. 1.035, § 2º, do CPC. Essa demonstração consiste, portanto, em requisito de admissibilidade autônomo do recurso, ou seja, independente da efetiva existência, ou não, da repercussão geral. Inclusive, o art. 327 do Regimento Interno do STF exige que a demonstração seja feita em preliminar formal e fundamentada, sob pena de inadmissão do recurso. Mais: existem decisões do Supremo Tribunal Federal no

entendimento de exigir essa preliminar ainda que a repercussão geral tenha sido reconhecida em outro processo supostamente semelhante (BUENO, 2020, p. 704).

Por fim, uma outra condição de admissibilidade a ser destacada é a de que o recurso discuta apenas matéria jurídica e o exame da tese nele veiculada não demande que o Supremo Tribunal Federal reexamine as provas do processo. É o que a Súmula nº 279 do STF estabelece. Daí se conclui que eventuais fatos discutidos no recurso devem estar mencionados na decisão recorrida, a fim de viabilizar a realização da subsunção jurídica e o julgamento da causa pelo STF (BUENO, 2020, p. 704).

3.2 Requisitos do recurso especial

O recurso especial é um recurso de natureza extraordinária que versa sobre matéria infraconstitucional. Sua origem remonta ao *writ of error* previsto no *Judiciary Act* de 1975 dos Estados Unidos da América, instrumento que tinha por escopo levar ao exame da corte suprema americana os pronunciamentos de tribunais estaduais (BUENO, 2020, p. 704).

O recurso especial, assim como o citado recurso extraordinário, é também um recurso de fundamentação vinculada, com as hipóteses de cabimento delimitadas no artigo 105, inciso III, alíneas "a" a "c" da Constituição Federal (ASSIS, 2016, p. 914).

Isto importa em dizer que o recurso especial, para que seja admissível, deve ter sua causa de pedir, seu fundamento de irresignação, adstrito a alguma dessas autorizações constitucionais de manejo do instrumento (ALVIM, 2019, p. 450).

O recurso especial deve, obrigatoriamente, versar em seu conteúdo, em seu mérito recursal, acerca de uma contrariedade ou negativa de vigência de tratado ou lei federal (alínea "a"), de um julgamento de ato de governo local em face a lei federal (alínea "b") ou quando for dada uma interpretação à lei federal de forma diversa que outro tribunal tinha atribuído (alínea "c").

Tal fundamentação vinculada atrai o requisito recursal próprio, assim como ocorre no recurso extraordinário, da necessária demonstração de cabimento do recurso, à luz do quanto exposto no artigo 1.029, inciso II do Código de Processo Civil. Exige-se, portanto, que o recurso especial demonstre, quando fundado na alínea "a", a ocorrida violação ou contrariedade de lei federal ou tratado, ou, quando fundado na alínea "c" a efetiva demonstração analítica da divergência jurisprudência suscitada, por exemplo (MANCUSO, 2017, p. 494).

A questão a ser debatida no recurso especial deve, necessariamente, ser matéria exclusivamente de direito, no caso, de direito infraconstitucional e federal, sem que a pretensão recursal seja de mera reavaliação de fatos e provas sem que haja violação à lei federal (CARNEIRO, 1990).

Para além das hipóteses de cabimento vinculadas, o recurso especial também só é cabível contra acórdãos que versem a respeito de norma infraconstitucional, em causas que tenham sido decididas, em única ou última instância, pelos órgãos jurisdicionais mencionados no sobredito inciso III do artigo 105 da Constituição Federal (ALVIM, 2019, p. 451).

A exigência de decisão a respeito da causa faz surgir o requisito do prequestionamento da questão federal no provimento impugnado (AGUIAR JÚNIOR, 2006). A exigência da única ou última instância atrai o requisito do prévio esgotamento das vias recursais ordinárias (ASSIS, 2016, p. 914).

4 DEFEITOS DE ADMISSIBILIDADE SANÁVEIS E INSANÁVEIS DOS RECURSOS DE NATUREZA EXTRAORDINÁRIA

Apresentados os requisitos de admissibilidade do recurso extraordinário e do recurso especial, é mister que se identifique, precisamente, em que situações o recurso apresenta defeitos de conhecimento que podem ser sanados e em que circunstâncias não é possível a sanção.

Um dos paradigmas mais marcantes do Código de Processo Civil de 2015 é a primazia da decisão de mérito e o modelo cooperativo do processo, o que implica

uma postura do magistrado de viabilizar que a parte sane eventual vício de admissibilidade, de modo a possibilitar o exame do mérito. No que toca aos recursos, particularmente, o art. 932 do Código determina, em seu parágrafo único, que o relator, antes de considerar inadmissível o recurso, conceda ao recorrente prazo de cinco dias para sanar o vício de inadmissibilidade ou complementar a documentação exigível (ALVIM, 2016, p. 442).

Além desse dispositivo comum para todas as modalidades recursais, os recursos extraordinário e especial têm uma previsão legal própria em semelhante sentido, qual seja o art. 1.029, § 3º, do CPC, que, a fim de proporcionar o julgamento do mérito recursal, autoriza o STF e o STJ a desconsiderarem vício formal de recurso tempestivo ou determinarem a correção, se não o reputarem grave.

Em virtude de os recursos extraordinário e especial terem um primeiro juízo de admissibilidade realizado pelo tribunal de origem, nessa oportunidade também se aplica a regra da abertura de prazo para regularização do vício.

Alguns defeitos têm previsão de regularização expressa e específica no Código. É o caso da incapacidade processual e da irregularidade de representação, como se nota do teor do art. 76 do CPC. Da mesma forma, a comprovação de preparo e porte de remessa pode ser sanada, como o art. 1.007 do CPC especificamente autoriza, seja na hipótese de haver comprovação insuficiente (em que há intimação para suprir o recolhimento a menor), seja na de haver absoluta falta de comprovação (em que há intimação para realizar o recolhimento em dobro).

Arruda Alvim aponta que a possibilidade de regularização prevista nos arts. 932, parágrafo único, e 1.029, § 3º, do CPC concerne ao vício *formal* passível de ser sanado. O Autor enfatiza que alguns vícios não são corrigíveis, “especialmente aqueles que, para serem sanados, necessitariam de uma repetição da prática do ato de recorrer” (ALVIM, 2016, p. 442).

No mesmo sentido é a opinião de Humberto Theodoro Jr., para quem o Código permite a superação de “*defeitos meramente formais*” (THEODORO JÚNIOR, 2020, p. 1123).

Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero e Sérgio Luiz Arenhart igualmente defendem que os problemas formais é que podem ser sanados, por força do art. 932, parágrafo único, do CPC. Quanto à previsão do art. 1.029, § 3º, do CPC, afirmam que no conceito de vício formal não grave se inclui a falta de preliminar articulada de repercussão geral, desde que pelas razões recursais seja possível inferi-la. Ou seja, para os autores, a não demonstração, pelo recorrente, da repercussão geral em *preliminar fundamentada* é um vício não grave (que pode ser desconsiderado ou sanado), quando referida demonstração é realizada nas razões recursais (MARINONI, 2021).

Cassio Scarpinella Bueno defende que o dever-poder geral de saneamento do art. 932, parágrafo único, do CPC viabiliza a correção de vício de forma ou de apresentação do recurso, como falta de comprovação de feriado local ou qualquer dúvida quanto à tempestividade, a deserção, bem como o descumprimento das exigências formais relativas à prova e à demonstração da divergência jurisprudencial (exigências impostas, quanto ao recurso especial, pelo art. 1.029, § 1º, do CPC) (BUENO, 2020, p. 572).

Numa perspectiva mais flexível, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery defendem que qualquer vício, formal ou material, sanável ou aparentemente insanável, deve ser objeto de intimação para regularização. Dizem que “Eventual “jurisprudência defensiva” que venha a ser formada no sentido de que o texto normativo somente incidiria nos casos de vício formal, será ao arripio do texto normativo do CPC 932 par. ún. e não deve ser prestigiada” (NERY JUNIOR, 2020, p. 1.118).

No que diz respeito ao vício de intempestividade relacionado à comprovação de feriado local, a I Jornada de Direito Processual Civil, em seu enunciado nº 66, estabeleceu que “Admite-se a correção da falta de comprovação do feriado local ou da suspensão do expediente forense, posteriormente à interposição do recurso, com fundamento no art. 932, parágrafo único, do CPC”.

Demonstrados os posicionamentos doutrinários, é imprescindível saber como a regra vem sendo interpretada pelos tribunais superiores.

O acórdão proferido no AgInt no REsp 1619973/PB, de relatoria do Min. Mauro Campbell Marques, trata de caso em que o agravo interno não impugnou de forma específica os fundamentos da decisão agravada. Essa deficiência de fundamentação, segundo o STJ, não autoriza a abertura de prazo para sanção, tendo em vista que a regra dos arts. 932, parágrafo único, e 1.029, § 3º, do CPC somente se aplica a vício estritamente formal (o que não é o caso).

A Corte Especial do STJ, por ocasião do julgamento do AgInt no AREsp 957821/MS, examinou a possibilidade de abertura de prazo para regularizar a demonstração da tempestividade de recurso cujo prazo fora afetado por feriado local. Por maioria, entendeu pela impossibilidade de sanção, uma vez que o CPC reputa a intempestividade um vício grave, já que o art. 1.029, § 3º, somente autoriza a correção do vício formal não grave *se o recurso for tempestivo*.

Assim, o STJ vem considerando que o saneamento previsto nos arts. 932, parágrafo único, e 1.029, § 3º, do CPC somente se aplica a vícios formais e não graves, a exemplo da ausência de procuração ou de assinatura. Nesse conceito não se enquadram vícios substanciais, a exemplo do defeito de fundamentação, da falta de demonstração da especificidade entre o acórdão recorrido e o paradigma de divergência jurisprudencial e da não comprovação do dissenso pretoriano segundo as exigências dos arts. 1.029, § 1º, e 1.043, § 4º, do CPC. Também não se amolda a essa concepção a não comprovação da tempestividade, por ser vício grave.

Também o STF vem interpretando que no conceito de vícios sanáveis não se encaixam os que dizem respeito à deficiência de fundamentação do recurso, a exemplo da demonstração de repercussão geral no recurso extraordinário.

Em suma, a compreensão que vem sendo adotada pelos tribunais superiores é de que somente vícios formais e não graves, referentes ao conhecimento dos recursos, podem ser sanados, a exemplo da regularidade de representação e a comprovação do preparo e do porte de remessa. São insanáveis, entretanto, os defeitos substanciais, como os que dizem respeito à fundamentação do recurso, e os atinentes à intempestividade.

5 IMPOSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO INADMISSÍVEL

O juízo de admissibilidade de um recurso é feito em momento prévio e antecede o conhecimento do mérito recursal. Não havendo a presença da totalidade dos requisitos admissionais do recurso, não é possível o avanço do julgador ao julgamento de mérito deste recurso.

Isto importa em concluir que recurso inadmissível não pode ter seu mérito apreciado e julgado pelo Poder Judiciário. E então resta compreender o que seria recurso inadmissível: o recurso que padece de vício de admissibilidade insanável, ou, se sanável seria, que restou insanado pelo recorrente, após oportunidade.

Não há qualquer justo fundamento de discrimine que justifique o tratamento diferenciado ao recurso de natureza extraordinária intempestivo em relação aos demais recursos inadmissíveis por outros vícios insanáveis.

Os vícios sanáveis, como a exemplo da insuficiência ou falta do preparo (artigos 1.007, §2º e §5º do Código de Processo Civil), se não sanados no prazo legal, tornam-se vícios insanados, e portanto, impedem igualmente o conhecimento do recurso sob a perspectiva do juízo de admissibilidade, em desfecho jurídico semelhante aquele vício que deste seu surgimento já era insanável (intempestividade, não cabimento do recurso, falta de interesse recursal, ilegitimidade ativa recursal etc).

Tanto um vício quanto outro importa em juízo negativo de admissibilidade, que acarreta o não conhecimento do recurso e impede o seu julgamento de mérito.

Um recurso deserto insanado, ou interposto por quem não tem legitimidade para tanto, ou sem interesse recursal ou, ainda, inadmissível por falta de preenchimento dos requisitos específicos dos recursos de natureza extraordinária, é tão inadmissível quando o recurso intempestivo. Todos esses vícios impedem o seguimento ao juízo de mérito da questão.

A interpretação teleológica do regramento a respeito da exclusão do recurso intempestivo da suspensão determinada pelos tribunais superiores (artigos 1.035,

§6º e 1.036, §2º do Código de Processo Civil) faz concluir que o escopo desta norma jurídica é evitar impor à parte interessada (recorrida) uma indevida demora processual à formação da coisa julgada e seus efeitos jurídicos, com finalização da pacificação da questão; demora esta que seria violadora do direito constitucional à tutela jurisdicional efetiva e em tempo adequado e razoável.

Isto porque o entendimento que futuramente venha a ser fixado na tese repetitiva ou de repercussão geral pelos tribunais superiores não pode ser aplicado a este recurso, ante sua inadmissibilidade. E essa inadmissibilidade não deve derivar apenas da intempestividade, como previu expressamente a lei, mas de qualquer vício de inadmissibilidade recursal.

Há de se fazer uma interpretação teleológica e extensiva desses dispositivos legais de forma a interpretar como possível a exclusão de recurso inadmissível da suspensão determinada pelos tribunais superiores, seja qual for o fundamento da inadmissibilidade recursal, desde que insanável (ou insanado).

Os artigos 1.035, §6º e 1.036, §2º do Código de Processo Civil devem ser interpretados de forma a englobar hipóteses de qualquer espécie de inadmissibilidade recursal, e não exclusivamente o caso de intempestividade, como consta da expressão legal.

Não obstante tais citados dispositivos mencionarem apenas a hipótese de intempestividade para exclusão do recurso da determinação de sobrestamento, em interpretação teleológica e extensiva, tal regramento também deve se aplicar a outros vícios de admissibilidade recursais insanáveis (ou insanados), como, por exemplo, da deserção recursal (após prévia oportunidade de retificação), da ilegitimidade do recorrente, da ausência de interesse recursal, do não cabimento do próprio recurso, dentre outros, analisados anteriormente.

Isto porque qualquer um desses vícios, isoladamente, acarreta a inadmissibilidade recursal e, por conseguinte, impede o julgamento de mérito do recurso. Assim, o recurso inadmissível (que não será julgado no mérito) não deve ficar suspenso e aguardando a fixação das teses pelos tribunais superiores; vez que

tais teses não serão a ele aplicado, ante o juízo de admissibilidade negativo do recurso.

Exatamente neste sentido é o que defende a doutrina de Luiz Dellore, exemplificando com os casos de falta de cabimento do recurso ou falta de interesse recursal, em prol da celeridade processual e de modo a possibilitar o cumprimento definitivo da decisão (GAJARDONI, 2018, p. 1168).

O Superior Tribunal de Justiça também tem precedente neste sentido, abarcando esta tese interpretativa. Trata-se do Agravo Interno no Recurso Especial número 1.596.208, advindo do estado do Paraná, julgado em 20 de outubro de 2016 pela Segunda Turma, com relatoria da Ministra Assusete Magalhães.

Entendeu o Superior Tribunal de Justiça que não é o caso de sobrestamento de recurso que sequer ultrapassou a barreira do conhecimento, porquanto a fixação da tese de mérito, quando ocorresse, neste caso, pelo STF, em nada influenciaria o julgamento do recurso em questão, eis que inadmissível.

No caso julgado pelo STJ, o recurso especial interposto não foi conhecido em razão do óbice do enunciado número 7 de Súmula do STJ, bem como em razão da incompetência do STJ para julgar questão puramente constitucional. Por tais fundamentos, o STJ entendeu ser incabível o recurso especial interposto, de modo que ele não foi conhecido, em juízo de admissibilidade negativo.

6 CONCLUSÃO

Os artigos 1.035, §6º e 1.036, §2º do Código de Processo Civil permitem que o interessado requeira perante o tribunal de origem o cessar da suspensão processual determinada em razão de repercussão geral ou repetição de casos para fixação de teses comuns. A lei prevê apenas a intempestividade como hipótese autorizadora da exclusão destes recursos da decisão suspensiva, de modo a permitir a finalização do processo e execução definitiva do julgado, para além dos efeitos da coisa julgada.

Ocorre que determinada exceção legal discriminou, sem justa causa de discrimine, um dos requisitos de admissibilidade recursal (a tempestividade do recurso) dos demais requisitos de admissibilidade (sejam gerais, advindos da teoria geral dos recursos; sejam específicos do recurso especial ou extraordinário) e que, igualmente, tem o condão de gerar um juízo de admissibilidade negativo e impedir o conhecimento e julgamento do mérito do recurso interposto; o que impede a fixação da tese repetitiva ou de geral repercussão.

Tais dispositivos legais devem ser interpretados de forma extensiva e teleológica. Se o recurso interposto padece de vício insanável (não cabimento do recurso, falta de interesse recursal, ilegitimidade ativa recursal etc), ou, mesmo sanável, que não o foi no prazo e forma legal e, destarte, tornou-se vício insanado (insuficiência ou ausência de preparo, culminando em deserção; por exemplo), o recurso não deve permanecer suspenso no aguardo da fixação de uma tese de mérito que não lhe será aplicada – ante o seu não conhecimento.

O juízo de admissibilidade é prévio e anterior ao juízo de mérito recursal, de modo que a ausência dos requisitos de admissibilidade do recurso impede o prosseguimento do julgamento ao mérito. Portanto, se o recurso não pode ser conhecido, não deve permanecer suspenso aguardando a resolução de uma tese de mérito, eis que tal tese será inaplicável a este recurso.

Os artigos 1.035, §6º e 1.036, §2º do Código de Processo Civil devem ser interpretados de forma a englobar hipóteses de qualquer espécie de inadmissibilidade recursal insanável ou não sanada, e não exclusivamente o caso de intempestividade, como consta da expressão legal. Com essa razão de decidir, o STJ já julgou o precedente: Agravo em Recurso Especial número 1.596.208, na Segunda Turma, em outubro de 2016.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Recurso Especial: questão de ordem pública e prequestionamento. **Revista de Processo**. Vol. 132. Fev 2006.

ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos**. 8ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016

ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. **Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a Nova Função dos Tribunais Superiores: precedentes no direito brasileiro**. 6ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019

ALVIM, Arruda. **Novo contencioso cível no CPC/2015**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010

BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual de direito processual civil – volume único – 6. ed.** São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

_____. **Curso sistematizado de direito processual civil**, v. 2 procedimento comum, processos nos tribunais e recursos – 9. ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2020

CARNEIRO, Athos Gusmão. Anotações sobre o Recurso Especial. **Revista dos Tribunais**, vol. 654, Abril 1990.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. **Recursos para os tribunais superiores: recurso extraordinário, recurso especial, embargos de divergência e agravos**. – 4. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017

DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do Processo**. 32. ed., ver. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2020

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; et al. **Execução e Recursos: comentários ao CPC 2015**, volume 3. 2ª edição. São Paulo: Forense, 2018

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. In: BUENO, Cássio Scarpinella (Org.) **Comentários ao Código de Processo Civil**: volume 4. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil [livro eletrônico]**: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume 2 – 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Disponível em:

<<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/105867603/v3/document/120938312/anchor/a-120938312>>. Acesso em: 18 ago 2021.

NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 7ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 16ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

TALAMINI, Eduardo; e WLADECK, Felipe Sripes. In: BUENO, Cássio Scarpinella (Org.) **Comentários ao Código de Processo Civil**: volume 4. São Paulo: Saraiva, 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, volume III. 50ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ESTADO OLIGÁRQUICO E NEGAÇÃO DE DIREITOS DOS POVOS ORIGINÁRIOS NO BRASIL

OLIGARCHIC STATE AND DENIAL OF RIGHTS OF ORIGINAL PEOPLES IN BRAZIL

Alexandre de Freitas Carpenedo¹

Resumo: O presente trabalho dispõe sobre a oligarquização do poder político no Congresso Nacional e sua relação com a implementação do direito à diferença aos povos originários brasileiros. A partir da caracterização básica de uma oligarquia e da verificação sobre a possibilidade de, concretamente, encontrar-se no Congresso Nacional, pretende-se investigar se o direito à diferença, decorrente da superação do paradigma assimilacionista dos povos originários à cultura hegemônica, de matriz europeia, tem encontrado efetiva aplicação na realidade nacional. O artigo é dividido em duas partes. A primeira é destinada à verificação técnica das características de um grupo oligárquico. Na segunda parte, analisa-se o direito à diferença propriamente dito e sua relação com os povos originários. Com base na superação do padrão de assimilação destas comunidades, indaga-se se a referida superação surtiu efeitos no campo prático. Por fim, é objeto de estudo a atuação das forças conservadoras do Congresso Nacional brasileiro em específico, no que tange a estes direitos, formalmente previstos na Constituição de 1988. O artigo é construído pela metodologia indutiva (narrativo-descritiva), desenvolvido através de pesquisa bibliográfica e documental (obras doutrinárias, artigos, legislação e julgados do ordenamento jurídico pátrio) e pela análise dos debates entre parlamentares no Congresso Nacional.

Palavras-Chaves: Oligarquia. Direito à diferença. Paradigma de assimilação. Processos pré-constituintes. Bloqueio de direitos.

Abstract: The present work deals with the oligarchization of political power in the National Congress and its relationship with the implementation of the right to difference for Brazilian native peoples. From the basic characterization of an oligarchy and the verification of the possibility of, concretely, meeting in the National Congress, it is intended to investigate if the right to difference, resulting from the overcoming of the assimilationist paradigm of the native peoples to the hegemonic culture, of European Union, has found effective application in the national reality. The article is divided into two parts. The first is intended for the technical verification of the characteristics of an oligarchic group. In the second part, the right to difference itself and its relationship with native peoples are analyzed. Based on the overcoming of the assimilation pattern of these communities, it is asked whether this overcoming had

¹ Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Possui graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2012) e especialização em Direito Público, com ênfase em Direito Constitucional (2019). Procurador Federal (Advocacia-Geral da União), atualmente em exercício na Equipe Estadual de Juizados Especiais Federais - EE-JEF/RS. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público.

any effects in the practical field. Finally, the object of study is the performance of the conservative forces of the Brazilian National Congress, specifically, with regard to these rights, formally provided for in the 1988 Constitution. The article is built by the inductive methodology (narrative-descriptive), developed through research bibliographical and documentary (doctrinal works, articles, legislation and judgments of the national legal system) and by the analysis of the debates between parliamentarians in the National Congress.

Keywords: Oligarchy. Right to difference. Assimilation paradigm. Pre-constituent processes. Blocking rights.

Recebido em: 20/06/2022

Aceito para publicação em: 18/10/2022

1 INTRODUÇÃO

Embora o Brasil ostente, hoje, sua Constituição mais evoluída em termos de direitos e garantias, sua “sala de máquinas” teria permanecido intacta ao longo do tempo. O jurista argentino Roberto Gargarella (2014) defende que o novo constitucionalismo latino-americano, a despeito de seu perfil social em matéria de direitos, mostrou-se conservador em sua parte orgânica – situação que dificultaria a própria implementação das conquistas obtidas por este “novo” constitucionalismo (ou seja, o aumento, no plano positivo, deste rol de prerrogativas sociais).

Em relação aos direitos indígenas, a situação não seria diferente. Tem-se visto, principalmente a partir do final do século XX, uma mudança do referencial assimilacionista destes povos para a aceitação do direito à diferença. Esta suposta mudança de paradigma é comumente associada à aprovação da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), em 1989. Todavia, a própria Constituição de 1988 já adotaria uma postura de superação desta ideia. Igualmente, as constituições latino-americanas promulgadas nos anos seguintes representariam um considerável avanço nestas categorias – ao menos no campo formal. No entanto, referida mudança não teria o necessário respaldo no meio jurídico, que ainda insistiria em utilizar institutos do passado para tratar da matéria. Tais alterações, inclusive, ainda que surgidas há mais de trinta anos, não seriam suficientes para cessar e nem mesmo diminuir a violência contra estes povos (APARÍCIO, 2016).

A situação crítica em que se encontram as comunidades originárias, inalterada pela dita nova epistemologia de aceitação, é ilustrativa de um problema mais amplo, que ronda nossa democracia desde o seu surgimento: a oligarquização do poder político. De fato, o que se percebe é que a forma de oligopólio da autoridade política, embora tenha se transformado ao longo do tempo, nunca deixou de existir. Se o “coronelismo”, tal qual estabelecido no século XIX, não mais existe, isso significa apenas que abriu caminho a outros meios de concentração de poder.

Atualmente, a contemporânea oligarquia presente no Congresso Nacional e o clientelismo político manteriam o poder em uma minoria conservadora,

impossibilitando a adequada representatividade de minorias (nelas, por certo, incluídos os povos originários), impedindo a oxigenação da democracia e condicionando a implementação de quaisquer políticas públicas ao atendimento dos seus interesses. Ademais, a constante atuação destes grupos em práticas pouco republicanas dificultaria ainda mais a superação, justamente, desta ausência de distribuição do poder político, de modo a formar-se um círculo vicioso de perpetuação do problema.

Especificamente no tocante ao respeito às diferenças, há forte entendimento doutrinário no sentido de que o constitucionalismo latino-americano poderia configurar-se como um verdadeiro marco na questão. Neste sentido, as constituições do Equador e da Bolívia, de 2008 e 2009, respectivamente, trariam não apenas o direito à diferença, mas também à diversidade, o que implicaria o reconhecimento de diferentes formas de cultura sem um padrão hegemônico, normalmente europeu e visto dentro de uma lógica binária (MAGALHÃES, 2016 e 2019). No entanto, há de se questionar em que medida tais direitos, mais do que meramente previstos no plano positivo, têm sido implementados de maneira efetiva.

Dito isto, o problema de pesquisa deste trabalho gira em torno da seguinte questão: a oligarquização do poder político no Congresso Nacional tem atuado como uma forma de bloqueio à implementação do direito à diferença aos povos originários brasileiros?

O problema é restrito aos povos de origem brasileira por adotar como marco a promulgação da Constituição da República de 1988, tida como parte do “primeiro ciclo” do constitucionalismo latino-americano (WOLKMER, 2010) ou mesmo em um limiar entre o “primeiro” e “segundo ciclo” deste movimento (FAJARDO, 2011, p. 141). Isso não impede, ainda que apenas para fins de comparação, que seja feita uma breve análise daquelas que são consideradas os grandes parâmetros deste constitucionalismo regional: as já citadas constituições boliviana e equatoriana.

O problema da oligarquização, por sua vez, será restrito ao Poder Legislativo Federal, uma vez que relacionado à promulgação da atual Constituição, o que, como

se sabe, foi feito por este órgão legislativo, a despeito das manifestações pela criação de uma Assembleia Nacional Constituinte exclusiva (FAORO, 1987).

O trabalho é dividido em duas partes. Na primeira, busca-se examinar a oligarquização do poder político, abordando-se desde a problemática na conceituação de oligarquia até a sua influência na manutenção da “sala de máquinas” da Constituição promulgada em 1988. Procura-se estabelecer características básicas destes grupos para, em seguida, verificar a possibilidade de existência de oligarquização do poder político, bem como a existência desta forma de concentração do poder no Congresso Nacional. Por fim, são analisados três processos pré-constituintes que serviriam de indícios à manutenção da concentração do poder político e à quase onipresença das forças conservadoras como impeditivas da participação social na tomada de decisão acerca dos rumos do Estado (Lei de Anistia, Diretas Já e formação Assembleia Nacional Constituinte). Vê-se, também, a possibilidade de reeleições ilimitadas para cargos do Poder Legislativo como um indício neste mesmo sentido.

A segunda parte dedica-se à análise do direito à diferença propriamente dito e sua relação com os povos originários. Verifica-se a superação, no campo positivo, dos padrões assimilacionistas destas comunidades, bem como a previsão de uma lógica de direito à diferença. Cita-se o otimismo dos escritos sobre o constitucionalismo latino-americano em relação ao suposto respeito aos povos minoritários, principalmente após a promulgação das constituições equatoriana e boliviana. Indaga-se, por outro lado, se referida superação surtiu efeitos no campo prático, inclusive à vista das tensões sociais e políticas destes dois países específicos nos anos que seguiram ao surgimento dos novos textos.

Na sequência, é objeto de estudo a atuação das forças conservadoras do Congresso Nacional brasileiro em específico, no que tange a estes direitos, formalmente previstos na Constituição de 1988. A (não) implementação do direito à diferença dos povos originários e o seu possível bloqueio é analisado a partir de duas situações: a demarcação das terras indígenas, na forma determinada pelo art. 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), e o reconhecimento e

demarcação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades quilombolas, na forma do art. 68 deste mesmo dispositivo.

O artigo é construído pela metodologia indutiva (narrativo-descritiva), desenvolvido através de pesquisa bibliográfica e documental (obras doutrinárias, artigos, legislação e julgados do ordenamento jurídico pátrio) e pela análise dos debates entre parlamentares no Congresso Nacional.

2. ESTADO OLIGÁRQUICO

2.1 Oligarquia: o problema da conceituação

Falar da existência de um suposto “Estado oligárquico” é falar, óbvia e necessariamente, de oligarquia. E, neste ponto, há de se tratar de uma questão fundamental: o que é uma oligarquia?

A pergunta, em princípio, pode parecer tola. Não é. E tal impressão deve decorrer justamente do problema levantado – sua conceituação. Conforme afirma Cláudio Gonçalves Couto (2012, p. 58), o termo, embora largamente utilizado no campo das ciências sociais,

perdeu boa parte de sua utilidade analítica em virtude de seu uso pouco rigoroso na literatura de ciência política e de disciplinas afins, tornando-se mais um adjetivo de aplicação subjetiva e normativamente orientada do que um conceito instrumentalizável para a pesquisa empírica e a reflexão teórica.

De fato, uma das grandes dificuldades na pesquisa do assunto é a falta de profundidade com que o tema “oligarquia” é tratado. O que se vê, na prática, é a sua frequente utilização como um atributo de desqualificação, genérica e superficialmente levantado. Quando se quer demonstrar a reprovação a um governo, por exemplo, ele é chamado de oligárquico. Não é incomum encontrar textos que atribuam ao Brasil a pecha de Estado “patrimonialista e oligárquico”, “clientelista e oligárquico”, “patrimonialista, clientelista e oligárquico”. Tudo isso sem que se desenvolva o porquê de possuir qualquer um destes atributos.

A mera remissão a Aristóteles, atualmente, parece insuficiente. Em primeiro lugar, definir oligarquia como o “governo dos ricos”, ou como contraposto à aristocracia não traria ao debate a profundidade que o tema exige. Em segundo lugar, é difícil não pensar nestes conceitos como anacrônicos. É realmente a riqueza que define se um grupo é oligárquico? E a aristocracia, “como governo dos melhores”, seria definida por quem? Ao menos no que tange à concentração do poder político, dificilmente o sistema eleitoral contemporâneo seria compatível com a conceituação de oligarquia cunhada pelo filósofo grego há mais de dois mil anos.

Um estudo com o aprofundamento que o tema exige demandaria, por certo, um espaço que este trabalho não tem. Mas algumas características-chave podem ser tratadas antes da abordagem do instituto como uma consequência da concentração do poder político, propriamente.

Em primeiro lugar, oligarquia é minoria. É composta “necessariamente daquele grupo minoritário que, por meio da divisão organizacional do poder, logra ocupar posições institucionais que lhe permitem tomar decisões que afetam os interesses coletivos de forma infensa a controle” (COUTO, 2012).

Em segundo lugar, trata-se de um grupo que exerce poder de comando. Trata-se, assim, de um pequeno grupo de dirigentes responsável por comandar uma grande maioria de dirigidos (MICHELS, 1982). A superior posição hierárquica dos oligarcas traz como consequência a impossibilidade de fiscalização de sua conduta, ainda que seus atos acabem indo de encontro aos propósitos de existência do grupo comandado.

Em terceiro lugar, os atos por ela praticados detêm problemas de ilegitimidade: a oligarquia caracteriza-se por utilizar seus poderes no grupo em que se encontra inserida em seu próprio benefício ou de maneira diversa àquela que seria esperada em sua posição, sem relação com o mandato recebido (COUTO, 2012, p. 52-53). E, como mencionado acima, ainda que possa prejudicar os demais membros do grupo ou aqueles por ele representados.

Por fim, o agir do grupo oligárquico detém o atributo da estabilidade. Ou seja, a oligarquia deve agir de maneira institucionalizada, continuamente ao longo do

tempo. Assim, fugiria ao objeto de estudo uma coletividade organizada que apenas de maneira esporádica ou transitória agisse de modo contrário aos princípios de legitimidade e sem possibilidade de controle, como levantado acima. Tal estruturação se desenvolve de tal maneira que se torna inerente à estrutura da organização (COUTO, 2012, p. 57).

Com base nestas características, Cláudio Gonçalves Couto propõe uma conceituação técnica, que seja útil à pesquisa empírica e fuja à utilização meramente depreciativa:

a oligarquia é um regime organizacional no qual os indivíduos que detêm postos de comando conseguem agir continuamente de forma não subordinada aos princípios de legitimidade vigentes, pois não são controláveis pelos demais membros da coletividade organizada, podendo assim dirigi-la de modo a favorecer seus próprios objetivos em detrimento do que desejam os demais e/ou do que são os princípios legítimos de funcionamento da organização. (2012, p. 57)

A partir da conceituação de oligarquia acima proposta, bem como das características que lhe são inerentes, pode-se verificar se podem estar presentes no Congresso Nacional e, em concreto, se estão. Pode-se, também, estudar em que medida influenciam na efetivação dos direitos constitucionalmente previstos.

2.2 É possível existir oligarquização do poder político no Congresso Nacional?

Analisadas as características de uma oligarquia, cumpre verificar a possibilidade de existência de oligarquização do poder político, bem como a existência desta forma de concentração do poder no Congresso Nacional.

O próprio Cláudio Gonçalves Couto (2012, p. 59) afirma que casas legislativas são estruturas com grande propensão à oligarquização, “tanto no que concerne à relação entre seus próprios membros, como no que diz respeito à representação da sociedade”.

A primeira hipótese (oligarquização relacionada à relação entre os próprios membros da casa legislativa) se sucederia pela “captura” da instituição por uma

parte de seus membros, que passariam a conduzi-la de maneira independente da vontade dos demais e impedindo, ainda, a alteração de seu controle. Quanto à segunda possibilidade (oligarquização relacionada à representação da sociedade), esta ocorreria na hipótese de conduta parlamentar contrária àquela tida como desejada, de modo geral, por aqueles em tese representados pelo legislativo (COUTO, 2012, p. 59-60).

Visto ser possível esta forma de concentração do poder político pelo Poder Legislativo Federal, cumpre investigar se a promulgação da Constituição de 1988 se desenvolveu, de fato, num arranjo conservador, que teria possibilitado a preservação da existência de uma oligarquia parlamentar no Congresso Nacional (ou, pensando no sentido inverso, não teria conseguido acabar com esta deturpada tipologia de governo). Isso se dá a partir de diversos “indícios” que circundam temporalmente o processo de elaboração do texto constitucional atualmente vigente, desde o período que antecedeu a redemocratização do país, a partir do fim da década de 1970. Tais indícios passam pelo modo de aprovação da Lei 6.683/1979 (Lei da Anistia), pelo movimento das “Diretas Já”, pela inexistência de uma Assembleia Nacional Constituinte exclusiva e pela possibilidade de reeleições ilimitadas para cargos no Poder Legislativo.

2.3 A concentração do poder político no Congresso Nacional: causa e consequência da manutenção da “sala de máquinas”

A partir dos indícios explicitados acima, é possível inferir que a oligarquização do poder político nas casas legislativas federais configura tanto a causa quanto a consequência da dita manutenção da “sala de máquinas” pela atual Constituição da República. “Sala de máquinas” é uma expressão utilizada por Roberto Gargarella (2014) que denota os arranjos institucionais, a parte responsável pela organização do poder em uma constituição. É relacionada ao poder de garantir as provisões desta Lei Maior que concedem a autoridade dos atores governamentais. Analisemos tais indícios individualmente.

Primeiramente, a Lei da Anistia, aprovada aos moldes desejados pelos militares detentores do poder. Afora alguns discursos esparsos, a anistia, como movimento organizado, começou no meio da década de 1970. Em 1975, é criado o Movimento Feminino pela Anistia e, em 1978, com a mesma pretensão, o Comitê Brasileiro pela Anistia. O movimento foi ganhando força, sendo comum até mesmo em estádios de futebol ver pessoas erguendo cartazes em favor do movimento (O GLOBO, 1979).

É criada, então, uma Comissão Mista entre Deputados e Senadores, a fim discutir um projeto de Lei para a Anistia (BRASIL, 1982). O projeto, em verdade, é enviado pelo próprio Poder Executivo, e a partir dele é que se dão as discussões. Há um debate sobre o que seriam os crimes conexos, que também seriam abrangidos pela anistia. E, ao longo das discussões na comissão mista, o partido oposicionista, Movimento Democrático Brasileiro (MDB) apresentou diversas emendas ao projeto, e até algumas propostas de alteração de toda a Lei. Ou, ainda, a expressa exclusão dos militares da Anistia (BRASIL, 1979).

No entanto, ao contrário do governo, a oposição tinha pressa na aprovação da lei. Havia pressão de parentes e amigos de pessoas presas e exiladas, como fica ilustrado no pedido do deputado Roberto Saturnino (MDB/RJ) para que haja convocação de sessão extraordinária em julho de 1979 para discussão da matéria (BRASIL, 1979). O deputado pró-ditadura militar, Nelson Marchezan (ARENA/RS), é contra a medida, alegando que o “açodamento” seria “a causa de muitos males” (BRASIL, 1979). O requerimento não é acatado, tendo as principais reuniões quanto à matéria ocorrido em agosto daquele ano.

O fato é que a urgência e a dificuldade em obter maioria fizeram o Projeto de Lei ser aprovado ao gosto do regime. Neste sentido, os militares teriam sido hábeis ao atrair a atenção para a concessão parcial da anistia, com a exclusão dos ditos “terroristas”, de modo que a questão acerca da exclusão expressa dos agentes perpetradores das graves violações a direitos humanos é posta de lado (FICO, 2010, p. 323). Os projetos de emenda objetivando a exclusão à anistia dos torturadores, como as emendas 72, do senador Lázaro Barboza (MDB/GO), e 90, do Deputado

Carlos Vasconcellos (MDB/PE), não são aprovadas. O Deputado João Gilberto (MDB/RS) refere que a anistia dos que participaram da luta armada era “o ponto crucial do debate” (BRASIL, 1979), embora, ao final, também tenha sido rejeitada na Câmara, por 206 votos contrários, contra os 202 em sentido favorável. Desta forma, a despeito de todos os esforços em contrário, os torturadores não foram expressamente excluídos² da legislação e, principalmente, a pretendida anistia “ampla, geral e irrestrita” não é nestes moldes aprovada, uma vez que excluiu várias vítimas do regime.

Outro indício da questão refere-se ao movimento por eleições diretas para a Presidência da República de 1985, conhecido como “Diretas Já”. O movimento vem num contexto de progressiva abertura política, no lento processo de transição democrática por que passou o país, do qual são exemplos o fim do Ato Institucional 5 (AI-5) em 1978, a volta do pluripartidarismo em 1980 e as eleições gerais de 1982.

Tais mudanças no cenário político provocaram, a partir de 1983, um anseio pelas eleições diretas também para a escolha do novo Presidente da República. Os anseios são inflados pela apresentação, pelo deputado federal Dante de Oliveira (PMDB/MS), da Emenda Constitucional (EC) 05/1983 (“Emenda Dante de Oliveira”),³ que autorizaria a realização de eleições presidenciais de forma direta (BRASIL, 1983). A pressão para a sua aprovação culmina naquelas que foram, então, as maiores manifestações populares da história do país.

Os militares, por outro lado, tinham o exemplo da transição nada negociada ocorrida na Argentina, ainda em 1983, com a eleição (direta) de Raul Alfonsín, civil e opositor da ditadura, e a lembrança da derrubada do regime salazarista em

² É importante lembrar que os agentes da ditadura também não foram incluídos expressamente no perdão legal, a despeito da existência de projetos de emenda neste sentido. Isso, no entanto, não representaria uma derrota para o regime. Neste sentido, o Deputado Gilberto Freire (MDB/PE) entendia que a tentativa de menção expressa à anistia aos agentes do Estado poderia trazer à tona uma discussão que os militares não tinham interesse que fosse feita, inclusive com a não aprovação do trecho. Assim, a linguagem utilizada no projeto enviado pelo governo seria “premeditadamente dúbio” (BRASIL, 1979).

³ O art. 74 do texto constitucional vigente à época determinava a eleição indireta do Presidente da República, pelo colégio eleitoral, órgão composto por membros do Congresso e delegados das assembleias legislativas dos estados (BRASIL, 1967). Assim, somente uma emenda constitucional poderia alterar este regramento.

1974, pelas vias revolucionárias, que resultou no exílio do então Presidente Marcelo Caetano no Rio de Janeiro, onde se manteve até seu falecimento em 1980 (GONÇALVES, 2018). Portanto, sabiam da importância que seria manter o protagonismo da transição à democracia, restringindo, tanto quanto possível, a participação popular neste processo.

À época, a Câmara dos Deputados contava com 479 membros, sendo 235 do Partido Democrático Social (PDS, antiga ARENA) e 244 dos partidos de oposição, como o PMDB, o Partido Democrático Trabalhista (PDT), o Partido Trabalhista Brasileiro (PTB) e o Partido dos Trabalhadores (PT) (BRASIL, 1984). Isso dificultaria de plano qualquer pretensão de alteração constitucional, que dependeria da aprovação por dois terços, em duas sessões, de ambas as casas legislativas. O fato, contudo, é que a pressão popular era tamanha que muitos membros do PDS se sentiam constrangidos a fazer a rejeição da proposta.

Desta forma, no dia da votação, apenas 65 deputados votaram contrariamente à emenda. No entanto, devido ao grande número de parlamentares ausentes, os 298 votos favoráveis foram, por apenas 22 votos, insuficientes à aprovação do texto. Isso gerou como resultado uma aliança entre setores do PDS e parte do grupo oposicionista, o que possibilitou a candidatura – e eleição – de Tancredo Neves e José Sarney aos cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, respectivamente.

Assim, a despeito da oposição de alguns setores, liderados pelo PT, que entendiam não ser aquele processo legítimo, por afastamento dos setores populares, a transição se desenvolveu, como costumeiramente ocorre na política brasileira, com base na conciliação entre os detentores do poder, em uma transição pelo alto (COMPARATO, 2017). Mais uma vez, os setores dominantes determinam os destinos do Estado na forma que lhe parece mais conveniente.

A terceira derrota dos processos pré-constituintes é referente à tentativa de criação de uma Assembleia Nacional Constituinte (ANC) exclusiva para a discussão e elaboração do novo normativo constitucional.

Quando a ideia de uma nova Constituição já era concreta, passou-se a discutir de que modo isso seria feito – se por uma Constituinte exclusiva, a ser escolhida apenas para o processo de elaboração e votação da nova Carta, ou se pelo próprio Congresso, aquele já eleito e o a ser eleito em 1986. Entidades como a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) defendiam a primeira corrente. Raimundo Faoro, um dos grandes defensores da ANC exclusiva, entendia que ser o Congresso aquele a fazer as vezes de Constituinte seria manter o *status quo* (FAORO, 1987, p. 25). O Deputado Luís Dulci (PT/MG) defendeu, em sessão na Câmara de 23/10/1985, esta Constituinte exclusiva, que não fosse “mascarada pelos vícios do Congresso Nacional” (BRASIL, 1985).

Pretendeu-se também aprovar um destaque no art. 1º da EC 26/1985, para que constasse expressamente a determinação defendida, mas isso não ocorreu. Novamente, a proposta vencedora foi aquela que beneficiaria os já detentores do poder:⁴ A Assembleia Constituinte haveria de ser formada, mesmo, pelos membros do Congresso Nacional. Como derradeira tentativa, propôs-se a exclusão, ao menos, dos “senadores biônicos” eleitos em 1982. Este foi o discurso do Deputado Roberto Freire (PCB/PE), em sessão de 03/02/1987:

Portanto, solicito ao Exmo. Sr. Presidente desta Sessão que, ouvido o Plenário – e quer frisar bem –, não é a Presidência que irá decidir, soberanamente, quem deve decidir esta questão, é o Plenário – de pronto exclua os Srs. Senadores eleitos em 1982 da Assembléia Nacional Constituinte que ora se instala, consubstanciando, dessa forma, o poder constituinte expresso pela vontade popular nas urnas de 15 de novembro de 1986. (BRASIL, 1987)

Mantendo-se a tendência conservadora, é de se imaginar – corretamente – que, mais uma vez, a pretensão restou frustrada. Os “senadores biônicos”, eleitos indiretamente como manobra da ditadura contra a acachapante derrota que obteve nas urnas em 1974, poderiam participar da elaboração do novo texto constitucional.

⁴ Grande defensor da ANC exclusiva, Raimundo Faoro falaria em vitória do “estamento burocrático”, como uma comunidade de domínio que se apropria do aparelho do Estado em seu próprio benefício (FAORO, 2012). Em sentido contrário, Jessé Souza (2019) rechaçaria fortemente a ideia. Não é caso, todavia, de adentrar nessa polêmica, por fugir ao escopo do presente trabalho.

O último indício de manutenção na concentração do poder político é a possibilidade de reeleições indeterminadas para cargos do Legislativo. Ao contrário dos demais, não representa uma derrota, ao longo dos processos pré-constituintes, da participação popular. Com efeito, não se tem notícia de tentativas – ao menos relevantes – de limitar a quantidade de vezes seguidas que um parlamentar poderia ser reeleito. Mas gera, indubitavelmente, uma maior propensão à concentração do poder político nas casas legislativas.

Todas essas questões demonstram (e justificam) que sim: a concentração do poder político é uma realidade no Congresso Nacional. Afinal, não é raro que quem já o possui tenda a com ele permanecer. Dividí-lo, no máximo, para fins de recrutamento de aliados, principalmente familiares. Em tal perspectiva, estudos para as legislaturas de 2010-2014 (SCHOENSTER, 2014a) e 2015-2018 (SCHOENSTER, 2014b) indicaram forte tendência de dominação no Congresso por “clãs políticos”. No mesmo sentido, um estudo de 2015 mostra a grande relevância do dito “capital familiar” na obtenção de êxito eleitoral, notadamente para candidatos jovens, pouco experientes ou que nem sequer haviam ocupado cargos eletivos anteriormente (MIGUEL; MARQUES; MACHADO; 2015, p. 729-732).

A ausência de uma ANC exclusiva foi a derradeira derrota nos processos pré-constituintes e implicou a definição do regramento constitucional pelos próprios detentores do poder. De perfil conservador e centralista (ABRANCHES, 2018, p. 80),⁵ esta Constituinte agiu de maneira a garantir-lhe a manutenção do poder político de maneira permanente e concentrada. De fato, verifica-se que este grupo, historicamente privilegiado e minoritário, exerce poder de comando e utiliza seus poderes em seu próprio benefício ou em benefício de outros grupos também minoritários, detentores do poder econômico, ainda que completamente à revelia do mandato recebido. Tal agir, há muito, parece ter se tornado institucionalizado, permanecendo continuamente com o passar das legislaturas.

⁵ O autor parece tratar de um aspecto geral, “visto de cima”, desta Constituinte. É certo que sua composição, analisada de forma mais detalhada, foi plural e teve louváveis participantes com posicionamentos progressistas, diametralmente opostos a estes de perfil conservador e centralista.

É evidente que não se está, com isso, querendo tirar os vários méritos do atual texto constitucional. Ele é, por certo, o mais avançado em termos de direitos e garantias em toda a nossa história. Por outro lado, como tipicamente ocorreria na América Latina, a despeito de se mostrar progressista em matéria de direitos, a Constituição de 1988 teria sido conservadora em matéria de organização do poder; não teria sido exitosa em ingressar no que Gargarella, em sua obra homônima, denomina “a sala de máquinas da Constituição” (GARGARELLA, 2014). Ainda de acordo com o autor, a própria implementação dos direitos, como consequência, acaba prejudicada, razão pela qual sua preocupação não advém de simples formalismo.

3. O DIREITO À DIFERENÇA E A MANUTENÇÃO DA “SALA DE MÁQUINAS” DA CONSTITUIÇÃO

3.1 Direito à diferença e povos originários

Políticas assimilacionistas dos povos indígenas são implementadas desde a chegada dos europeus no continente americano, em 1492. Desde o primeiro contato com estes povos, vê-se que diferentes civilizações, com igualmente diversas línguas, culturas, epistemologias e religiões são reduzidas a um único grupo: o grupo dos índios. Esta situação ilustra uma lógica hegemônica de dominação e subalternização do outro, tido como culturalmente inferior (MAGALHÃES, 2016).

A despeito de todo o reducionismo (problema este ainda atual), ao menos no que tange à política assimilacionista tem havido uma tentativa de mudança de perspectiva, notadamente a partir do final do século XX. Reivindicações dos povos originários neste sentido têm sido acatadas em diversas constituições na América Latina e em normas internacionais, como a Convenção 169 da OIT (APARÍCIO, 2016). A convenção simbolizaria, no campo positivo, a alteração do referencial de assimilação dos povos originários à cultura hegemônica, em favor de um que preze pela aceitação do direito à diferença.

A Constituição do Equador, outro exemplo comumente citado, fala expressamente na “Pacha Mama” (art. 71), em que se veria a natureza não mais como mero objeto, ainda que a ser protegido, mas efetivamente como sujeito de direito (EQUADOR, 2008). E a Constituição da Bolívia, ao prever a forma de atuação do Tribunal Plurinacional e da jurisdição indígena originária campesina, seria um exemplo de respeito à diversidade, com o reconhecimento do direito destes povos como aplicável (MAGALHÃES, 2019).

No caso brasileiro, exemplo de superação do paradigma antigo seria o modo de tratamento dado aos direitos territoriais indígenas pela Constituição (art. 231 e parágrafos). Se, antes, eles representariam meramente o espaço físico para manutenção física das tribos, hoje abrangeriam também aspectos culturais e simbólicos; não seriam, assim, apenas mais um meio de absorção da cultura indígena às epistemologias ocidentais (APARÍCIO, 2016). Eis, aqui, a suposta representação do direito à diferença.

Todavia, a realidade parece ser outra. Em primeiro lugar, porque esta mudança de visão não teria “o necessário respaldo no mundo jurídico” (APARÍCIO, 2016, p. 13). Em segundo lugar, porque, a despeito das alterações em legislações, constituições e até em normativas internacionais, o que se verifica é que houve “não somente a perpetuação da mentalidade assimilacionista, mas o aumento da violência contra os povos indígenas” (APARÍCIO, 2016, p. 14).

Com efeito, quando se examina o aspecto prático, conclui-se que mesmo os textos tidos como paradigmas do constitucionalismo latino-americano (constituições equatoriana de 2008 e boliviana de 2009, citadas acima) não lograram alterar a realidade fática destes países tanto quanto se imaginaria.

O que se percebe, de grande parte dos escritos sobre a matéria na década passada, é uma visão excessivamente otimista destas mudanças. De como estas constituições – fruto do movimento social que se denominou (novo) constitucionalismo “democrático” latino-americano – romperiam com a tradição latino-americana de autoritarismo, de falta de pluralismo jurídico e de respeito às minorias. Parece, no entanto, e principalmente em se tratando de América Latina,

que temos de adotar um certo ceticismo com relação às melhorias que são prometidas. Não há dúvidas de que estas constituições tinham – e têm – potencial relevante de mudança nos Estados em que promulgadas. No entanto, há sempre que se ter em mente que uma parcela da sociedade, fortemente representada política e economicamente, é bastante avessa a melhorias sociais de cunho progressista. E, de fato, alguns anos depois, viu-se que o novo ordenamento não impediu fortes crises políticas em ambos os países.

O caso da Bolívia é emblemático. A forma como o então Presidente da Bolívia, Evo Morales, foi para o seu quarto mandato consecutivo e o quão legítimo, ou não, isso foi (BAGGIO; BERNI, 2020).⁶ E, em sequência, como resposta, a crise que culminou na sua renúncia, poucas semanas depois das eleições.

Quando se analisam os pormenores do processo constituinte boliviano, e mesmo os anos que se seguem, não é de causar surpresa a crise que se seguiu no fim da última década. O texto, já aprovado, sofreu diversas modificações antes de se tornar a nova Constituição da Bolívia. Isso se deu exatamente devido à grande resistência gerada quanto ao teor das normas, de modo que foi criado um “órgão de revisão” desse texto, curiosamente após já declarado o final dos trabalhos da Assembleia Constituinte. Parece que se entendeu que, talvez, o progressismo no novo texto seria exagerado aos olhos dos grupos dominantes. Este órgão de revisão modificou nada menos que 144 artigos do texto então aprovado (GARGARELLA, 2014, p. 346). Boaventura de Sousa Santos (2010, p. 75), no mesmo sentido, relata que “todas as modificações são de natureza conservadora. As perdas ocorrem sobretudo para o movimento popular, indígena, originário e camponês”.⁷

Não bastasse isso, o que se viu mais tarde foi uma série de medidas impedindo, tanto quanto possível, vários avanços da nova Constituição. Neste

⁶ Em 2016, foi convocado um referendo que decidiria sobre a possibilidade de se permitir que ele concorresse a um quarto mandato nas eleições de 2019. A proposta, no entanto, foi rejeitada pela maioria dos eleitores. No entanto, o caso foi levado ao Tribunal Constitucional, que decidiu pela possibilidade de se disputar a reeleição indefinidamente. Críticos deste entendimento defenderam que se teria passado por cima da decisão popular.

⁷ Tradução livre. No original: “todas las modificaciones son de carácter conservador. Las pérdidas se producen sobre todo para el movimiento popular, indígena, originario y campesino”.

sentido, a Lei 73/2013, com o propósito de “regulamentar” a competência da jurisdição indígena originária campesina, em verdade restringe muito a sua área de atuação. A Constituição de 2009, em regramento elogiável e vanguardista, permitiu que comunidades indígenas exercessem jurisdição própria, nomeassem seus próprios juízes e aplicassem o seu próprio direito. E a lei de 2013, estabelecendo os critérios de competência desta forma de jurisdição, restringiu muito o seu âmbito de atuação, em uma forte ilustração do receio no modo como se operaria essa ideia (BOLÍVIA, 2013).⁸

Ainda com relação ao sistema de justiça, houve um relevante retrocesso social quanto à composição do Tribunal Plurinacional, para o qual havia a previsão de reserva de vagas para dois juízes de origem indígena. A Lei 929/2017, embora tenha possibilitado uma maior representatividade das mulheres, obriga apenas a que haja um indígena participando da lista de votação, podendo ser eleito ou não. Esta mudança, na prática, potencializa o esvaziamento de efeitos da representatividade destes povos na Corte.

A situação não é diferente com o Equador. Seu novo texto constitucional não foi capaz de impedir que o país passasse pela grave crise política e social que atualmente enfrenta. Por diferentes razões (política, econômica e, mais recentemente, sanitária), desde 2010, pode-se dizer que o país passou praticamente a década inteira em crise. Nos dias de hoje, professores chegam a fazer greve de fome (CHIRIBOGA, 2021).

Além disso, a previsão constitucional dos novos direitos não foi decorrência de uma súbita mudança de filosofia por parte das forças dominantes. Por exemplo, a previsão dos direitos da natureza antes citados teria sido resultado de uma complexa série de fatores, reunindo apoiadores que não partilhariam, propriamente, de um pensamento de ruptura com o antropocentrismo em favor de um paradigma ecocêntrico. Assim, a “adesão se deveu mais a um jogo político do que propriamente a um comprometimento de conteúdo” (OLIVEIRA, 2013).

⁸ Foi neste contexto que a base de Evo Morales foi quebrada, ainda em 2013, havendo muita dissidência e ressentimentos por parte da comunidade indígena.

3.2 Força oligárquica do Congresso Nacional e bloqueio de direitos

No Brasil, forças conservadoras também têm atuado como uma forma de bloqueio aos avanços formalmente previstos na Constituição. Especificamente no caso dos direitos territoriais indígenas, é notável que, passados mais de 30 anos da promulgação da Lei Maior, não haja lei que regulamente a matéria, a despeito de determinação expressa no art. 67 do ADCT, para que a União concluísse a demarcação de todas as terras indígenas no prazo de cinco anos contados da promulgação da Constituição. Até hoje, o ato que regula o procedimento de demarcação das terras indígenas é o Decreto 1.775/1996 (do Poder Executivo, portanto).

Também no campo dos direitos territoriais de povos socialmente vulneráveis, há outra situação ainda mais emblemática: o caso do reconhecimento e demarcação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades quilombolas. Embora o art. 68 do ADCT determine que as terras por eles ocupadas lhes pertencem, devendo o Estado emitir seus títulos respectivos, absolutamente nada foi feito até 2003, mais de quinze anos após promulgado o texto. Novamente, a regulamentação da matéria ocorreu por meio de Decreto do Poder Executivo (Decreto 4.887/2003).

Entretanto, não bastasse a inércia na implementação do direito constitucionalmente previsto, referido decreto ainda foi impugnado por setores conservadores e oligarcas do Congresso Nacional. Apenas poucos meses depois, o então Partido da Frente Liberal (PFL, posteriormente rebatizado Democratas – DEM) deixou de lado a inércia e ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3.239/DF, requerendo que o ato fosse declarado inconstitucional. Os argumentos foram diversos, mas giravam principalmente em torno do fato de que o Poder Executivo não poderia apresentar decreto que não fosse baseado em lei formal para tratar da matéria (o denominado “decreto autônomo”). Basicamente, para os representantes deste grupo, deveria o Poder Executivo ficar preso à boa vontade dos parlamentares na discussão, elaboração e aprovação de uma lei para dispor sobre a

matéria, mesmo que se tratasse de um direito fundamental de minorias e mesmo que em quinze anos absolutamente nenhuma providência tenha sido tomada.

De todo modo, a ADI foi julgada improcedente. Por entender que o art. 68 do ADCT, ostentando a natureza de direito fundamental, teria eficácia plena e imediata, o Supremo Tribunal Federal decidiu que não havia violação da esfera reservada à lei. Os demais argumentos foram igualmente rechaçados.

Situação diversa ocorreu no “caso Raposa Serra do Sol”. Nele, ao estabelecer como “condicionante para demarcação das terras indígenas o marco temporal da promulgação da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal destituiu de relevância a teoria do Indigenato, ‘mitigando’ seu âmbito de aplicação” (APARICIO, 2016, p. 18-19). Para a autora, os operadores jurídicos ainda operariam com institutos do passado, razão pela qual a alteração para o referencial de respeito à diferença não teria o fundamental respaldo teórico neste meio (2016).

CONCLUSÃO

Embora um estudo exaustivo do tema “oligarquia” não seja viável no presente trabalho, procurou-se trabalhar com a temática de forma técnica, e não meramente como um atributo de desqualificação. Assim, foi possível levantar as principais características para que um grupo seja assim definido. Verificadas tais características, é possível concluir que o Congresso Nacional, casa legislativa que é, possui forte propensão à oligarquização, tanto para fins de domínio de seus demais membros, quanto em relação à representação da sociedade (busca de objetivos e exercício de atividades à revelia do mandato recebido).

A propensão à formação de oligarquias e concentração do poder político parece ser tanto a causa quanto a consequência da dita manutenção da “sala de máquinas” da Constituição. Como causa, as sucessivas derrotas dos movimentos pré-constituintes impossibilitaram ao máximo a participação social nos processos que se seguiram. A Lei da Anistia, apesar de toda a luta da oposição, foi aprovada ao

molde do desejo dos militares, o que implicou uma impunidade generalizada a todos os agentes perpetradores de graves violações aos direitos humanos.

Da mesma forma, toda a condução do processo de redemocratização foi feita pelos detentores do poder. A esmagadora maioria da população ser favorável às "Diretas Já", os eventos de 1984 demonstrarem ser aquela a maior mobilização popular da história brasileira, nada disso importou: a "revolução" deveria vir de cima, com base na conciliação, como tipicamente ocorre nos processos de "ruptura" no país (ainda que por meio da lamentável estratégia, pelos deputados federais representantes da situação, de não comparecimento no dia de votação).

A resposta ao anseio por uma Assembleia Nacional Constituinte exclusiva apenas seguiu o padrão brasileiro e latino-americano de exclusão da sociedade na participação dos rumos a serem tomados para o Estado. Assim, esta Constituinte, majoritariamente, também se manteve no perfil padrão das casas parlamentares ao longo de sua história: conservadora e centralista. Nem mesmo os senadores biônicos, cuja legitimidade de escolha era extremamente questionável, foram afastados das votações. A sala de máquinas estava mantida.

Esta sala de máquinas não impediu a aprovação de um rol de direitos sem precedentes na história constitucional brasileira. Em verdade, como visto, isso nem seria uma preocupação dos detentores do poder. Uma constituição progressista em termos de direitos sociais, mas conservadora na forma de organização do Estado e distribuição do poder político, teria a implementação destes direitos bloqueada aos moldes da vontade da elite oligárquica.

E foi isso o que aconteceu com os direitos indígenas. Apesar de o atual texto constitucional ilustrar a mudança do paradigma assimilacionista dos povos originários, não é isso o que se vê na prática. O aumento da violência contra esses grupos, a dificuldade de concretização dos processos de demarcação de suas terras (que deveriam ter sido integralmente concluídos em 1993): isso é o que se vê na prática. E, se não bastasse o bloqueio na implementação de direitos por pura e simples inércia, na hipótese de um "intruso no regime oligárquico" (COMPARATO, 2017, p. 214) ir de encontro aos interesses deste tipo de grupo, eles tentarão efetuar

tal bloqueio por meio da ação, como bem ilustrado pelo ajuizamento da ADI 3.239/DF, que visava ao puro e simples congelamento de qualquer tentativa de efetivação dos direitos territoriais quilombolas.

Talvez se pudesse pensar, resignadamente, que os “fatores reais de poder” (LASSALE, 2007) predominaram sobre a vontade em contrário e que seria ingenuidade acreditar que esta transição poderia ser diferente. Isso, no entanto, dificilmente seria verdadeiro. Um problema teórico na análise das instituições surge exatamente quando se busca a sua origem desconsiderando as demais alternativas que, de fato, existiam no passado, levando a tendências de exacerbar a suposta inevitabilidade dos arranjos sociais do presente (MONSMA; SALLA; TEIXEIRA; 2018, p. 67).

Ademais, ainda que se acreditasse na (improvável) inevitabilidade da forma como se deu a transição democrática, isso lhe traria legitimidade? Um processo que repetidamente exclui a sociedade da decisão dos rumos políticos do Estado deve ser compreendido, exatamente para que se entendam as opções que lhe eram contemporâneas e, assim, possa ser cientificamente repellido como única alternativa possível.

REFERÊNCIAS

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

APARICIO, Adriana Biller. Direitos territoriais indígenas – a contribuição da teoria crítica. *Redes – Revista Eletrônica Direito e Sociedade*, Canoas, v. 4, n. 1, p. 11-26, 2016.

BAGGIO, Roberta Camineiro; BERNI, Paulo Eduardo. Contribuições da Sociologia Histórica ao Constitucionalismo Latino-Americano. *In: Teorias Críticas e Crítica do Direito: volume II*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, p. 189-227, 2020.

BOLÍVIA. **Ley 073/2013**. Disponível em:
<https://tsj.bo/wp-content/uploads/2019/11/ley-073-deslinde-jurisdiccional.pdf>.
Acesso em: 28 fev. 2022.

BOLÍVIA. **Ley 929/2019**. Disponível em: <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/>. Acesso em: 28 fev. 2022.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. **Projeto de Emenda Constitucional 05/1983**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/diretas-ja/pec-no-5-de-1983-integra>. Acesso em: 27 fev. 2022.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Registro das Sessões. **Assembleia Nacional Constituinte exclusiva**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/sitaqweb/resultadoPesquisaDiscursos.asp?txOrador=&txPartido=&txUF=&dtInicio=07%2F09%2F1985&dtFim=07%2F09%2F1993&txTexto=constituente+and+exclusiva&txSumario=&basePesq=plenario&CampoOrdenacao=dtSessao&PageSize=50&TipoOrdenacao=DESC&btnPesq=Pesquisar#>. Acesso em: 27 fev. 2022.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Registro das Sessões. **Lei de Anistia**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividadelegislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/destaque-de-materias/lei-da-anistia>. Acesso em: 27 fev. 2022.

BRASIL. Congresso. **Comissão Mista sobre a Anistia**. Brasília, v. 1, 1982.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 27 fev. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 28 fev. 2022.

CHIRIBOGA, Andrés. Para entender a crise política no Equador. **Revista Ópera**. Disponível em: <https://outraspalavras.net/outrasmidias/para-entender-acrise-politica-no-equador>. Acesso em: 1º mar. 2022.

COMPARATO, Fábio Konder. **A oligarquia brasileira: visão histórica**. São Paulo: Contracorrente, 2017.

COUTO, Cláudio Gonçalves. Oligarquia e processos de oligarquização: o aporte de Michels à análise política contemporânea. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, v. 20, n. 44, p. 47-62, 2012.

EQUADOR. **Constitución de la República del Ecuador de 2008**. Disponível em: https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf Acesso em: 28 fev. 2022.

FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización GARAVITO, César Roberto (org.). In: **El Derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI**. Buenos Aires: Siglo XXI, 2011, p. 139-184.

FAORO, Raimundo. Constituinte ou Congresso com Poderes Constituintes. In: **Constituição e Constituinte**. São Paulo: RT, 1987. p. 11-28.

FAORO, Raimundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. São Paulo: Globo, 2012.

FICO, Carlos. A negociação parlamentar da anistia de 1979 e o chamado “perdão aos torturadores”. **Revista anistia política e justiça de transição**, Brasília, n. 4, p. 318–333, 2010.

GARGARELLA, Roberto. **La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)**. Buenos Aires: Katz, 2014.

O GLOBO. **Em foco: a campanha da Anistia em 1979**. Disponível em: <https://acervo.oglobo.globo.com/fotogalerias/a-campanha-da-anistia-em-1979-9771832>. Acesso em: 27 fev. 2022.

GONÇALVES, Leandro Pereira. Marcello Caetano, uma biografia dos trópicos. **Varia História**, Belo Horizonte, v. 34, n. 66, p. 859-863, 2018.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Direito à diversidade individual e coletiva como novo paradigma constitucional: o novo constitucionalismo latino-americano. **Revista do Ministério Público de Goiás**, Goiânia, n. 37, p. 63-78, 2019.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. O novo constitucionalismo latino-americano 2: rupturas – diversidade. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**, Belo Horizonte, n. 28, p. 10-19, 2016.

MICHELS, Robert. **Sociologia dos Partidos Políticos**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982.

MONSMA, Karl Martin; SALLA, Fernando Afonso; TEIXEIRA, Alessandra. A Sociologia Histórica: rumos e diálogos atuais. **Revista brasileira de sociologia**. Aracaju, v. 6, n. 12, p. 101-127, 2018.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. Direitos da natureza e direito dos animais: um enquadramento. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**. Lisboa, n. 10, p. 11.326-11.370, 2013.

SCHOENSTER, Laura. Clãs políticos no Congresso Nacional. **Transparência Brasil**, 2014a.

SCHOENSTER, Laura. Clãs políticos seguem dominando Congresso na próxima legislatura. **Transparência Brasil**, 2014b.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. **Refundación del Estado en América Latina: Perspectivas desde una epistemología del Sur**. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010.

SOUZA, Jessé. **A elite do atraso: da escravidão à Lava Jato**. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2019.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina**. In: Simpósio Nacional de Direito Constitucional da ABDConst. 09, 2010, Curitiba. Anais [...] Curitiba: ABDConst, 2010, p. 143-155. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista3/antoniowolkmer.pdf>. Acesso em: 26. fev. 2022.

LITÍGIOS ESTRUTURAIS E IMPARCIALIDADE JUDICIAL: ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE O PAPEL DO JUIZ

STRUCTURAL INJUNCTIONS AND JUDICIAL IMPARTIALITY: SOME REFLECTIONS ON THE ROLE OF THE JUDGE

Fabício de Lima Borges¹

Resumo: No atual contexto de expansão do Poder Judiciário no Brasil, verifica-se que é cada vez mais comum o ajuizamento de demandas complexas e multipolares, conhecidas como litígios estruturais. O presente trabalho investiga se o papel mais proativo do juiz à frente de demandas estruturais ofende a garantia de imparcialidade judicial. Para tanto, utiliza-se o método dedutivo, subsidiado por pesquisa bibliográfico-documental. Examinam-se a conceituação e as características dos processos estruturais, assim como a garantia de imparcialidade judicial. Com base nas premissas teóricas estabelecidas, conclui-se pela compatibilidade do papel mais proativo do magistrado na condução de litígios estruturais com a garantia da imparcialidade judicial.

Palavras-chave: Litígios estruturais. Imparcialidade judicial. Juiz.

Abstract: In the current context of the expansion of the Judicial Power in Brazil, it is increasingly common to see the filing of complex and multipolar lawsuits, known as structural injunctions. This paper investigates whether the judge's more proactive role when dealing with structural injunctions undermines the guarantee of judicial impartiality. To this end, the deductive method is used, supported by bibliographic-documentary research. The conceptualization and characteristics of structural processes are examined, as is the guarantee of judicial impartiality. Based on the established theoretical premises, it is concluded that the more proactive role of the judge in the handling of structural injunctions is compatible with the guarantee of judicial impartiality.

Keywords: Structural injunctions. Judicial impartiality. Judge.

Recebido em: 17/08/2022

Aceito para publicação em: 20/10/2022

¹ Mestrando em Direito e Poder Judiciário pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM). Graduado em Direito pela Universidade do Estado da Bahia (UNEB). Juiz Federal Substituto vinculado ao Tribunal Regional Federal da 5ª Região (TRF5) (Seção Judiciária do Ceará). Orcid: <http://orcid.org/0000-0002-0053-5246>

1. INTRODUÇÃO

É assente na literatura jurídica que, nos últimos anos, houve uma significativa expansão do Poder Judiciário, caracterizada não somente pela “globalização da jurisdição constitucional” – uma vez que diversos países de regimes jurídicos romano-germânicos ou de *common law* passaram a adotar, em diferentes graus, mecanismos de controle de constitucionalidade –, mas também pela transferência de poder decisório às cortes judiciais sobre questões nucleares da política em sentido amplo (BRANDÃO, 2017, p. 5-13). Desse modo, ao abandonar o *low profile* institucional, o Judiciário assumiu-se de vez como poder político, posicionando-se em contraponto às instâncias majoritárias, principalmente o Executivo (SANTOS, 2011, p. 22).²

No caso do Brasil, a Constituição Federal de 1988 inaugurou um modelo de Estado Democrático de Direito que deu lugar à ordem jurídica instituída pela ditadura civil-militar de 1964. Diversos direitos sociais foram expressamente reconhecidos no texto constitucional (saúde, educação e moradia, por exemplo) e a estrutura do Judiciário e dos demais componentes do sistema de justiça (notadamente, Ministério Público e Defensoria Pública) foi reconfigurada, o que contribuiu não só para o aumento exponencial da litigiosidade³ como também para a judicialização de temas que tradicionalmente eram tratados pelo Legislativo e pelo Executivo.⁴

É nesse contexto de protagonismo dos tribunais judiciais que se verifica, já há algum tempo, a ocorrência de um tipo de litígio que não se compatibiliza com a lógica tradicional e bipolarizada do processo civil comum: são os conflitos estruturais, que têm como traços característicos a complexidade e a multipolaridade (ou policentrismo), além de terem como escopo a reforma (ou recomposição) de uma

² O autor canadense Ran Hirschl denomina de “juristocracia” o fenômeno em que reformas constitucionais de vários países transferem uma quantidade inédita de poder das instâncias majoritárias para os tribunais judiciais (HIRSCHL, 2020, p. 29).

³ De acordo com o Relatório Justiça em Números 2021, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Poder Judiciário brasileiro encerrou o ano de 2020 com um estoque de 75,4 milhões de processos em tramitação (BRASIL, 2021, p. 102).

⁴ Trata-se do que a literatura especializada chama de “judicialização da política”, fenômeno que, no Brasil, tem contornos peculiares (SEMER, 2021, p. 67-95).

instituição pública ou privada a fim de superar uma situação violadora de direitos fundamentais.

Os litígios estruturais reclamam providências que podem ser muito peculiares e de implementação mais trabalhosa, de forma que os instrumentos do processo civil tradicional (mesmo aqueles voltados à tutela coletiva) podem ser insuficientes ou inúteis, uma vez que foram concebidos para lidar com problemas envolvendo somente dois polos de interesse (MARÇAL; TOSTA, 2021, p. 216). Uma das peculiaridades desse tipo de conflito diz respeito à postura do magistrado condutor da demanda: espera-se um juiz com perfil mais ativo e criativo, isto é, que coordene os trabalhos entre todos os envolvidos no problema estrutural em busca de uma solução preferencialmente consensual; trata-se, portanto, de uma postura diversa daquela figura tradicional do julgador imparcial e equidistante (DANTAS, 2020, p. 7).

Por outro lado, quanto a este último traço particular dos litígios estruturais (perfil mais proativo do magistrado), é inevitável não lembrar que a imparcialidade judicial constitui condição para o legítimo exercício da jurisdição, sendo, pois, atributo fundamental desta (BAPTISTA, p. 207, 2020). Anote-se ainda que, recentemente, o tema da imparcialidade judicial ganhou centralidade no debate público, por conta do julgamento do Habeas Corpus n.º 164493, em que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a parcialidade do ex-juiz federal Sérgio Moro na ação penal movida contra o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva (caso do “triplex do Guarujá”), no âmbito da Operação “Lava Jato”⁵.

Dito isso, a problemática que se discute neste trabalho pode ser resumida no seguinte questionamento: a postura mais proativa do magistrado responsável pela condução de litígios estruturais é compatível com o dever de imparcialidade judicial?

O presente artigo foi estruturado em três partes, além da introdução e da conclusão. Na segunda seção deste artigo, serão tecidas algumas considerações

⁵ Sobre a parcialidade do ex-juiz federal Sérgio Moro na ação penal referente ao caso do “triplex do Guarujá”, ver: BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. (O HC 164.493/PR e a suspeição do ex-juiz Sérgio Moro) Imparcialidade é uma coisa que existe? **Revista Insight Inteligência**, n.º 95, out./nov./dez. 2021, p. 20-29. Para uma análise mais aprofundada da Operação “Lava Jato” e dos seus efeitos sobre a democracia no Brasil, ver: KERCHE, Fábio; MARONA, Marjorie. **A política no banco dos réus: a Operação Lava Jato e a erosão da democracia no Brasil**. 1. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2022.

sobre o histórico e a conceituação dos litígios estruturais, além de tratar das características desse tipo de demanda. Na terceira seção, analisar-se-á a garantia da imparcialidade judicial a partir dos aportes teóricos da literatura especializada. O quarto tópico terá como enfoque o papel do magistrado à frente de litígios estruturais e como o desempenho desse papel se compatibiliza com a garantia da imparcialidade judicial.

O presente trabalho utiliza o método dedutivo e é subsidiado por pesquisa de cunho bibliográfico-documental.

2. CONFLITOS ESTRUTURAIS: HISTÓRICO, CONCEITUAÇÃO E CARACTERÍSTICAS

A literatura especializada considera o caso *Brown versus Board of Education* como o *leading case* das chamadas “ações estruturais”. Nesse julgado, a Suprema Corte dos Estados Unidos, em 1954, considerou inconstitucional a prática de segregação racial em escolas públicas, revertendo dessa forma a doutrina denominada *Separate but equal*⁶, que havia sido reputada como legítima pelo mesmo tribunal em 1896 (caso *Plessy versus Ferguson*) (JOBIM, 2013, p. 75-86).

Ocorre, no entanto, que, ao julgar o referido caso, a Suprema Corte limitou-se a declarar a inconstitucionalidade da segregação racial e não especificou que medidas deveriam ser adotadas na prática para superar tal quadro de discriminação (VITORELLI, 2021, p. 336). Por conta disso, o tribunal teve de reanalisar o caso em 1955 (*Brown versus Board of Education II*), oportunidade em que se determinou aos juízos de primeiro grau a adoção de providências necessárias para superar a prática de segregação racial nas escolas. Dessa maneira, os juízos de primeiro grau passaram a adotar, por conta própria, medidas para implementar a

⁶ A doutrina *Separate but equal* permitiu a aprovação de diversas leis que promoviam uma severa segregação entre cidadãos brancos e negros em praticamente todo o território dos Estados Unidos, em especial nos estados do Sul (SOUTO, 2019, p. 153). Esse conjunto de leis fomentadoras de segregação racial no período compreendido entre a segunda metade do século 19 e a década de 1960 ficou conhecido como *Jim Crow Laws* (SOUTO, 2019, p. 155-156).

decisão da Suprema Corte, valendo-se, para tanto, da utilização de *injunctions*, as quais consistiam em ordens judiciais cominatórias de obrigações de fazer ou de não fazer e que, embora existentes há muito tempo no direito norte-americano, eram pouco empregadas até então (VITORELLI, 2021, p. 336).

Segundo Edilson Vitorelli, a doutrina jurídica estadunidense, então, passou a classificar os processos em que foram proferidas *injunctions* no contexto de afirmação de direitos fundamentais (*civil rights*) como ações judiciais de interesse público (*public law litigation*) (2021, p. 337). Tais ordens judiciais – que visavam, essencialmente, reformar por inteiro uma instituição estatal com o fim de tutelar adequadamente um direito fundamental – ficaram conhecidas, por sua vez, como *structural injunctions* (VITORELLI, 2021, p. 337).

A partir dessa breve incursão histórica, pode-se conceituar conflitos (ou litígios) estruturais como (VITORELLI, 2021, p. 332):

aqueles que envolvem conflitos multipolares, de elevada complexidade, cujo objetivo é promover valores públicos pela via jurisdicional, mediante transformação de uma instituição pública ou privada. Há necessidade de reorganização de toda uma instituição, com a alteração de seus processos internos, de sua estrutura burocrática e da mentalidade de seus agentes, para que ela passe a cumprir sua função de acordo com o valor afirmado pela decisão.

O conceito acima aduz as três características dos litígios estruturais: (a) complexidade; (b) multipolaridade; e (c) a necessidade de reforma (ou recomposição) de uma instituição pública ou privada com o fim de promover o valor público visado.

A complexidade do conflito estrutural significa que o problema discutido comporta diversas soluções. Nesse sentido, Fredie Didier Junior, Hermes Zaneti Junior e Rafael Alexandria de Oliveira explicam que: “É comum que o problema estrutural possa ser resolvido de diversas formas: estabelecida a meta a ser alcançada (o novo ideal estado de coisas), diversos são os meios com os quais normalmente se pode implementá-la.” (2021, p. 437).

Estreitamente relacionada à complexidade tem-se a multipolaridade como segunda característica dos conflitos estruturais. Diferentemente do processo civil tradicional, que trabalha com uma lógica bipolarizada (autor e réu), o conflito estrutural, justamente em razão da sua complexidade, possui uma multiplicidade de interesses envolvidos, os quais podem se polarizar conforme a questão discutida: um mesmo grupo de pessoas pode alinhar-se aos interesses de outro grupo quanto a certo aspecto, mas não em relação a outros (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR; OLIVEIRA, 2021, p. 434).

Note-se que complexidade e multipolaridade são duas características intimamente relacionadas, pois a multiplicidade de interesses envolvidos tende a aumentar as possibilidades de resolução do problema estrutural; há, portanto, uma nítida situação de conflituosidade interna entre os grupos atingidos e até mesmo dentro do próprio grupo (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR; OLIVEIRA, 2021, p. 437).

A terceira característica dos conflitos estruturais apontada pela literatura consiste na necessidade de reforma (ou recomposição) de uma instituição pública ou privada com o fim de promover o valor público visado, ou seja, reorganizar toda uma instituição com a alteração de seus processos internos, de sua estrutura burocrática e da mentalidade dos seus agentes (VITORELLI, 2021, p. 331-332). Quanto a esta última característica, vale destacar que a necessidade de reforma (ou recomposição) de determinada instituição evidencia o viés prospectivo das demandas estruturais, isto é, ao contrário do que acontece no processo civil comum, a atividade jurisdicional “[...] possuirá um enfoque em ampla dimensão direcionado ao futuro, procurando servir como mola propulsora para mudanças de comportamentos gerais e continuadas [...]” (ARENHART; JOBIM; OSNA, 2021, p. 86).

Para encerrar este tópico, é importante destacar que os conflitos (ou litígios) estruturais são uma realidade na prática judiciária brasileira (ARENHART; JOBIM; OSNA, 2021, p. 46), como se percebe a partir de alguns casos que já se tornaram

emblemáticos⁷, apesar de não haver um marco normativo específico sobre a atuação do Judiciário nesse tipo de demanda⁸ e das objeções apresentadas por setores da doutrina jurídica⁹. O Superior Tribunal de Justiça (STJ), por exemplo, ao julgar o Recurso Especial n.º 1.854.847-CE, destacou que a matéria discutida no feito tinha caráter de conflito estrutural, devendo, pois, a demanda ser conduzida a partir de uma perspectiva diferente do processo civil tradicional, que levasse em conta o policentrismo do litígio e a necessidade de buscar a construção de soluções em um ambiente colaborativo e democrático envolvendo todos os atores processuais (BRASIL, 2020).

3. GARANTIA DA IMPARCIALIDADE JUDICIAL

De início, é importante lembrar que o conceito geral de imparcialidade possui diversos perfis de complexidade e de variabilidade semântica, sendo assim um conceito presente não apenas no âmbito do Direito, mas também na ética e na política (TARUFFO, 2016, p. 143).

Na literatura processual brasileira, é assente que a garantia do juiz imparcial, tal como a do juiz independente, não está prevista expressamente na Constituição Federal de 1988; no entanto, as prerrogativas e vedações listadas no art. 95 do referido diploma normativo deixam claro o intento do constituinte de dotar o julgador

⁷ Sergio Cruz Arenhart, Marcos Félix Jobim e Gustavo Osna lembram que, muito provavelmente, o primeiro e mais emblemático caso de litígio estrutural no Brasil é o da ACP que tratou da tutela do meio ambiente em relação à atividade de mineração de carvão na região de Criciúma/SC; caso este que ficou conhecido como a "ACP do Carvão" (ARENHART; JOBIM; OSNA, 2021, p. 46).

⁸ Tramita no Congresso Nacional projeto de lei com o objetivo de instituir um procedimento especial para controle e intervenção do Poder Judiciário na implementação ou na correção de políticas públicas (PL n.º 8.058/2014, de autoria do Deputado Federal Paulo Teixeira). A íntegra do referido projeto de lei encontra-se disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=687758> . Acesso em: 11 jun. 2022.

⁹ Não faz parte do foco deste trabalho abordar as diversas críticas doutrinárias à atuação do Judiciário em relação aos litígios estruturais tampouco analisar o conceito de ativismo judicial. Contudo, em linhas gerais, a principal crítica aos litígios estruturais concerne ao fato de eles constituírem "exemplos típicos do ativismo judicial que gera o risco de criação de um sistema político dominado por uma aristocracia de agentes públicos não eleitos pelo povo, a ditadura da toga ou dos juizes." (DANTAS, 2019, p. 71).

brasileiro de imparcialidade, atributo fundamental para o exercício do ofício judicante (SANTOS JUNIOR, p. 192).

A doutrina processual também define a imparcialidade judicial a partir de uma perspectiva de contraposição, ou seja, “como ausência daquilo que se entende por parcialidade, esta caracterizada por um estado anímico marcado pela subjetividade e pela emoção” (SANTOS JUNIOR, p. 192). Nessa senda, aliás, Bárbara Gomes Lupetti Baptista ressalta que, do ponto de vista discursivo, a imparcialidade judicial se vincula à ideia de que as partes fazem jus ao julgamento da demanda por um juiz imparcial, que conduza o processo de forma desinteressada, ou seja, sem possuir qualquer interesse pessoal em relação ao resultado final da disputa (p. 207, 2020).

Há também posicionamento que relaciona a imparcialidade do julgador com a busca da verdade dos fatos no processo. Nessa linha, o jurista italiano Michele Taruffo sustenta que a imparcialidade não seria apenas condição necessária para que o julgador possa fazer a leitura correta dos fatos e das provas, com vistas a proporcionar uma decisão justa; mas também seria uma parte integrante e penetrante da verdade, no processo de elaboração de uma decisão justa (2016, p. 143-144). Assim, segundo o mencionado autor, a imparcialidade pode ser um “critério de verdade interno ao procedimento de elaboração do juízo”; a imparcialidade então é condição necessária, embora, por óbvio, não seja suficiente, da verdade.

No plano normativo interno, as hipóteses de suspeição e de impedimento dos magistrados são disciplinadas pelos arts. 144 ao 148 do Código de Processo Civil e pelos arts. 252 ao 256 do Código de Processo Penal. Por sua vez, o Código de Ética da Magistratura Nacional (instituído pela Resolução n.º 60, de 19 de setembro de 2008, do Conselho Nacional de Justiça – CNJ), dispõe que:

Art. 8.º O magistrado imparcial é aquele que busca nas provas a verdade dos fatos, com objetividade e fundamento, mantendo ao longo de todo o processo uma distância equivalente das partes, e evita todo o tipo de comportamento que possa refletir favoritismo, predisposição ou preconceito.

No plano internacional, a previsão de um juiz imparcial consta do art. 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José, da Costa Rica

(1969), diploma normativo incorporado à ordem jurídica brasileira por força do Decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992. Ademais, cumpre referenciar os Princípios de Conduta Judicial de Bangalore, projeto de código de ética judicial de âmbito global aprovado em novembro de 2002, na cidade de Haia (Holanda). Consoante tal projeto de código, elaborado com base na Declaração Universal de Direitos Humanos, da Organização das Nações Unidas (ONU), "A imparcialidade é essencial para o apropriado cumprimento dos deveres do cargo de juiz. Aplica-se não somente à decisão, mas também ao processo de tomada de decisão." (NAÇÕES UNIDAS, 2008, p. 65).

4. O PAPEL DO JUIZ NA CONDUÇÃO DE CONFLITOS ESTRUTURAIS E A GARANTIA DE IMPARCIALIDADE

A partir das premissas teóricas firmadas nas seções anteriores, objetiva-se neste tópico problematizar a relação entre o papel mais proativo do magistrado na condução de demandas estruturais e a garantia da imparcialidade judicial.

Além das características expostas no tópico 2 deste trabalho, a literatura especializada aduz que os conflitos (ou litígios estruturais) possuem ainda outro aspecto que os diferencia do processo civil tradicional: a necessidade de uma postura mais proativa do magistrado na condução da demanda.

De fato, como lembra Owen Fiss, o modelo tradicional de resolução de controvérsias, demanda um papel passivo do julgador: ele deve atuar como um árbitro ou observador entre as duas partes, tendo confiança em todas as iniciativas delas quanto à apresentação dos fatos e do direito e às possíveis soluções a serem adotadas pelo Judiciário; a tarefa do magistrado, portanto, é tão somente declarar quem tem razão (2004, p. 58). Nos casos de litigância estrutural, as particularidades desse tipo de conflito complexo e multipolar exigem um papel mais ativo do juiz na fiscalização da "adequação das partes" (VIOLIN, p. 65-66, 2019):

Em razão do potencial para afetar interesses e direitos de inúmeras pessoas, não se pode confiar exclusivamente nas partes formais para a condução do litígio. O juiz assume, então, uma posição muito mais atuante que aquela

herdada da tradição adversarial.  ele, o julgador, quem organiza e d impulso ao processo.  ele quem avalia, por exemplo, se há conflito de interesse que justifique desmembramento do grupo em subgrupos, para assegurar que todos os membros sejam adequadamente representados. Não raro,  necessário também lidar com a imprensa e com a opinião pública.

Diante desse quadro, a questão que se discute : como construir essa "ampla estrutura representativa" – nos dizeres de Owen Fiss (2004, p. 60) – sem quebrar a garantia da imparcialidade? O professor estadunidense sugere que o magistrado pode se valer de agentes de delegao, a exemplo dos *special masters*¹⁰, ou da criao de órgãos para auxiliar no acompanhamento da implantao do foi decidido/acordado, tal como se deu na "ACP do Carvão"¹¹ (2004, p. 60-62). Ademais, pode o julgador convidar para participar do processo "diferentes organizaes e sujeitos, com desempenho interativo de tarefas, em que o processo de tomada de decisão não  exclusivo do juiz, mas compartilhado." (FERRARO, 2015, p. 70).

Assegurar essa "ampla estrutura representativa" em demandas estruturais  fundamental, porque, como bem salienta Eduardo Sousa Dantas (2019, p. 93), nesse tipo de conflito levado ao Judiciário, o conceito de parte  "pulverizado", ou seja, não se tem uma vítima específica da violao sistemática de direitos fundamentais por parte de uma entidade burocrática estatal ou privada; mas sim, um número significativo de pessoas ou de grupos sociais afetados, cujos interesses, conforme visto no tpico 1 deste trabalho, podem, não raro, divergir (multipolaridade de interesses). E mais: garantir a representatividade adequada de quem  afetado por uma conduta violadora de direitos no bojo de um conflito estrutural pode significar,

¹⁰ Segundo Eduardo Sousa Dantas, *special masters* são *experts* judiciais incumbidos da tarefa de coletar informaes e apresentar propostas ou recomendaes (DANTAS, 2019, p. 167). Eles se reportam aos tribunais e podem, quando acionados, avaliar questões de fato ou acerca do cumprimento das normas (DANTAS, 2019, p. 167). Jordão Violin, por sua vez, argumenta que a figura do *special master* não  totalmente alheia  realidade do Direito brasileiro, haja vista o disposto nos arts. 102 a 111 da Lei n. 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência), os quais autorizam a nomeao de um interventor judicial a fim de garantir a execuo de medidas judiciais cuja implementao tende a se prolongar no tempo, de modo que a funo precípua desse agente nomeado pelo juízo consiste em monitorar as práticas empresariais e informar ao magistrado se o cumprimento está ocorrendo adequadamente ou não (VIOLIN, 2021, p. 684).

¹¹ No âmbito da já referida "ACP do Carvão", na fase de execuo, foi criado, por meio de decisão judicial, o Grupo de Assessoramento ao Juízo (GTA), um fórum técnico para debater e fiscalizar as medidas de cunho ambiental adotadas. Informaes sobre as atividades desse grupo podem ser encontradas em <http://acpcarvao.com.br/login/index.php>. Acesso em 14 jun. 2022.

por vezes, “dar voz” a grupos socialmente marginalizados, com baixo nível de organização/mobilização e cujas demandas, por variados motivos, não são levadas em conta pelas instâncias políticas majoritárias, a exemplo da população carcerária¹².

Prosseguindo na análise do papel do juiz à frente de demandas estruturais, cumpre ressaltar que a própria condução do processo com vistas a reformar uma instituição pública ou privada para sanar um quadro de violação generalizada de direitos fundamentais pode representar um “perigo”, como lembra Owen Fiss. Com efeito, a fim de conferir concretude à reforma estrutural, o magistrado pode acabar se inserindo em demasia na instituição e, assim, abandonando a sua posição de independência (FISS, 2004, p. 99). Nessas situações de maior envolvimento do julgador (inclusive em termos procedimentais), o magistrado, como explica Marcella Ferraro citando Owen Fiss, se coloca diante de um dilema: conciliar a busca por soluções para o problema estrutural discutido no processo (e, desse modo, envolvendo-se bastante com a instituição) com a necessária imparcialidade e independência necessárias ao ofício judicante (FERRARO, 2015, p. 69). A saída apontada por Owen Fiss é realista: é melhor o juiz viver com tal dilema (2004, p. 103-104).

Essa postura mais proativa do magistrado à frente de litígios estruturais é essencial para o melhor processamento desse tipo de demanda e para viabilizar a construção de soluções negociadas, que são mais consentâneas com tais conflitos¹³.

¹² A propósito, no julgamento dos pedidos cautelares formulados na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 347 (cujo objeto é o reconhecimento do “estado de coisas inconstitucional” do sistema prisional brasileiro, além de medidas para interromper a violação generalizada de direitos humanos nos presídios e proteger a dignidade, a vida e a saúde das pessoas encarceradas), o Ministro Relator destacou em seu voto que os presos são sub-representados politicamente e impopulares. Explicou o Ministro que os presos ficam impedidos de votar e de serem votados (art. 15, inciso III, da Constituição Federal) e que setores significativos da população acreditam que os indivíduos presos são menos merecedores de direitos que o restante da sociedade, o que, por sua vez, “[...] faz com que os políticos, salvo raríssimas exceções, não reivindiquem recursos públicos a serem aplicados em um sistema carcerário voltado ao oferecimento de condições de existência digna.” (BRASIL, 2015).

¹³ Sérgio Cruz Arenhart, Gustavo Osna e Marco Félix Jobim explicam que as formas consensuais são as mais adequadas para solucionar uma controvérsia estrutural (2021, p. 189): “Partindo da premissa de que os interessados conhecem as suas dificuldades e seus potenciais, é certo que a solução consensual tende a produzir resultados mais viáveis e concretos do que uma solução imposta pelo Poder Judiciário. De fato, muitas vezes, uma solução imposta pelo magistrado – sem considerar as

Eduardo Sousa Dantas resume bem como deve ser a postura do julgador na condução de conflitos estruturais e como essa atuação judicial não ofende a garantia de imparcialidade (2020, p. 7):

É importante observar que no processo tradicional o juiz decide, de forma individual, as determinações que deverão ser cumpridas para a efetivação do direito postulado na ação. Por sua vez, às partes cabe apenas cumprir as determinações judiciais, na exata forma em que foram definidas e ordenadas, não havendo espaço para a negociação de medidas, definição de um plano comum, de prazos para cumprimento ou qualquer outro meio que possibilite uma maior discricionariedade ou participação dos atores processuais.

Anote-se que a adoção desse modelo dialógico de decisão demanda o exercício de novas funções e o desenvolvimento de distintas habilidades por parte dos magistrados, que devem se afastar um pouco da figura tradicional do juiz imparcial e equidistante para adotar uma postura mais ativa e criativa, de coordenação dos trabalhos, fomento à atuação das partes, negociação e diálogo, com o estímulo à adoção de soluções adequadas para a resolução dos problemas identificados.

Registre-se que essa postura mais ativa do magistrado não é incompatível com a legislação de regência. Nesse sentido, o art. 138 do Código de Processo Civil (CPC (LGL\2015\1656) prevê a possibilidade de o magistrado solicitar, de ofício, a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade com representatividade adequada nas causas submetidas à sua apreciação, o que pode ser utilizado para ampliar o debate de questões de políticas de saúde que impactam os mais variados setores da sociedade civil.

Como se vê, esse papel mais proativo do magistrado à frente de litígios estruturais é compatível com a garantia de imparcialidade judicial, tal como, aliás, preconiza Michele Taruffo. De fato, não pode o julgador se limitar a ocupar uma posição de terceiro e de equidistância em relação às partes, nem de indiferença quanto ao objeto da controvérsia: o juiz tem que orientar o próprio comportamento com vistas a apurar a verdade com base nas provas (TARUFFO, 2016, p. 144), o que, transpondo-se para a realidade dos conflitos estruturais, induz à conclusão de que cabe ao magistrado, ainda que sob o “risco do dilema” descrito por Owen Fiss, procurar conduzir o feito de modo mais proativo a fim de que seja exitosa a reforma da instituição causadora da violação de direitos fundamentais.

potencialidades dos envolvidos – pode acabar resultando em simples palavras jogadas ao vento, sem qualquer chance de concretizar-se efetivamente.”

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do exposto ao longo do presente trabalho, buscou-se demonstrar que a postura mais ativa do magistrado à frente de litígios estruturais não é incompatível com a garantia da imparcialidade judicial, tendo em vista as peculiaridades desse tipo de conflito complexo.

Na segunda seção, discorreu-se, em linhas gerais, sobre o histórico, a conceituação e as características dos chamados litígios estruturais, destacando-se as suas especificidades, que diferenciam esse tipo de demanda do processo civil tradicional.

Na terceira seção, tratou-se da imparcialidade judicial, expondo-se, resumidamente, a conceituação mais recorrente de tal garantia na literatura especializada, bem como as suas balizas normativas internas e internacionais.

Nessa ordem de ideias, analisou-se, na quarta seção deste trabalho, o papel do magistrado na condução de demandas estruturais com a garantia da imparcialidade judicial, a partir, principalmente, do referencial teórico do professor estadunidense Owen Fiss.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marcos Félix; OSNA, Gustavo. **Curso de Processo Estrutural**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. 331p.

BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. A crença no princípio (ou mito) da imparcialidade judicial. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, vol. 7, n.º 2, jun. 2020, p. 203-223.

BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. (O HC 164.493/PR e a suspeição do ex-juiz Sérgio Moro) Imparcialidade é uma coisa que existe? **Revista Insight Inteligência**, n.º 95, out./nov./dez. 2021, p. 20-29.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial Versus Diálogos Constitucionais: A quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. 456p.

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 11 jun. 2022.

BRASIL. **Justiça em números 2021/Conselho Nacional de Justiça**. Brasília, Conselho Nacional de Justiça, 2021, 340 p. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/11/relatorio-justica-em-numeros2021-221121.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2022.

BRASIL. **Código de Ética da Magistratura Nacional. Resolução n.º 60, de 19 de setembro de 2008**. Brasília, Conselho Nacional de Justiça, 2008. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/127#:~:text=Ao%20magistrado%20%C3%A9%20vedado%20procedimento,exer%C3%A7a%20o%20controle%20ou%20ger%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em 11 jun. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Recurso Especial n.º 1.854.847-CE**. Recorrente: Ministério Público do Estado do Ceará. Recorrido: Município de Fortaleza. Relator: Ministra Nancy Andriahi, 2 de junho de 2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=LITIGIO+ESTRUTURAL&b=ACOR&p=false&l=10&i=1&operador=mesmo&tipo_visualizacao=RESUMO. Acesso em 31 mai. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 347/DF**. Requerente: Psol (Partido Socialismo e Liberdade). Relator: Ministro Marco Aurélio, 9 de setembro de 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em 14 jun. 2021.

DANTAS, Eduardo Sousa. **Ações estruturais e o estado de coisas inconstitucional: a tutela dos direitos fundamentais em casos de graves violações pelo poder público**. Curitiba: Juruá, 2019. 250p.

DANTAS, Eduardo Sousa. Intervenções estruturais em demandas de saúde: premissas teóricas e consequências práticas. **Revista de Direito e Medicina**, vol. 7/2020/Set - Dez/2020, p. 1-15.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETTI JUNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. In: **Processos Estruturais**. ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marcos Félix (org.). 3. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2021. p. 423-461.

FERRARO, Marcella Pereira. **Do Processo Bipolar a um Processo Coletivo-Estrutural**. Orientador: Sérgio Cruz Arenhart. 2015. 213 f. Dissertação

(Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

FISS, Owen. As formas de justiça. *In*: FISS, Owen. **Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade**. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 25-104.

HIRSCHL, Ran. **Rumo à Juristocracia – As origens e consequências do novo constitucionalismo**. Tradução de Amauri Feres Saad. 1. ed. Londrina: Editora E.D.A – Educação, Direito e Alta Cultura, 2020, 386p.

JOBIM, Marcos Félix. **Medidas estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, 238p.

KERCHE, Fábio; MARONA, Marjorie. **A política no banco dos réus: a Operação Lava Jato e a erosão da democracia no Brasil**. 1. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2022.

MARÇAL, Felipe Barreto; TOSTA, André Ribeiro. Gerenciamento processual adequado de demandas formalmente individuais a partir de uma visão estruturante: o reforço do proporcionado pelo art. 21 da LINDB. *In*: **Processos Estruturais**. ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marcos Félix (org.). 3. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2021. p. 211-238.

NAÇÕES UNIDAS (ONU). Escritório contra Drogas e Crime (Unodc). **Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial**. (Tradução Marlon da Silva Maia, Ariane Emílio Kloth). Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa Santos. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011, 135p.

SANTOS JUNIOR, Edinaldo César. **O sistema interamericano de direitos humanos: a garantia do juiz independente, imparcial e pré-constituído e seus reflexos no Direito brasileiro**. Orientador: Eunice Aparecida de Jesus Prudente. 2013. 271 f. Dissertação (Mestrado em Diretos Humanos) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

SEMER, Marcelo. **Os paradoxos da justiça: Judiciário e política no Brasil**. 1. ed. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021, 300p.

SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2019. 404 p.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. Tradução Vitor de Paula Ramos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

VIOLIN, Jordão. Holter v. Sarver e a reforma do sistema prisional no Arkansas. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marcos Félix (org.). **Processos estruturais**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 638-686.

VIOLIN, Jordão. **Processos estruturais em perspectiva comparada: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos**. Orientador: Sérgio Cruz Arenhart. 2019. 244 f. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019.

VITORELLI, Edilson. Litígios Estruturais: Decisão e Implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. *In*: **Processos Estruturais**. ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marcos Félix (org.). 3. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2021. p. 329-383.

ATIVISMO JUDICIAL PENAL E A MOLDURA NORMATIVA: DA OBRIGATORIEDADE DAS FILMAGENS POLICIAIS NO HABEAS CORPUS 598.051/SP (STJ)

CRIMINAL JUDICIAL ACTIVISM AND THE REGULATORY FRAMEWORK: THE MANDATORYITY OF POLICE FILMING IN HABEAS CORPUS 598.051/SP (STJ)

Thiago André Silva Gonçalves¹
Lidia Maria Ribas²

Resumo: Este artigo, por meio do método hipotético-dedutivo, procura estudar os argumentos utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Habeas Corpus n. 598.051, com destaque para a obrigatoriedade contida no voto do relator, ministro Rogério Schietti Cruz, consistente na fixação do prazo de um ano para o aparelhamento das polícias, a fim de que se possibilite a filmagem das operações, como forma de validar o consentimento do morador. Ao final, após a refutação das razões levantadas no julgamento, conclui-se que o episódio pode ser classificado como ativista, na medida em que os argumentos utilizados pelo ministro extrapolam os limites processuais e materiais, incidindo em uma jurisdição que pretende ocupar espaço reservado à política criminal dos Estados e da União.

Palavras-chaves: Ativismo Judicial. Moldura Normativa. Filmagens.

Abstract: This article, through the hypothetical-deductive method, seeks to study those used by the Superior Court of Justice not judged by Habeas Corpus n. 598,051, highlighting the mandatory establishment in the vote of the rapporteur, Rogério Schietti Cruz, so that within the last year the police equipment, in order to film the operations, a way of validating the resident's consent. In the end, after refuting the reasons raised for not deciding, it is concluded that the episode can be framed as an activist, insofar as the arguments presented by the minister extrapolate the processes and materials, betting on an area that intends to be reserved for criminal policy. of the States and the Union.

Keywords: Judicial activism. Normative Framework. Footage.

Recebido em: 14/08/2022
Aceito para publicação em: 04/11/2022

¹ Pós-Graduado em Direitos Humanos na Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS). Analista Jurídico do Ministério Público Estadual do Estado de São Paulo. Cursando mestrado em Direitos Humanos na Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS), unidade de Campo Grande.

² Doutora e Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP. Professora permanente do Mestrado em Direitos Humanos da UFMS. Líder do Grupo de Pesquisas Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Sustentável e pesquisadora no Grupo de Pesquisas -Tutela Jurídica das Empresas em face do Direito Ambiental Constitucional, ambos do CNPq. Membro da ABDT, da ADPMS, da ABDI e do CEDIS/UNL.

1 INTRODUÇÃO

Como se sabe, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), recentemente, determinou aos agentes policiais, caso necessitem adentrar em uma residência - sem mandado judicial - para averiguar a ocorrência de crime, devem registrar a autorização do habitador em vídeo e áudio, como forma de validação do seu consentimento, sem que exista qualquer espaço para dúvidas acerca de eventual ofensa ao direito à inviolabilidade do domicílio.

Ao final, o colegiado estabeleceu o prazo de 01 (um) ano para que ocorresse o aparelhamento das polícias, treinamento e demais providências necessárias para a “adaptação às diretrizes da presente decisão, de modo a, sem prejuízo do exame singular de casos futuros, evitar situações de ilicitude que possam, entre outros efeitos, implicar responsabilidade administrativa, civil e/ou penal do agente estatal” (HC nº 598.051 - SP 2020/0176244-9).

Partindo do voto do relator, ministro Rogerio Schietti Cruz, a Sexta Turma concedeu *habeas corpus* para anular prova obtida durante invasão policial não autorizada em uma residência e absolver um homem condenado por tráfico de drogas.

In casu, os policiais alegaram ter tido autorização do morador para o ingresso na residência— *onde foi localizado aproximadamente cem gramas de maconha* —, porém o acusado relatou, em virtude de constrangimento por parte dos policiais, que não teve como se opor.

De seu turno, a decisão do STJ foi objeto de questionamento no Supremo Tribunal Federal (RE n. 1.342.077/SP), ocasião em que o ministro Alexandre de Moraes, anulou o acórdão “tão somente na parte em que entendeu pela necessidade de documentação e registro audiovisual das diligências policiais, determinando a implementação de medidas aos órgãos de segurança pública de todas as unidades da federação”.

De início, o trabalho irá apresentar elementos para compreensão do tema, definindo o que é o ativismo judicial, a partir da análise elaborada e situada epistemologicamente na *crítica hermenêutica do direito (CHD)* elaborada por Lenio Luiz Streck.

Nesse passo, a partir deste marco teórico, o presente artigo busca compreender se a ideia de ativismo está relacionada à tese de que a decisão judicial é um “ato de vontade do juiz”, investigando os conceitos de *solipsismo* e *voluntarismo*.

Em sequência, pretende-se estudar se a decisão em escólio possui relação com o modo de pensar (positivismo normativista) kelseniano, em especial com a denominada a *interpretação autêntica*, ou seja, aquela realizada pelo indivíduo responsável por aplicar a norma.

Por fim, a partir da *crítica hermenêutica do direito* e adequando o caso à dimensão normativa Constituição da República Federativa de 1988, avalia-se a decisão do STJ – *em especial os fundamentos do ministro Rogério Schietti* – pode ou não ser classificada como espécie de “ativismo judicial”.

2 O CASO DO HC Nº 598.051

O julgamento do remédio constitucional narrava que policiais militares receberam uma denúncia a respeito de suposto tráfico de drogas. Outrossim, de acordo com a Polícia Militar (PM), o suposto noticiante havia descrito as características físicas do possível traficante.

Em ronda ao local onde o autor do crime poderia ser encontrado, um dos policiais, segundo informações dos autos, avistou o suposto traficante, cujas características coincidiam com a descrição do noticiante. Toda

Todavia, o suposto criminoso “tentou mudar de caminho quando avistou a viatura, mas que conseguiram abordá-lo e que não foi encontrado nenhum entorpecente em sua posse” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, HC nº 598.051, p.

57). Na sequência, os policiais indagaram ao sujeito sobre o seu endereço residencial, ocasião na qual este teria guiado os agentes estatais até à sua respectiva residência.

Em seguida, “[os policiais] entraram em sua casa, franqueada por ele e encontraram a droga [...]. As drogas estavam numa pochete no armário da cozinha. Não estava escondida. Era apenas porção de maconha, em pedaços (fls. 21)” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, HC nº 598.051, p. 57).

Não havia nos autos nenhuma referência à existência de prévia investigação policial para verificação mínima da veracidade da notícia crime anônima, bem como não havia “averiguação de denúncia robusta e tampouco houve o acompanhamento da chamada “testemunha do povo”. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, HC nº 598.051, p. 57).

Na sequência, o ministro Rogério Schietti pontua, que:

Nesse quadro, soa inverossímil a versão policial, ao narrar que o paciente teria mostrado onde residia – mesmo nada sendo encontrado em seu poder – e que teria franqueado a entrada em seu domicílio. Ora, um mínimo de vivência e bom senso sugerem a falta de credibilidade de tal versão. **Será mesmo que uma pessoa sobre quem recai a suspeita de traficar drogas irá franquear a entrada na residência, onde está a droga escondida?** A troco de que faria isso? Se de um lado se deve, como regra, presumir a veracidade das declarações de qualquer servidor público, não se há de ignorar, por outro lado, que o senso comum e as regras de experiência merecem ser consideradas quando tudo indica não ser crível a versão oficial apresentada, máxime quando interfere em direitos fundamentais do indivíduo e quando se nota um indisfarçável desejo de se criar uma narrativa amparadora de uma versão que confira plena legalidade à ação estatal. Saliento que, em juízo, o paciente negou a ocorrência dos fatos da maneira descrita pelos policiais, ao relatar que, “estava em sua casa domingo”, “Era usuário de maconha” e que “Os policiais invadiram sua casa e encontraram a pochete de maconha” (fl. 21). Essa relevante dúvida não pode, dadas as circunstâncias concretas – avaliadas por qualquer pessoa isenta e com base na experiência cotidiana do que ocorre nos centros urbanos – ser dirimida a favor do Estado, mas a favor do titular do direito atingido (in dubio libertas). **Em verdade, caberia aos agentes que atuam em nome do Estado demonstrar, de modo inequívoco, que o consentimento do morador foi livremente prestado, ou que, na espécie, havia em curso na residência uma clara situação de comércio espúrio de droga, a autorizar, pois, o ingresso domiciliar mesmo sem consentimento do morador. Não houve, para tanto, preocupação em documentar esse consentimento, quer por escrito, quer por testemunhas, quer, ainda**

e especialmente, por registro de áudio-vídeo. Tenho, assim, que a descoberta a posteriori de uma situação de flagrante decorreu de ingresso ilícito na moradia do paciente, em violação a norma constitucional que consagra direito fundamental à inviolabilidade do domicílio, o que torna imprestável, no caso concreto, a prova ilicitamente obtida e, por conseguinte, todos os atos dela decorrentes e a própria ação penal, apoiada exclusivamente nessa diligência policial (Sem grifos no original).

Diante do contexto fático apresentado, o STJ declarou a nulidade das provas produzidas com base no que dispõe o artigo art. 5º incisos XI e LVI, ambos da Constituição Federal, porquanto tenha ocorrido violação ao domicílio do paciente, uma vez que não houve *situação de flagrante delito*, bem como *não houve consentimento do morador*. Sendo assim, as provas obtidas por meio da medida invasiva foram consideradas ilícitas e todas as que delas decorreram.

Nesta altura, é importante registrar que até certa medida, a decisão do STJ é irretocável, isto é, diante dos fatos constitutivos apresentados, é evidente que prova produzida foi ilegal.

O *busílis* não é este, mas, sim, os avanços interpretativos pretendidos pelo ministro ao determinar que os procedimentos policiais, a partir do julgamento, fossem obrigatoriamente gravados.

3 O ATIVISMO JUDICIAL BRASILEIRO

O tema do ativismo judicial sempre foi objeto de intenso debate na doutrina nacional e internacional. No Brasil, a questão assume novos contornos, de modo que é preciso situar o debate na perspectiva nacional, compreendendo o que se entende por ativismo na doutrina e na prática judicial brasileira.

Importante pontuar, que embora este não seja o objeto deste trabalho, é possível raciocinar que a partir de 2018³, o ativismo judicial não deve (e não pode)

³ Em verdade, em termos de crise política, o ano de 2013 foi decisivo. Neste sentido, conferir: VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes: Da transição democrática ao mal-estar constitucional**. São Paulo: Companhia das Letras. 2019

ser mais analisado somente na perspectiva dogmática jurídica, mas principalmente da ciência política.

O ativismo judicial passou a ser pauta ideológica de determinados grupos, para enfrentar os avanços (ou supostos) do Supremo Tribunal Federal. Quando a questão deixa de ser meramente jurídica - se que é possível se falar em questão exclusivamente jurídica - o assunto ganha outras proporções, tendo em vista que o ativismo, invariavelmente, desemboca na disputa da legitimação ou na redução do Poder Judiciário.

Desse modo, a fim de se contrapor às decisões judiciais, determinados grupos utilizam-se do termo "ativismo judicial" de forma altamente retórica, para não se dizer simplista e rasa. A contenda assume, assim, um viés ideológico e de difícil controle, considerando que o nome "ativismo judicial" acabou por se popularizar no debate público, tornando-se cada vez mais complexo a sua definição (em termos de investigação jurídica).

Contudo, se para criticar determinadas decisões, que não atendem previamente aos interesses de determinados grupos políticos ou sociais, os "combatentes" do ativismo judicial, flertam com o autoritarismo; a questão caminha a passos largos para a disputa indecente de narrativas rasas (e perigosas).

Em outros termos, se para criticar o Supremo Tribunal Federal, o indivíduo lança mão de uma interpretação teatral (barata) de ser um veemente opositor do "ativismo judicial", mas, em contrapartida, se deita com o autoritarismo, como por exemplo, proferindo discursos conclamando o fechamento da Suprema Corte⁴, a pauta se assemelha a linha de Carl Schmitt (2007, p. 89), onde "(...) o Estado suspende o Direito por fazer jus à autoconservação".

Porém, conforme já dito, é preciso socorrer-se em alguma estrutura conceitual – *agora sim, limitando-se ao Direito*.

Julio Grostein (2019) em estudo descritivo e comparativo entre o ativismo judicial no Brasil e nos Estados Unidos, informa que no debate americano a ideia de

⁴ Neste sentido: ABBOUD. Georges. **Ativismo Judicial**: os perigos de se transformar o STF em inimigo ficcional. São Paulo: RT. 2022.

controle de constitucionalidade abarca a problemática do ativismo, onde alguns juristas americanos associam de forma direta a prática ativista com a ideia de controle de constitucionalidade.

No Brasil, com as ressalvas feitas acima, a expressão não está ligada necessariamente a esta ideia, devido a longa tradição brasileira acerca do controle de constitucionalidade, inclusive devidamente positivado na Constituição Federal e em diversas leis infraconstitucionais.

Desse modo, quanto ao direito brasileiro, o ativismo pode se manifestar por intermédio do controle de constitucionalidade propriamente dito, mas não há uma relação de *causa* e *efeito*. Em verdade, existindo decisão judicial é possível ocorrer prática ativista.

Grostein (2019) também demonstra que, no Brasil, há pouco rigor técnico na definição (dogmática) do que vem a ser ativismo judicial, porém, identifica a possibilidade de três posturas dentro da doutrina nacional, sendo elas: (i) aberturas dos alcances "impostos ao Judiciário pelo próprio ordenamento jurídico, sobretudo quando a função jurisdicional ultrapassa suas balizas para invadir a função legislativa" (2019, p. 53), (ii) "julgamento com base em proposições valorativas ou ideológicas do julgador" (2019, p. 53) e (iii) "criação judicial do direito" (2019, 54).

O referido autor acrescenta, ainda, que cada uma destas definições supracitadas, a depender do país em que serão analisadas, guardam algumas peculiaridades.

Porém, na perspectiva teórica abordada neste trabalho, ou seja, sob o parâmetro da crítica hermenêutica do direito⁵, quaisquer das categorizações descritas

⁵ Não cabe neste artigo definir detidamente todos os contornos que embasam a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD). Contudo, em linhas gerais, a CHD, procura romper com a hermenêutica jurídica tradicional, que em boa parte está solidificada nos pilares filosóficos da *metafísica clássica* e *filosofia da consciência*. Por meio da fenomenologia hermenêutica, Lenio Streck (2021, p.19), no livro *Hermenêutica Jurídica em Crise*, realiza uma fusão, pela qual "o horizonte do sentido é dado pela compreensão (Heidegger) e ser que pode ser compreendido é linguagem (Gadamer), onde a linguagem não é simplesmente objeto, e sim, horizonte aberto e estruturado e a interpretação faz surgir o sentido". Aliado a essas ideias, Lenio Streck, também *retrabalha* com inúmeras ideias de Ronald Dworkin, na medida em que afirma ser possível distinguir boas e más decisões, visto que "juizes também devem aceitar uma restrição independente e superior, que decorre da integridade, nas decisões que tomam", conferindo uma "blindagem contra a discricionariedade (pode-se chamar isso

acima podem ser comprimidas, em maior ou menor grau, *à vontade do juiz em detrimento da legalidade*.

Como se verá no próximo tópico, a ideia de interpretação como “ato de vontade” (do magistrado), possui raízes filosóficas neokantianas, e na lógica da teoria do direito, está anexa ao positivismo normativista de Hans Kelsen.

Por tudo isso, o debate profícuo, a nosso ver, quando se fala em ativismo consiste em investigar o seguinte: interpretar é um ato de vontade do intérprete (juiz) ou a implicação de compreender as “constantes suspensões de pré-juízos que constitui a perseguição da melhor (ou correto) sentido para interpretação?” (TASSAINARI, 2013, p.56).

Conforme dito, na perspectiva epistemológica da crítica hermenêutica do direito e na fenomenologia hermenêutica, a postura ativista, relaciona-se a dois conceitos refletidos por Lenio Streck (2021), sendo eles: *solipsismo* e *voluntarismo*.

O solipsismo consiste numa postura filosófica, na qual o conhecimento é adquirido por meio da consciência do indivíduo (filosofia da consciência), onde “o sujeito que se basta a si próprio” (STRECK, 2021, p. 411), de modo que a subjetividade é o *meio* que possibilita a informação, ignorando o contexto histórico-social.

de segurança jurídica – e com a grande preocupação contemporânea do direito: a pretensão da legitimidade” (2012, P. 352). Importante pontuar, que a maior parte dos autores (Clarissa Tassainari, Rafael Thomaz e Georges Abboud) referenciados neste artigo, de uma forma ou de outra, estão ligados a CHD. Para uma visão integral sobre a CHD, ver: STRECK. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4 ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

A vontade ostenta a postura de “*ser-o-tudo*”⁶. Transplantando esse modo de pensar para o Direito, Lenio Streck afirma que:

No plano da interpretação-aplicação do Direito esse fenômeno se dá de forma explícita, **quando o juiz não aceita ser constrangido pela linguagem pública, no interior da qual o Direito se constrói democraticamente** (claro, se estivermos falando no âmbito do Estado Democrático de Direito). É nesse sentido que surge a tese que o juiz pode decidir conforme seu livre convencimento ou consciência (STRECK, 2021, p. 412). (Sem grifos no original).

O voluntarismo, de seu turno, está diretamente relacionado ao solipsismo, uma vez que o Direito, será aquilo que os *juízes dizem que é*, reduzindo o fenômeno da norma – produzida democraticamente – para um ato de poder. (STRECK, 2013)

Por oportuno, ativismo judicial, como o próprio nome sugere, ocorre quando o magistrado, ultrapassa os limites semânticos, e “ativa” suas convicções pessoais (solipsismo), reduzindo o Direito em um ato de poder (voluntarismo).

Desta forma, falar em ativismo judicial, é falar em “(...) teoria do direito. Mais precisamente de teoria da interpretação, na medida em que sua análise e definição dependem do modo como se olha para o problema da interpretação no Direito” (TASSINARI, 2013, p. 56).

Georges Abboud (2022, p. 75) explica que o ativismo judicial, pode ser avaliado do ponto de vista *micro* e *macro*. No primeiro caso, há suspensão da legalidade como ato decisório e no segundo caso, advém o “agigantamento” do poder judiciário em face dos outros poderes, sem qualquer respaldo.

⁶É possível enxergar este *modo de pensar* em alguns filósofos, onde a *interpretação* deságua no *relativismo*, ou seja, a interpretação seria apenas “um ponto de vista” de que (sujeito) interpreta. Foi neste sentido que o filósofo alemão Friedrich Nietzsche afirmou que “**não há fatos, apenas interpretações**”. Friedrich Nietzsche acaba por reduzir *a questão da verdade* e da *moral* apenas ao *ato de vontade do ser humano*. Este modo de pensar irá compor toda sua *estrutura filosófica*, como por exemplo, nas seguintes passagens de diferentes livros: “Nós, nós somente, inventamos as causas, as sucessões, a relatividade, a necessidade, o número, a lei, a liberdade, o motivo, o fim; e se misturamos às coisas reais este mundo de signos como “em si”, continuamos fazendo mitologia; como sempre fizemos. **A vontade determinada é mitologia; na vida real existem apenas vontades débeis**” (NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm, Além do bem e do mal: prelúdio de uma filosofia do futuro – Trad. Mário Ferreira dos Santos. 3.ed. Petrópolis, RJ: Vozes. 2013, p. 33) e “**não há fatos eternos, assim como não há verdades absolutas**” (NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. Humano, Demasiado Humano. 2 ed. São Paulo: Companhia das letras. 2014, p. 78).

Abboud conclui que, por meio da discricionariedade judicial, o ativismo se legitima, uma vez que há a “utilização das convicções pessoais do julgador, em detrimento das fontes normativas” (ABBOUD. 2022, p. 75-76).

Infere-se, portanto, a partir das reflexões e conceitos acima trabalhados, que o teor da decisão do STJ, notadamente o voto do ministro Rogério Schetti, amolda-se, como melhor se verá adiante, à *vontade (do juiz)* de ver *projetado* na norma, aquilo que se *acredita* ser o mais correto.

4 ATIVISMO E A SUPOSTA MOLDURA NORMATIVA

Preceitua o artigo 5º, inciso XI, da Constituição da República Federativa do Brasil, que a *casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.*

Em seu voto, o ministro Rogério Schitti pontua que se a situação não indicar situação de flagrância e demais exceções constitucionais, é preciso – *como afirma a primeira parte do inciso* – o consentimento do morador. Na sequência, relembra casos julgados nos Estados Unidos e na França, sobre a forma como pode ocorrer este consentimento.

Na sequência, invocando a jurisprudência (súmula vinculante nº 11 e RE nº 603.616) do Supremo Tribunal Federal (STF), o ministro fundamenta que, até mesmo nos casos em que há necessidade de se algemar um indivíduo, a autoridade policial deve observar alguma formalidade, quem dirá nos casos de ingresso na residência do cidadão.

Não se olvida ser fundamental a adoção de alguma formalidade e, como bem apontou o ministro, “tal providência, aliás, já é determinada pelo artigo 245, §7º do Código de Processo Penal – analogicamente aplicável para busca e apreensão também sem mandado judicial (...)”. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, HC nº 598.051, p. 57).

Na sequência conclui:

(...) 7.1. Ante a **ausência de normatização que oriente e regule o ingresso em domicílio alheio**, nas hipóteses excepcionais previstas no Texto Maior, há de se aceitar com muita reserva a usual afirmação – como ocorreu no caso ora em julgamento – de que o morador anuiu livremente ao ingresso dos policiais para a busca domiciliar, máxime quando a diligência não é acompanhada de documentação que a imunize contra suspeitas e dúvidas sobre sua legalidade. 7.2. Por isso, avulta de importância que, além da documentação escrita da diligência policial (relatório circunstanciado), **seja ela totalmente registrada em vídeo e áudio, de maneira a não deixar dúvidas quanto à legalidade da ação estatal como um todo e, particularmente, quanto ao livre consentimento do morador para o ingresso domiciliar (...)** 8. Ao Poder Judiciário, **ante a lacuna da lei para melhor regulamentação do tema**, cabe responder, **na moldura do Direito**, às situações que, trazidas por provocação do interessado, se mostrem violadoras de direitos fundamentais do indivíduo. E, especialmente, ao Superior Tribunal de Justiça compete, na sua função judicante, buscar a melhor interpretação possível da lei federal, de sorte a não apenas responder ao pedido da parte, mas também formar precedentes que orientem o julgamento de casos futuros similares. 8.1. As decisões do Poder Judiciário – mormente dos Tribunais incumbidos de interpretar, em última instância, as leis federais e a Constituição – servem para dar resposta ao pedido no caso concreto e também para **“enriquecer o estoque das regras jurídicas” (...)** 13. **Estabelece-se o prazo de um ano para permitir o aparelhamento das polícias, treinamento e demais providências necessárias para a adaptação às diretrizes da presente decisão, de modo a, sem prejuízo do exame singular de casos futuros, evitar situações de ilicitude que possam, entre outros efeitos, implicar responsabilidade administrativa, civil e/ou penal do agente estatal”**. (Sem grifos no original)

Observa-se que, neste trecho, o ministro realizou um “salto hermenêutico”, para impor *sua visão* (solipsismo) do que é mais correto em termos de *política criminal* para a segurança pública.

Imperiosa a abertura de um pequeno parêntese, não se pretende discutir, aqui, as disparidades travadas na doutrina penalista e criminológica sob o conceito do que viria a ser “política criminal” e qual sua relação com a dogmática penal.⁷

Segundo Pierangeli e Zaffaroni (2006, p. 117), a política criminal é a ciência ou a “arte de selecionar os bens (ou direitos), que devem ser tutelados jurídica e penalmente, e escolher os caminhos para efetivar tal tutela, o que iniludivelmente implica a crítica dos valores já eleitos.” Não obstante, como é cediço, os valores

⁷ Neste sentido, destacamos: ROXIN. Claus. **Política criminal y sistema del derecho penal**. 2 ed. Buenos Aires, Hammurabi. 2002.

mencionados devem ser selecionados pelo legislador ou até mesmo pelo executivo – e não pelo judiciário.

Percebe-se que o próprio ministro, diante dos recursos disponíveis na legislação e na tradição da jurisprudência do STF, concordou que, embora inexista uma formalidade exclusiva sobre a forma de colher o consentimento do morador, há um regulamento prévio - ainda que no viés do recurso analógico - no Supremo Tribunal Federal e no próprio Código de Processo Penal.

Isso porque, o fato de a Constituição não elencar o modo como esse consentimento deve ser realizado, não autoriza, por si só, o intérprete a impor a maneira que julga/acredita ser mais válida.

Ademais, a interpretação “mais correta” deve advir da Constituição Federal e/ou do Código de Processo Penal, os quais não prevêm, como requisito para validade da entrada em domicílio, qualquer tipo de filmagem ou gravação.

Por outro lado, o próprio Supremo Tribunal Federal já havia estabelecido parâmetros para a situação acima descrita. Nesse passo, por meio do Tema nº 223, a corte indicou que as fundamentações devem ser realizadas *a posteriori*, demonstrando a autoridade policial que o flagrante era evidente e/ou que houve consentimento, devidamente formalizado, para o ingresso no domicílio.

Esclarece Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (2016, p. 39) que, a partir da edição de 1960 da *Teoria Pura do Direito*, Hans Kelsen ampliou o conceito de *interpretação autêntica*, compreendida como a realizada pelo indivíduo responsável pela aplicação da norma.

Neste sentido, importante transcrever a própria passagem de Hans Kelsen (1994, p. 369), alegando que a interpretação da norma realizada pelo órgão judiciário não é somente aquela realizada pela atividade cognoscitiva, “como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa”.

Sendo assim, é possível traçar uma relação direta entre a decisão do STJ e o modo de pensar kelseniano (e até mesmo as diversas formas de positivismo⁸), em especial a partir da edição de 1960.

Isso porque, em análise ao ordenamento jurídico posto, não se identifica qualquer passagem ou trecho que nos leve à interpretação alcançada pelo ministro. O ministro, em verdade, acabou criando um requisito que simplesmente não existe, ultrapassando, *a moldura que ele próprio invoca*.

Podemos ir adiante, porquanto até mesmo para o “núcleo duro” do positivismo (Kelsen, antes da edição de 1960), a decisão foi além⁹.

Hans Kelsen (1994, 245), em seu famigerado Capítulo VIII acaba por criar – *em razões dos standards filosóficos a qual estava filiado* – uma espécie de *metalinguagem*, realizando uma cisão entre a *interpretação da ciência jurídica (ato de conhecimento)* e do *órgão aplicador da norma (ato de vontade)*.

Desta divisão kelseniana, Clarissa Tassinari (2013, p. 58) assevera a “preocupação com o ativismo judicial é justamente que o autor não toma por prioridade em sua teoria pura (...) isto é, em sendo o ativismo judicial uma questão hermenêutica jurídica”, Kelsen adota uma postura “fatalista”.¹⁰

Ao não se preocupar com a aplicação do direito, o positivismo normativista de Kelsen se filia a:

⁸ Neste sentido: STRECK. Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**. 2 ed. Belo Horizonte: Casa do Direito. 2021, p. 263-328.

⁹ Embora este trabalho aborde exclusivamente a perspectiva (positivismo normativista) kelseniana da interpretação autêntica, há de se fazer “justiça acadêmica”, pois até mesmo para positivistas inclusivista como Herbert Hart (1996, p. 143), a questão da discricionariedade somente pode ser alegada em uma *zona de penumbra*, em construção a partir da linguagem jurídica. Em verdade, embora o positivismo tenha o problema de ausência de uma teoria da decisão judicial e da discricionariedade, o “salto hermenêutico” realizado pelo ministro, se aproxima também a uma espécie de “realismo jurídico”, já que o argumento da “moldura” foi apenas álibi para aplicar sua convicção ao caso. Para CHD (e autores como Norberto Bobbio e Manuel Rodrigues Puerto), o realismo jurídico e o positivismo jurídico (com suas varrições e particularidades), de um modo geral, se assemelham, pois reduzem o direito ao “produto da vontade”. Sob uma perspectiva positivista (se contrapondo a ideia da crítica hermenêutica do direito) do que é “ativismo judicial”, ver: TORRANO. Bruno. **Democracia e Respeito à lei: entre o positivismo, pós-positivismo e pragmatismo**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum. 2018, pgs. 282 e seguintes.

¹⁰ Sobre a “criptograma da discricionariedade judicial”, ver: STRECK. Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4 ed. São Paulo: Saraiva. 2012, pgs. 513 e seguintes.

(...) **ideia de discricionariedade do intérprete ou do decisionismo presente na metáfora da "moldura da norma"**. É nesse sentido que posso afirmar que, no que tange à interpretação do Direito, Kelsen amplia os problemas semânticos da interpretação, acabando por ser picado fatalmente pelo "agulhão semântico" de que fala Ronald Dworkin (...) Com efeito, não é sem razão que a interpretação judicial é tratada como um apêndice em sua Teoria Pura do Direito, no oitavo capítulo, é apenas apresentado o interesse para auxiliar a diferenciação entre a interpretação que o cientista do Direito realiza e aquela que os órgãos jurídicos proferem em suas decisões. Daí as conclusões de todos conhecidas: a interpretação dos órgãos jurídicos (dos tribunais, por exemplo) é um problema de vontade (interpretação como ato de vontade), **no qual o intérprete sempre possui um espaço que poderá preencher no momento da aplicação da norma (é a chamada "moldura da norma", que, no limite, pode até ser ultrapassada)**; mas a interpretação que o cientista do Direito realiza é um ato de conhecimento que pergunta — logicamente — pela validade dos enunciados jurídicos. (STRECK. 2021).

Ao agir deste modo e no contexto da noção sobre o assunto, para se interpretar a questão (e buscar uma resposta), é preciso compreender a direção dos horizontes em uma *construção intersubjetiva da tradição*¹¹, onde o próprio o STF, no Tema nº 280 de Repercussão Geral já havia fixado o seguinte posicionamento:

A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados.

À vista disso, não é necessário esforços hercúleos para se concluir que esta "justificação" mencionada pelo STF, não ocorre por meio de filmagem das operações policiais, mas por termo escrito, conforme regulamentado por inúmeras passagens do Código de Processo Penal.

Sob a influência da hermenêutica filosófica de Martin Heidegger e o antipositivismo de Ronald Dworkin, reconhece-se razão a Rafael Thomaz de Oliveira (2008, p. 238), onde os princípios funcionam como "possibilidade latente":

¹¹ Neste sentido: BONFIM, Vinícius Silva. **Gadamer e a experiência Hermenêutica**. Revista CEJ, Brasília, ano XIV, n. 49, p. 76-82, abr./jun. 2010 e DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

Não há um conteúdo definitivo ou definido para princípios como esses, mas há sempre um compromisso com decisões passadas **que deverão ser retomados nas decisões presentes e, enquanto não houver uma interrupção, continuarão a ser cumpridos**. No momento em que se tem uma quebra com esse elo que o passado nos lega, **há uma necessidade de uma intensão gasificação, que não exclua apreciação a comum-unidade dos princípios e sempre fundamenta, na medida em que for necessário, em que medida tais princípios estão sendo observados pela decisão** (Sem grifos no original).

A decisão retornou, por conseguinte, ao velho *solipsismo epistemológico*, desandando na “interpretação como ato de vontade”¹², ou seja, “em Kelsen, tanto a validade do Direito como a postura do juiz são produtos da metafísica moderna” (STRECK. 2021, p. 268).

Desta maneira, a postura “discricionária/voluntarista do juiz advém do sujeito solipsista que interpreta o mundo a partir da sua subjetividade individual” (STRECK. 2021, p 268).

Nota-se, assim, que a ideia de “moldura” evocada, em veridicidade, deságua em três “saltos hermenêuticos” (discricionariedade), contrariando a *resposta hermeneuticamente adequada à Constituição*¹³:

¹² Neste sentido: “Na medida em que, na aplicação da lei, para além da necessária fixação da moldura dentro da qual se tem de manter o ato a pôr, possa ter ainda lugar uma atividade cognoscitiva do órgão aplicador do Direito, não se tratará de um conhecimento do Direito positivo, mas de outras normas que, aqui, no processo da criação jurídica, podem ter a sua incidência: normas de Moral, normas de Justiça, juízos de valor sociais que costumamos designar por expressões correntes como bem comum, interesse do Estado, progresso, etc. Do ponto de vista do Direito positivo, nada se pode dizer sobre a sua validade e verificabilidade. Deste ponto de vista, todas as determinações desta espécie apenas podem ser caracterizadas negativamente: são determinações que não resultam do próprio Direito positivo. Relativamente a este, a produção do ato jurídico dentro da moldura da norma jurídica aplicada é livre, isto é, realiza-se segundo a livre apreciação do órgão chamado a produzir o ato. Só assim não seria se o próprio Direito positivo delegasse em certas normas metajurídicas como a Moral, a Justiça, etc. Mas, neste caso, estas transformar-se-iam em normas de Direito positivo” (KELSEN, 1994, p. 249)

¹³ “Penso que, a partir da hermenêutica filosófica – que tenho trabalho como uma *crítica hermenêutica do direito* – é possível alcançar aquilo que pode ser denominado “a resposta hermeneuticamente adequada à Constituição”, que, se assim se quiser, também pode ser chamada de “resposta correta”. Como procuro demonstrar, a interpretação do direito no Estado Democrático de Direito é incompatível com esquemas interpretativos-procedimentais que conduzam a múltiplas respostas, cuja consequência (ou origem) são discricionariedades, arbitrariedades e decisionismos” (STRECK. 2012, p. 328).

(i) na justificativa de ausência de norma, regulamentou o artigo 5º da Constituição Federal, em clara afronta ao Congresso Nacional (art. 22, inciso I¹⁴ e art. 48¹⁵) e porque não dizer, ao próprio Supremo Tribunal Federal (art. 102¹⁶);

(ii) invadiu a organização político-administrativa dos entes federativos, em especial dos Estados (art. 18¹⁷) e

(iii) buscou conferir ao *habeas corpus* (art. 5º, inciso LXVIII¹⁸) o efeito das ações do processo constitucional objetivo, em especial ADI e ADPF.

Adiante trataremos de cada um destes pontos detalhadamente.

4.1 Usurpação da competência do Congresso Nacional e do Supremo Tribunal Federal

De início, importante pontuar, que o Superior Tribunal de Justiça, evidentemente, pode realizar o *controle difuso* de constitucionalidade (não só pode, como deve).

O controle difuso, como é de conhecimento geral, está disponível a todos os juízes, e conseqüentemente, aos ministros do Superior Tribunal de Justiça. Porém, não havia *qualquer inconstitucionalidade* a ser alegada, bem como não havia

¹⁴ **Art. 22º.** Compete privativamente à União legislar sobre: (...) I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho.

¹⁵ **Art. 48º.** Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União (...).

¹⁶ **Art. 102.** Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe I - processar e julgar, originariamente: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (...) II - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição. d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

¹⁷ **Art. 18º.** A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

¹⁸ **Art. 5º** (...) LXVIII - conceder-se-á "*habeas-corpus*" sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.

qualquer omissão legislativa sendo questionada no *Habeas Corpus* objeto deste estudo.

E caso houvesse, deveria ser realizada por meio dos instrumentos constitucionais adequados. Nesta segunda hipótese, também não caberia ao STJ definir a celeuma, mas ao Supremo Tribunal Federal.

Ao Superior Tribunal de Justiça, no máximo, caberia declarar a ilegalidade das provas produzidas. Ademais, caso houvesse a pretensão de avançar na interpretação quanto ao que se entende por consentimento do morador, tecnicamente, deveria esclarecer qual dispositivo do Código de Processo Penal considerava inconstitucional.

Feito isso, na sequência, deveria demonstrar, com base na Constituição Federal e na tradição da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, quais seriam os meios admitidos de materializar o consentimento do morador, sem jamais excluir as outras hipóteses, ou fixar que o consentimento somente pode ser realizado por meio da filmagem das operações policiais.

Como bem pontuou o ministro Luiz Fux, relatando o acórdão:

(...) no presente caso, houve verdadeira interpretação do artigo 5º, XI, da Constituição, **visto que a Corte de origem não se restringiu à análise fática da conduta policial**, mas sim impôs requisitos a serem observados para que o **consentimento do morador seja considerado válido, além de determinar medidas concretas ao Poder Público, a fim de viabilizar o cumprimento desses pressupostos pelos agentes estatais** (sem destaques no original)

Destaque importante feito pelo referido relator, que perfilhou a repercussão geral do Tema n. 1.208, no seio do Recurso Extraordinário n. 1.368.160/RS.

4.2 Da usurpação da organização político-administrativa dos entes federativos, em especial dos Estados: o funcionamento da segurança pública

A Constituição Federal, em seu artigo 144, §7º, estabelece que as questões envolvendo a segurança pública, como é o caso da exigência de realizar filmagens das operações policiais, deve ser concretizado por **lei**:

Art. 144. A **segurança pública**, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: (...) § 7º **A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades** (sem destaques no original).

Desmistificando a ideia de moldura mencionada pelo STJ, verifica-se mero *solipsismo* e *voluntarismo*, reduzindo o fenômeno da norma – que deve ser produzida democraticamente – para um *ato de poder*, onde o ministro aplica a sua visão do que deve ser implementado na política de segurança pública.

Ao agir deste modo, o órgão aplicador, sob o álibi da moldura da norma de Kelsen (decisionismo), “procura colocar a reflexão jurídica nos trilhos da subjetividade (...) em confrontação com o direito produzido democraticamente” (STRECK. 2012, p. 46).

A exigência de aparelhamento de todas as forças policiais perpassa pela necessidade de criação de um sistema de dados que permita o armazenamento das respectivas imagens. Logo, há clara interferência na decisão orçamentária, em clara afronta à organização político-administrativa dos entes federativos.

Da forma como foi julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, o assunto provavelmente seria direcionado para os questionamentos sobre a *ilicitude da prova*, ocasionando efeitos imprevisíveis sobre inúmeros processos criminais.

Além dos equívocos já apontados, a decisão, se mantida, afrontaria a *multifuncionalidade dos direitos fundamentais* (FELDENS, 2005), na perspectiva do *dever de proteção*. Pertinentes são as observações de Ingo Sarlet (2008, p. 53):

Com efeito, para efetivação de seu dever de proteção, o Estado – por meio de um dos seus órgãos ou agentes – pode acabar por afetar de modo desproporcional um direito fundamental (inclusive o direito de quem esteja sendo acusado da violação de direitos fundamentais de terceiros). Esta

hipótese corresponde às aplicações correntes do princípio da proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade das medidas restritivas de direitos fundamentais que, nesta perspectiva, atuam como direitos de defesa, no sentido de proibições de intervenção (portanto de direitos subjetivos em sentido negativo, se assim preferirmos). O princípio da proporcionalidade atua, nesse plano (o da proibição de excesso) como um dos principais limites às limitações dos direitos fundamentais.

A ideia basilar é impedir que a tutela penal (materializada no processo penal) não interfira demasiadamente, afetando a liberdade do cidadão, ou seja, a proporcionalidade com via de acesso por meio da proibição de excesso (*Übermassverbot*).

Em contrapartida, não pode ficar a tutela penal aquém daquilo que é estabelecido pela Constituição, funcionando o recurso da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*).

A proibição de *proteção deficiente* antepara que o legislador penal abdique livre e absolutamente (arbitrariamente) ao uso do Direito Penal e as implicações “protetoras que ele deriva quando diante de um bem jurídico de inquestionável magnitude, superior, inclusive, àqueles cuja proteção penal é constitucionalmente requerida” (FELDENS, 2005, p. 116-119).

O supracitado raciocínio também se aplica para atividade judicante, tendo em vista que não cabe ao magistrado a construção de *regulamentação processual* sem aprovação do parlamento. Permitir que isso ocorra significa deixar à mercê inúmeros processos criminais à margem da legalidade (por uma *regra construída arbitrariamente*).

4.3 Da utilização do habeas corpus como sucedâneo de controle abstrato de constitucionalidade

Em derradeiro, por meio do *habeas corpus*, que sequer era coletivo, (ou seja, discutia-se apenas os interesses individuais do paciente), o STJ criou regra para operações policiais de todo o país, com as dimensões geográficas do Brasil.

A obrigatoriedade que empregou o STJ no HC, adicionou ao referido remédio constitucional, efeitos das ações voltadas para o controle de constitucionalidade.

A ministra Laurita Vaz em seu voto, embora tenha demonstrado preocupação com as diretrizes levantadas pelo relator, ainda se manteve presa a ideia, alegando que:

Sem embargo, gostaria de trazer a debate uma preocupação, não com a solução do caso em si, mas com as recomendações – todas muito bem elaboradas e pensadas –, porque, salvo melhor juízo dos meus ilustres pares, pressupõem uma realocação de investimentos e reestruturação das polícias, ação que, penso eu, não seja viável em prazo tão exíguo, notadamente em face da notória retração da economia decorrente da pandemia e, por conseguinte, da arrecadação de tributos. Isso sem falar nas prioridades estabelecidas em cada uma das Unidades da Federação, **distribuídas em um território de dimensões continentais, com realidades muito distintas. Em todo caso, penso que esta questão ganharia mais força se fosse levada à apreciação da Terceira Seção, razão pela qual sugiro que, oportunamente, o tema seja submetido à deliberação do Colegiado mais amplo.** Portanto, Senhor Presidente, rendendo, mais uma vez, minhas sinceras homenagens ao substancial voto trazido pelo eminente Ministro Rogerio Schietti, meu voto é pela concessão da ordem nos termos consignados pelo Relator, mas sugerindo a dilação desse prazo Superior Tribunal de Justiça quiçá 12 meses – para implementação das referidas diretrizes, aguardando, em todo caso, a oportuna afetação desse tema, em outro processo, para julgamento da Terceira Seção. (Voto Vogal - HABEAS CORPUS Nº 598.051 - SP (2020/0176244-9)). (Sem grifos no original).

A questão, por fim, chegou ao STF (RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.342.077) e como bem pontuou o ministro Alexandre Moraes, além de haver uma clara afronta ao princípio da legalidade, o *habeas corpus* “não admite o emprego de forma abrangente e totalmente genérica”, quiçá ordenando a “implantação obrigatória de medidas não previstas em lei e que são atinentes à organização administrativa e orçamentária dos órgãos de segurança pública das unidades federativas”.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme dito, no HC nº 598.051 a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça determinou que os agentes policiais, ao adentrarem em uma residência para

averiguar a ocorrência de crime e, não havendo mandado judicial, precisam registrar a autorização do habitador em vídeo e áudio, como mecanismo de não deixar dúvidas sobre o seu consentimento.

Não se desprezam as razões invocadas pelo ministro Rogério Schietti, mas suas preocupações, embora legítimas, devem ser resolvidas no âmbito do debate democrático, da política.

Do ponto de vista jurídico e na perspectiva da crítica hermenêutica do direito, o pensamento do ministro ainda é umbilicalmente ligado à interpretação como ato de poder, nas figuras do solipsismo e voluntarismo.

Com isso, sua decisão afronta diretamente o princípio da legalidade e a separação de poderes, já que não há qualquer embasamento normativo, tendo em vista que houve a criação de uma norma, assemelhando-se, no aspecto das necessidades de filmagens, a *interpretação autêntica kelseniana* (pós 1960).

Em verdade, no plano da decisão judicial, o que a crítica hermenêutica do direito tem a propor "é que o positivismo jurídico, ao admitir a discricionariedade (e a possibilidade de o juiz lançar mãos aos diversos argumentos de moralidade) acaba por aceitar, na prática judiciária, posturas subjetivistas do juiz." (STRECK. 2021, p. 270).

Políticas de segurança pública sempre foram (e sempre serão) um fenômeno complexo. A superioridade normativa da Constituição existe justamente para delimitar o que deve ser considerado, tanto no âmbito político quanto no âmbito jurídico.

Se o contexto hermenêutico, em uma etapa de *Constitucionalismo Contemporâneo*,¹⁹ calcado na força normativa das normas constitucionais, fortaleceu

¹⁹ Para *crítica hermenêutica do direito* a nomenclatura *neoconstitucionalismo* gerou inúmeros equívocos, pois institucionalizou a recepção acrítica da jurisprudência dos valores, a teoria da argumentação de Robert Alexy e o ativismo judicial norte americano. A partir destas reflexões, Lenio Streck opta por nominar de *Constitucionalismo Contemporâneo*, a fim de evitar mal-entendidos com o neoconstitucionalismo. Nessa medida pode-se dizer que o "Constitucionalismo Contemporâneo representa um redimensionamento na práxis político-jurídica, que se dá em dois níveis: no plano da teoria do Estado e da Constituição, com o advento do Estado Democrático de Direito, e no plano da teoria do direito, no interior da qual se dá a reformulação da teoria das fontes (a supremacia da lei cede lugar à onipresença da Constituição); na teoria da norma (devido à normatividade dos princípios)

a jurisdição (constitucional), este mesmo movimento não autoriza que *os elementos pessoais de cada juiz* se tornem artefato propulsor das decisões judiciais.

Portanto, não se olvida da necessidade de contenção dos abusos policiais²⁰ por parte da categoria, bem como não se furta da imprescindibilidade de criação de paradigmas operacionais eficientes e compatíveis com Estado Democrático de Direito, todavia, não é por meio de decisão judicial que a solução será efetivada.

Encerra-se o presente artigo, por oportuno, com o bom e velho ditado popular: “a diferença entre o remédio e o veneno é a dose”.

REFERÊNCIAS

ABBOUD. Georges. **Ativismo Judicial**: os perigos de transformar o STF em inimigo ficcional. São Paulo: RT. 2022.

BRASIL. **DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941**. Código de Processo Penal. Presidência da República Casa Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em 14 ago. 2022.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DE 1988**. Presidência da República Casa Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 14 ago. 2022.

e na teoria da interpretação (que, nos termos que proponho, representa uma blindagem às discricionariedades e aos ativismos). Todas essas conquistas devem ser pensadas, num primeiro momento, como continuadoras do processo histórico por meio do qual se desenvolve o constitucionalismo. Com efeito, o constitucionalismo pode ser concebido como um movimento teórico jurídico-político em que se busca limitar o exercício do Poder a partir da concepção de mecanismos aptos a gerar e garantir o exercício da cidadania” (STRECK. 2012, p. 37).

²⁰ Lei nº 13.869, DE 5 DE SETEMBRO DE 2019 (Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade): Art.22. **Invadir ou adentrar, clandestina ou astuciosamente, ou à revelia da vontade do ocupante, imóvel alheio ou suas dependências, ou nele permanecer nas mesmas condições, sem determinação judicial ou fora das condições estabelecidas em lei**: Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. § 1º Incorre na mesma pena, na forma prevista no **caput** deste artigo, quem: I - coage alguém, mediante violência ou grave ameaça, a franquear-lhe o acesso a imóvel ou suas dependências; II - (VETADO); III - cumpre mandado de busca e apreensão domiciliar após as 21h (vinte e uma horas) ou antes das 5h (cinco horas). § 2º Não haverá crime se o ingresso for para prestar socorro, ou quando houver fundados indícios que indiquem a necessidade do ingresso em razão de situação de flagrante delito ou de desastre.

BONFIM, Vinícius Silva. **Gadamer e a experiência Hermenêutica**. Revista CEJ, Brasília, ano XIV, n. 49, p. 76-82, abr./jun. 2010.

DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GROSTEIN, Julio. **Ativismo Judicial: análise comparativa do direito constitucional brasileiro e norte-americano**. São Paulo: Almedina. 2019.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo, Martins Fontes, 1994.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Além do bem e do mal: prelúdio de uma filosofia do futuro** – Trad. Mário Ferreira dos Santos. 3.ed. Petrópolis, RJ: Vozes. 2013.

_____. **Humano, Demasiado Humano**. 2 ed. São Paulo: Companhia das letras. 2014, p. 78).

PIERANGELI, José Henrique, ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 6ª Ed. Vol. 01 São Paulo: RT, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o Direito Penal e os direitos fundamentais entre proibição excessiva e de insuficiência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. a. 12. v. 47, mar-abr 2008.

SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey. 2006.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Súmula Vinculante nº 11**. DJe nº 157 de 22/08/2008, p. 1. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula760/false>

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário nº 603.616**. DJe-093 DIVULG 09-05-2016 PUBLIC 10-05-2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur347757/false>. Acesso em 14 ago. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 1.342.077**. DJE nº 63, divulgado em 31/03/2022. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6240793>. Acesso em 14 ago. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Tema 280 - Provas obtidas mediante invasão de domicílio por policiais sem mandado de busca e apreensão**. Data de Publicação DJE 10/05/2016 – Ata Nº 66/2016. DJE nº 93, divulgado em 09/05/2016. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=3774503&numeroProcesso=603616&classeProcesso=RE&numeroTema=280>. Acesso em 14 ago. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Tema 1208 - Pressupostos de validade do consentimento do morador para a busca e apreensão domiciliar**. Pendente de julgamento. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=6344041&numeroProcesso=1368160&classeProcesso=RE&numeroTema=1208>. Acesso em 14 ago. 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **HC nº 598.051**. DJe 15/03/2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28HC.clas.+e+%40num%3D%22598051%22%29+ou+%28HC+adj+%22598051%22%29.suce>. Acesso em 14 ago. 2022.

OLIVEIRA. Marcelo Andrade Cattoni. **Processo Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum. 6 ed. 2016.

OLIVEIRA. Rafael Tomaz. **Decisão Judicial e o Conceito de Princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008

ROXIN. Claus. **Política criminal y sistema del derecho penal**. 2 ed. Buenos Aires, Hammurabi. 2002.

STRECK. Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**. 2 ed. Belo Horizonte: Casa do Direito. 2021.

_____. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2021.

_____. **Verdade e Consenso**. 4 ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2010.

_____. **A pureza do direito kelseniano.** Revista Estado da Arte. Estadão. 2021. Disponível em: <https://estadodaarte.estadao.com.br/pureza-kelsen-streck/>. Acesso em 27 de ago de 2022.

TASSINARI. Clarissa. **Judicialização e Ativismo Judicial: limites da atuação do Judiciário.** Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013.

VIEIRA. Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes: Da transição democrática ao mal-estar constitucional.** São Paulo: Companhia das Letras. 2019.