

# SÉRIE MONOGRAFIAS DO CEJ

*Victor Roberto Corrêa de Souza*



## **A credibilidade de Têmis e a argumentação jurídica: medidas endojudiciais e extrajudiciais**

## CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL

Ministro Francisco Falcão  
Presidente

Ministra Laurita Vaz  
Vice-Presidente

Ministro Og Fernandes  
Corregedor-Geral da Justiça Federal e  
Diretor do Centro de Estudos Judiciários

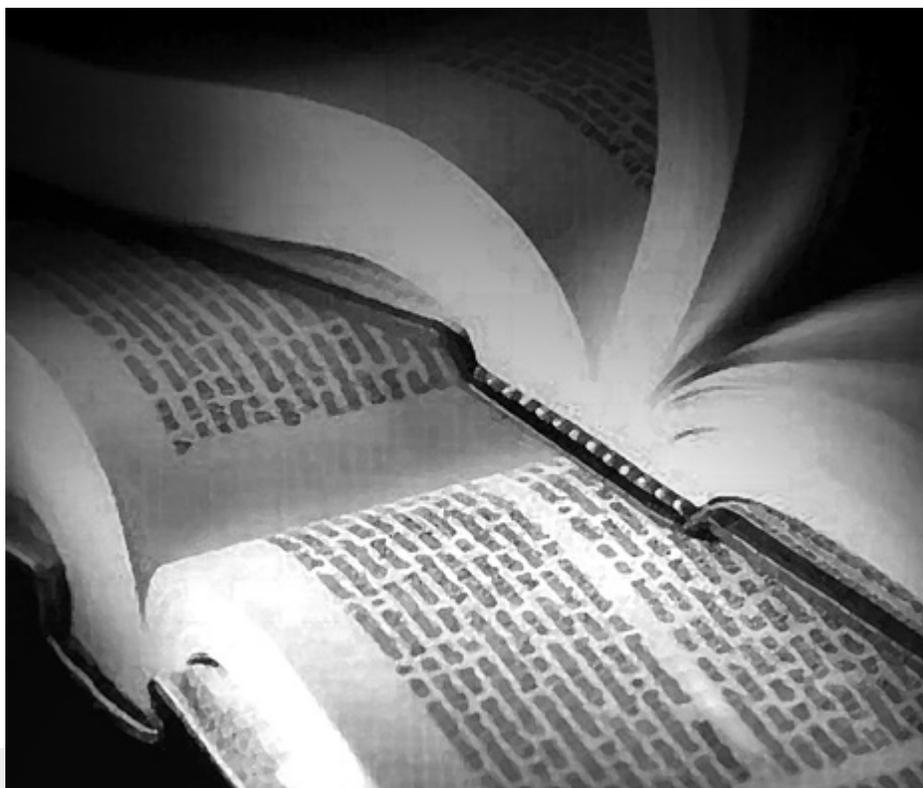
Ministro Mauro Luiz Campbell Marques  
Ministro Benedito Gonçalves  
Desembargador Federal Hilton José Gomes de Queiroz  
Desembargador Federal Poul Erik Dyrlund  
Desembargadora Federal Cecília Marcondes  
Desembargador Federal Luiz Fernando Wowk Penteado  
Desembargador Federal Rogério de Meneses Fialho Moreira  
Membros Efetivos

Ministro Raul Araújo  
Ministro Paulo de Tarso Vieira Sanseverino  
Ministra Maria Isabel Diniz Gallotti Rodrigues  
Desembargador Federal Italo Fioravanti Sabo Mendes  
Desembargador Federal Reis Friede  
Desembargador Federal Mairan Maia  
Desembargador Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz  
Desembargador Federal Francisco Roberto Machado  
Membros Suplentes

Juiz Federal José Antonio Savaris  
Secretário-Geral

Eva Maria Ferreira Barros  
Diretora-Geral

**SÉRIE MONOGRAFIAS DO CEJ**



**A credibilidade de Têmis e a  
argumentação jurídica:**  
medidas endojudiciais e extrajudiciais

***Victor Roberto Corrêa de Souza***

## CONSELHO EDITORIAL DO CEJ

### Presidente

*Ministro Og Fernandes*

Diretor do Centro de Estudos Judiciários

### Membros

*Ministro Napoleão Nunes Maia Filho*

Superior Tribunal de Justiça

*Ministro Nefi Cordeiro*

Superior Tribunal de Justiça

*Ministro Raul Araújo Filho*

Superior Tribunal de Justiça

*Desembargador Federal Aluisio Gonçalves de Castro Mendes*

Tribunal Regional Federal da 2ª Região – Rio de Janeiro-RJ

*Desembargadora Federal aposentada Margarida de Oliveira Cantarelli*

Tribunal Regional Federal da 5ª Região – Recife-PE

*Juiz Federal João Batista Lazzari*

Seção Judiciária do Estado de Santa Catarina

*Desembargador José Renato Nalini*

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

*Desembargador Pedro Manoel Abreu*

Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

*Professor Doutor Cesar Luiz Pasold*

Universidade do Vale do Itajaí-Univali – Florianópolis-SC

*Professor Doutor Ingo Wolfgang Sarlet*

Pontifícia Universidade Católica-PUC – Porto Alegre-RS

*Professor Doutor José Rogério Cruz e Tucci*

Universidade de São Paulo-USP – São Paulo-SP

*Professor Doutor Otavio Luiz Rodrigues Junior*

Universidade de São Paulo-USP – São Paulo-SP

*Professor Doutor Roberto Ferreira Rosas*

Universidade de Brasília-UnB – Brasília-DF

*Professor Doutor Joaquim de Arruda Falcão Neto*

Diretor da Fundação Getúlio Vargas – FGV Direito – Rio de Janeiro-RJ

## SÉRIE MONOGRAFIAS DO CEJ



### **A credibilidade de Têmis e a argumentação jurídica: medidas endojudiciais e extrajudiciais**

***Victor Roberto Corrêa de Souza***

Copyright © Conselho da Justiça Federal – 2016

Tiragem: 2.000 exemplares

É autorizada a reprodução parcial ou total desde que citada a fonte.

As opiniões expressas pelos autores não são necessariamente reflexo da posição do Conselho da Justiça Federal.

## EQUIPE EDITORIAL

### CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS

Ministro Og Fernandes

Diretor

Jaqueline Aparecida Correia de Mello

Secretária

Rita Helena dos Anjos

Subsecretária de Informação Documental e Editoração CEJ

### COORDENADORIA DE EDITORAÇÃO DO CEJ

Milra de Lucena Machado Amorim

Coordenadora

Ariane Emílio Kloth

Chefe da Seção de Edição e Revisão de Textos

Luciene Bilu Rodrigues

Servidora da Seção de Edição e Revisão de Textos

Dulcinéia Mendes dos Santos

Servidora da Seção de Edição e Revisão de Textos

Alice Zilda Dalben Siqueira

Servidora da Seção de Programação Visual e Arte-Final

Caio César Magalhães Olímpio

Estagiário

---

S729 Souza, Victor Roberto Corrêa de.

A credibilidade de Têmis e a argumentação jurídica : medidas endojudiciais e extrajudiciais / Victor Roberto Corrêa de Souza. – Brasília : Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2016.

239 p. – (Série monografias do CEJ ; v. 22)

ISBN 978-85-8296-015-8

1. Poder judiciário. – 2. Administração da justiça. – 3. Sistema judiciário. – 4. Lógica jurídica. – I. Título. – II. Série.

CDU 340

Às suas, aos seus, à minha.

O homem não vive sem dedicar-se a um propósito

Uma família não vive sem aos seus se dedicar.

Dedico este suor às suas famílias

Que abdicam de si a cada dedicação de um seu.

Representam a luz atemporal dos propósitos, comuns ou não

Dedicação e abdição.

Reproduzem, alguém quase sempre e qualquer, um e todos

Aos seus.

À

Minha

Aurea

Família.

## AGRADECIMENTOS

Dirijo meus agradecimentos iniciais ao professor Wilson Madeira Filho, exemplo de professor e orientador dedicado à causa acadêmica. Ele foi o responsável por me indicar como devemos evitar a defesa ideológica de preceitos corporativistas durante a pesquisa acadêmica.

Extremamente conhecedor das ciências sociais, metuculoso, detalhista, paciente, parceiro, não consigo imaginar-me, um dia, futuramente, sendo para alguém o orientador que ele foi para mim durante o trajeto desta dissertação.

Ao professor e desembargador federal Ricardo Perlingeiro, um dos maiores estudiosos da Justiça Administrativa do país, que, juntamente com Wilson Madeira, me ensinou que na vida acadêmica há sempre um ponto de vista diferente que ainda não foi analisado.

Aos professores Gilvan Nunes e Sylvia Moretzsohn,  
Amigos, Mestres, Gentis, Instigadores.

Não vejo como esse trabalho tivesse avançado sem a colaboração direta e extremamente agradável de suas opiniões e inteligências únicas.

Não conheço pessoalmente quem conheça mais da filosofia habermasiana que Gilvan.

Não conheço pessoalmente quem conheça mais de comunicação e imprensa que Sylvia.

À Leoná,  
A tranquilidade e ânimo do PPGJA, nos momentos mais difíceis.

À minha turma de Mestrado,  
Companheiros de pesquisa, parceiros em eventos acadêmicos no  
Brasil e no exterior, cultores da divergência, incentivadores.

À minha mãe e a meus filhos,  
Célia, Gabriel, Gabriela, Sophia e Vitória,  
pelo tempo familiar que deles subtraí em nome  
de um interesse coletivo.

Meu irmão, Alberto,  
modelo de pessoa estudiosa, inspiração familiar.

À melhor esposa que um marido poderia ter,  
Melhor intérprete, tradutora e leitora em primeira mão,

Meu amor,  
Bela flor que acompanha a vida deste cravo insólito,  
Aurea.

## SOBRE O AUTOR

*Victor Roberto Corrêa de Souza* é juiz federal do 11º Juizado Especial Federal da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro. É membro da Comissão de Direito da Seguridade Social da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região (EMARF), do Tribunal Regional Federal da 2ª Região. É Mestre em Justiça Administrativa da Universidade Federal Fluminense e doutorando do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (PPGJA/UFF). É professor convidado do IDS América Latina (2014-2016).

# SUMÁRIO

|   |    |
|---|----|
| ABREVIATURAS E SIGLAS .....   | 15 |
| INTRODUÇÃO .....  | 17 |
| 1. PREMISSAS SIMBÓLICAS E CONSTITUCIONAIS .....   | 23 |
| 1.1. As alegorias da justiça e da força .....   | 23 |
| 1.2. Concepções de justiça de liberais, comunitaristas e crítico-deliberativos. Os modelos simbólicos de juiz ..... | 26 |
| 1.3. Credibilidade, confiança e justiça. Constitucionalismos, modernidade e pós-modernidade .....                   | 33 |
| 1.3.1. Premissas iniciais .....   | 33 |
| 1.3.2. Mutações, o Estado e os constitucionalismos .....  | 35 |
| 1.3.3. Crises do Estado .....   | 43 |
| 1.4. A credibilidade (e suas versões) .....   | 48 |
| 1.4.1. O que é opinião pública? .....   | 51 |
| 1.4.2. Elementos do conceito de opinião pública .....   | 52 |
| 1.4.3. O processo de formação da opinião pública .....  | 60 |
| 2. PREMISSAS POLÍTICAS E JURÍDICAS .....  | 77 |
| 2.1. Argumentação jurídica e democracia .....   | 81 |
| 2.2. Argumentação jurídica, legalidades e legitimidades .....   | 84 |
| 2.2.1. A racionalidade da representação política moderna .....  | 88 |

|        |   |     |
|--------|---|-----|
| 2.2.2. | A relação social representante-representado e sua legitimidade .....  | 90  |
| 2.2.3. | (A falta de) Legitimidade e racionalidade para o entendimento dos legisladores brasileiros .....  | 91  |
| 2.3.   | A argumentação jurídica e a colaboração de outras ordens estatais: o transconstitucionalismo .....  | 94  |
| 3.     | O SUPEREGO DE TÊMIS: O APRIMORAMENTO DA JUSTIÇA A PARTIR DA JUSTIÇA. A REORGANIZAÇÃO INTERNA DO PODER JUDICIÁRIO, MEDIDAS ADMINISTRATIVAS-JUDICIAIS E MEDIDAS JUDICIAIS PROCESSUAIS .....   | 101 |
| 3.1.   | A estrutura maximizada do Poder Judiciário e sua retroalimentação .....   | 102 |
| 3.2.   | O respeito aos precedentes e à uniformidade do sistema judiciário, e a renovação dos papéis do STJ e do STF, em relação à legitimidade de suas decisões. Para uma democratização legitimadora dos órgãos superiores do sistema judiciário ..... | 106 |
| 3.2.1. | Legitimação das decisões judiciais vinculantes .....  | 110 |
| 3.2.2. | Para uma democratização legitimadora dos órgãos superiores do sistema judiciário .....  | 120 |
| 3.3.   | Isonomia processual .....   | 123 |
| 3.4.   | O processo coletivo em lugar das ações atomizadas de megaconflitos .....  | 128 |
| 3.5.   | A renovação do conceito de acesso à justiça, em face do abuso do direito de ação .....  | 133 |
| 3.6.   | Argumentação jurídica e o discurso judicial .....   | 139 |
| 3.7.   | Uma questão de poder: a execução fiscal .....   | 144 |
| 4.     | OS ARQUÉTIPOS DE TÊMIS: O APRIMORAMENTO DA JUSTIÇA PARA ALÉM DA JUSTIÇA. O PAPEL DAS DEMAIS INSTITUIÇÕES NÃO JUDICIÁRIAS, ESPECIALMENTE DAS   |     |

|   |     |
|---|-----|
| FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA E A IMPORTÂNCIA DA SOCIEDADE CIVIL .....                                       | 153 |
| 4.1. Uma questão de poderes: segurança pública e impunidade ...   | 161 |
| 4.2. A fúria nomocrática (de todos os poderes) .....  | 168 |
| 4.3. Acesso à informação .....  | 178 |
| 4.4. Meios alternativos de resolução de conflitos com a administração pública e sua adequada promoção ..... | 183 |
| 4.5. Segurança jurídica e a proteção da confiança .....   | 188 |
| 4.5.1. O princípio da proteção da confiança e suas origens .....  | 190 |
| 4.5.2. A proteção da confiança nos atos da Administração .....  | 194 |
| 4.5.3. A proteção da confiança nos atos do legislador .....   | 199 |
| 4.5.4. A proteção da confiança nas mutações jurisprudenciais .....  | 203 |
| 4.6. A argumentação jurídica e a pacificação social .....   | 210 |
| 4.6.1. Cultura da demanda e litigiosidade contida .....   | 212 |
| 4.6.2. Desigual distribuição de ônus e encargos entre litigantes habituais e eventuais .....                | 216 |
| CONCLUSÃO: POSSÍVEIS COLABORAÇÕES A UMA REVISITAÇÃO DE CONCEITOS CONSTITUCIONAIS .....                      | 223 |
| Referências .....   | 229 |

# ABREVIATURAS E SIGLAS

## A

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

AP – Ação Penal

## C

CEJ – Centro de Estudos Judiciários

CF/88 – Constituição Federal da República Federativa do Brasil, ano 1988

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CNMP – Conselho Nacional do Ministério Público

CPC – Código de Processo Civil

CPI – Comissão Parlamentar de Inquérito

## E

EC – Emenda Constitucional

## F

FGV – Fundação Getúlio Vargas

## H

HC – *Habeas Corpus*

## I

---

ICJ – Índice de Confiança da Justiça

INSS – Instituto Nacional do Seguro Social

IPCL – Índice de Percepção do Cumprimento da Lei

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada

## J

---

JEF – Juizado Especial Federal

## M

---

MS – Mandado de Segurança

## O

---

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

## R

---

RE – Recurso Extraordinário

REsp – Recurso Especial

## S

---

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

## V

---

*v.g. – verbi gratia*

# INTRODUÇÃO

Sabe-se que entre as diversas expressões do Estado-juiz aquelas que o caracterizam de modo bastante distinto em relação ao Estado-legislador e ao Estado-administrador são a obrigatoriedade de decidir de modo imperativo, impondo suas decisões, sob os escopos sociais da segurança jurídica, da distribuição de direitos e, em uma visão mais moderna, a da educação social para a percepção e exercício adequado de seus próprios direitos e respeito aos direitos alheios.

Neste compasso, para a efetividade do acesso dos cidadãos ao Estado-juiz, ou seja, para a efetividade do processo, fazendo com que o Judiciário cumpra com plenitude seus objetivos ontológicos e axiológicos, alguns pontos sensíveis foram sendo aperfeiçoados pela doutrina e pela legislação, em especial no que atine (a) à admissão ao processo (defensoria, juizados especiais, interiorização da Justiça, assistência jurídica gratuita etc.); (b) ao respeito ao devido processo legal (participação de terceiros e fiscalização da regularidade processual pelo Ministério Público); e (c) à efetividade das decisões (tutelas) e celeridade processual.

Desde a promulgação da Emenda Constitucional 45/2004, conhecida como a “Reforma do Judiciário”, vários instrumentos constitucionais e infraconstitucionais foram instituídos em prol, principalmente, da consecução do “direito fundamental à razoável duração do processo” (art. 5º, LXXVIII, CF/88), como também do direito de “acesso à Justiça” (art. 5º, XXXV, CF/88).

Com a Emenda 45, criaram-se o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público, bem como se permitiu a edição de súmulas vinculantes, por parte do Supremo Tribunal Federal em relação a matérias de índole constitucional, com efeitos *erga omnes*, inclusive sobre a Administração Pública. Havia o nítido intuito de se obter um controle disciplinar e estatístico do Poder Judiciário, bem como buscar-

-se a homogeneização das decisões, de acordo com a jurisprudência do STF, o que representaria maior credibilidade e celeridade no funcionamento da Justiça.

Mesmo antes de tal Reforma, outros instrumentos jurídicos já vinham sendo implementados com o intuito de concretizar os direitos fundamentais de acesso à Justiça e de celeridade (que também poderia ser obtida pela uniformização de entendimentos, determinada pelas instâncias superiores), tais como a antecipação de tutela, a reforma da Lei do Agravo, a criação doutrinária e legal da tutela inibitória, a ação civil pública, a ação popular, o mandado de segurança coletivo (aperfeiçoado recentemente pela Lei 12.016/2009), a reclamação constitucional e, a regulamentação do controle concentrado de constitucionalidade (ADINs e ADPFs) – trazido pelas Leis n. 9.868/99 e 9.882/99.

E, como consectários da Reforma do Judiciário, após 2004, foram estipulados novos requisitos legais a recursos judiciais, que impedem o descontrole da demanda judicial, como na implementação dos requisitos de “repercussão geral” aos recursos extraordinários (Lei 11.418/2006 e Emenda Regimental do STF n. 21/2007) e na criação de tecnologias de julgamento único de recursos especiais repetitivos no Superior Tribunal de Justiça (Lei 11.672/2008 e Resolução n. 8/2008 do STJ).

Paralelamente a essas reformas de cunho normativo, os tribunais constantemente vêm nomeando mais juízes e servidores por concursos bastante disputados que estão sempre na ordem do dia; houve uma significativa melhoria do parque tecnológico dos órgãos do Poder Judiciário; modernizou-se a sistemática de processamento dos autos, com a criação do processo virtual e das citações e intimações virtuais; foi promovida à exigência constitucional a atualização profissional constante de juízes e servidores nas temáticas de seus labores (art. 93, II, ‘c’, e VI, da CF/88).

Porém, mesmo com todo o aperfeiçoamento do sistema judiciário, e havendo a nítida ampliação da busca pela tutela judicial nas causas de interesse da Administração Pública, vemo-nos diante do seguinte problema: “Credibilidade do Judiciário continua baixa. Entenda por quê!”<sup>1</sup>

---

1 Conforme o sítio: <<http://solteagravata.com/2011/03/04/credibilidade-do-judiciario-continua-baixa-entenda-por-que/>>. Acesso em: 11 jun. 2013.

Assim, é relevante pesquisar a origem destes dilemas: por um lado, tem-se um Judiciário que se aperfeiçoa tecnicamente e materialmente, que se aprofunda cada vez mais nos problemas sociais e que é procurado cada vez mais pelos cidadãos; por outro lado, há notícias e reclamações atuais e permanentes acerca de falta de celeridade, de falta de qualidade e credibilidade, e de excesso de impunidade por parte de seus integrantes, o que deslegitimaria a função judicial. Ora, está posto o problema: por que, mesmo diante de tantas iniciativas de todos os Poderes constituídos, a fim de ampliar e acelerar o acesso à prestação jurisdicional, as pesquisas demonstram uma falta de credibilidade na Justiça?

Vale afirmar que este estudo teve como fato inspirador a publicação permanente do Índice de Confiança da Justiça – ICJ/Brasil<sup>2</sup>, estudo produzido desde 2009, pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, em regiões metropolitanas e no interior de sete Estados do país e no Distrito Federal. Tal estudo, coordenado pela professora Luciana Gross Cunha, tem sido reiteradamente divulgado na imprensa, e por meio dele a FGV tenta criar uma espécie de indicador da confiança da população entrevistada na Justiça.

Este índice, segundo o documento divulgado pela própria instituição em seu sítio eletrônico, é composto por dois subíndices: percepção e comportamento. Quanto ao ICJ-percepção, busca-se a medida da opinião da população sobre a Justiça e a forma como ela presta seu serviço, indagando-se ao entrevistado sobre sua opinião a respeito do Judiciário no que toca: (1) à confiança, (2) à rapidez na solução dos conflitos, (3) aos custos do acesso, (4) à facilidade no acesso, (5) à independência política, (6) à honestidade, (7) à capacidade para solucionar os conflitos levados à sua apreciação, e (8) ao panorama de recentes anos a respeito destes temas. Já quanto ao ICJ-comportamento, o fim é identificar a atitude direta da população em relação ao Judiciário, quanto à solução de conflitos, perquirindo-se ao entrevistado, mediante seis situações fáticas comuns e possíveis, que afirme qual seria a chance de se utilizar do Judiciário para solucionar o conflito, e em que grau de certeza ela se utilizaria da Justiça.

---

2 Conforme o sítio da FGV: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/6618>>. Acesso em: 11 jun. 2013.

Além disso, indaga-se ao entrevistado se ele já se utilizara do Judiciário, o motivo da utilização e o grau de satisfação, bem como sobre a possibilidade de uso de meios alternativos de resolução de conflitos e sobre confiança interpessoal.

Ao fim, o ICJ-Brasil final é medido através da média ponderada dos dois índices anteriormente abordados, com um peso de 70% da nota final para o ICJ-percepção e de 30% para o ICJ-comportamento, diante do número maior de questões referentes ao subíndice de percepção.

Mas, dúvidas incômodas subjazem a este estudo: será que estes índices representam adequadamente “confiança no Poder Judiciário”? Se não, o que estes números representariam?

A título ilustrativo, abaixo consta um gráfico em que se demonstra a evolução do presente índice (e seus subíndices) nos últimos anos:

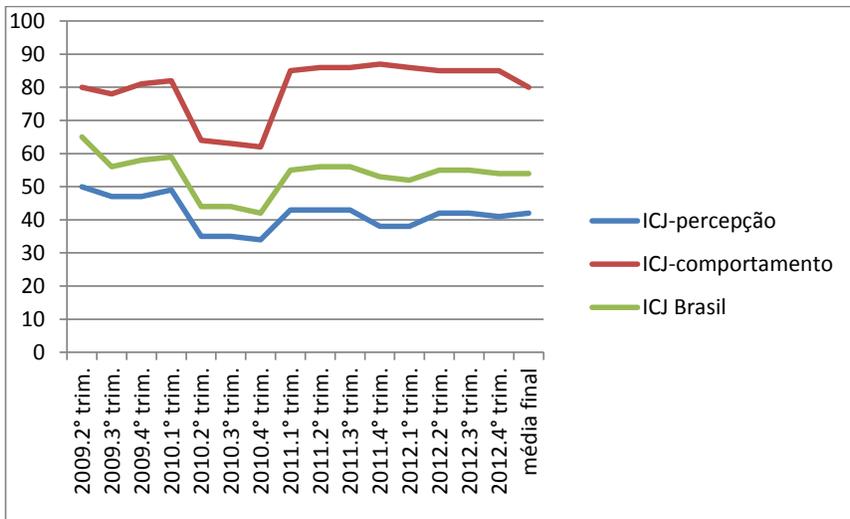


Figura 1: ICJ Brasil evoluído nos trimestres da pesquisa, entre 2009 e 2012.

O gráfico acima leva a uma constatação inicial também simples: os três índices tiveram uma queda significativa e conjunta exatamente nos quatro trimestres relacionados à eleição geral de 2010 (presidente, senadores, deputados federais, governadores de Estados e deputados estaduais), voltando a subir no início de 2011, mantendo-se aproximadamente no mesmo nível (próximo à média) desde então.

Outras pesquisas também foram utilizadas, a fim de analisar as causas e consequências das crises de credibilidade e confiança da Justiça. Números interessantes são encontrados nos dois trabalhos da FGV-Rio, denominados Supremo em Números, de 2011 e 2013. Outro estudo estatístico importante, que será citado no presente trabalho, é o denominado Índice de Percepção do Cumprimento da Lei (IPCL), realizado pela mesma equipe da FGV/SP que coordenou o ICJ-Brasil. Além disso, duas pesquisas do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, acerca do Acesso à Justiça no âmbito dos juizados especiais federais (esta em parceria com o CEJ-CJF) e do processo de execução fiscal da União, também serviram de instrumento às conclusões aqui encontradas. Somem-se a essas pesquisas realizadas no acervo de sentenças da Vara Federal de Três Rios/RJ, adiante especificadas.

Todos esses dados, especialmente os quinze relatórios do ICJ produzido pela FGV, serão analisados no decorrer do presente estudo. Assim, ao longo do trabalho serão retomadas as indagações mais pertinentes feitas no bojo de todas essas pesquisas e que tenham ligação direta com os temas desenvolvidos no texto, de acordo com cada capítulo.

Desta forma, no capítulo 1, serão abordadas as principais questões filosóficas, históricas, sociológicas e constitucionais que envolvem a análise da credibilidade de uma determinada instituição social, especialmente no que se relaciona com a Justiça. São essas premissas simbólicas essenciais à análise da evolução histórica das diversas formas de confiança e de credibilidade de determinado grupamento humano em suas instituições. Nessa oportunidade, observar-se-á a possibilidade de um estudo acerca do fenômeno social da opinião pública e de suas consequências perante a credibilidade das instituições.

No capítulo 2, será analisada a interligação entre a argumentação jurídica, a democracia, as crises de legitimidade e de ideologias políticas, e o fenômeno moderno do transconstitucionalismo, pois não há como não ser afetado, em maior ou menor grau, pela forma com a qual outras democracias lidam com seus problemas sociais e com suas instituições.

Os capítulos 3 e 4 concluem a presente pesquisa, e, na ótica de um programa de Mestrado Profissional, há a reflexão sobre posturas e medidas que podem vir a colaborar para o aperfeiçoamento da função jurisdicional

e para uma redução de eventuais crises de credibilidade. Alegoricamente, elas são separadas entre o superego de Têmis e seus arquétipos, conforme sejam medidas internas de aprimoramento da Justiça, provenientes de uma autocrítica institucional (capítulo 3); ou medidas que necessariamente dependem de aperfeiçoamentos sociais de origem externa ao Poder Judiciário e às instituições essenciais à Justiça (capítulo 4).

O trabalho de pesquisa, por fim, é concluído com a apresentação de uma síntese acerca dessas medidas endojudiciais e extrajudiciais, em busca de uma rediscussão das bases jurídicas e argumentativas do estado da arte que envolve a confiança da população na sua Justiça.

# 1 Premissas simbólicas e constitucionais

## 1.1 As alegorias da justiça e da força

Segundo a mitologia grega, Zeus, rei dos deuses, teve como sua última esposa Hera. Mas teria ele tido dois outros casamentos “cósmicos” anteriores. O primeiro foi com Métis, filha de Tétis e Oceano, que representava a inteligência e a astúcia, e tinha o dom de mudar de forma e aparência conforme sua vontade. Utilizando-se desse dom, a pedido de Zeus, Métis se transformou em uma gota d’água e foi engolida (mas mantida viva, afinal, como Deusa, não se concebe que morra) por Zeus, que tinha o receio de que fosse destronado por um filho havido com Métis, como Cronos fizera com seu avô, Urano, e o próprio Zeus fizera com Cronos. Engolindo Métis, Zeus manteve em si as qualidades que iriam para seu filho com Métis,

ou seja, a inteligência, em especial, além de toda a força e sabedoria que já lhe pertenciam.

Em outro momento, em possível sincronização de mitos, Zeus vem a se casar com Têmis, com o objetivo de manter a mais estrita organização do cosmos, de forma justa e equilibrada, uma vez que o caos imperava na geração dos Titãs. Têmis, a Justiça, é filha de Urano e Gaia, uma Titânida, e representa a manutenção de uma ordem cósmica equilibrada. A ideia é a de que os seres devem se ajustar à ordem, e a injustiça é algo provisório. Essa é a meta de toda a mitologia. Dentre os filhos de Zeus e Têmis, além das Moiras (os Destinos), dois se destacam: Eunomia (boa lei, em grego) e Diké (justa distribuição das coisas). Compreende-se, portanto, o motivo pelo qual Zeus casou-se com Têmis: ao controle da ordem cósmica por ele buscado eram insuficientes sua força e sabedoria, e a inteligência e astúcia de Métis. Era preciso ser justo, dividir igualmente os direitos, deveres, missões e honrarias, e isso é feito mediante a administração de boas e justas leis (Eunomia), distribuindo-se de forma harmoniosa os direitos e coisas (Diké).

Mas o caos, por vezes, insiste em desafiar a ordem. A roda da fortuna, a sorte e o azar, insistem em desafiar um justo equilíbrio entre os fatores de organização do cosmos. É nesse panorama que a mitologia ingressa com um novo ingrediente: os heróis. Os gregos buscam a eternidade, a luta contra a mortalidade, pela idealização de personagens que, por meio de altas façanhas gloriosas, perenizaram memórias positivas nos homens, lutando contra tudo o que representa o caos. É o caso, por exemplo, de Hércules, Teseu (primo ático de Hércules), Perseu (bisavô de Hércules), Jasão, Agamemnon, Ajax, Príamo, Odisseu, Menelau, Neoptólemo, Heitor, Belerofonte, Astianax, Aquiles, Páris, Pátroclo, Orion. Este trabalho restringir-se-á a realizar uma alegoria preliminar sobre o mito de Hércules (ou Hércules, como posteriormente afirmara a mitologia romana).

Homero e Hesíodo já citavam a lenda de Hércules, desde os séculos VIII e VII a.C., e é ele, de longe, o semideus, o herói grego mais célebre, sobretudo por sua força legendária e seu forte senso de justiça (Diké). Há inúmeras histórias a ele relacionadas, mas três delas são as mais convergentes e comuns: o fato de ser Hércules um semideus, filho de Zeus e Alcmena (uma mortal), o fato de Hera (esposa de Zeus) odiá-lo por ser fruto de mais uma traição de Zeus e inventar os doze famosos trabalhos com

esperança de que Hércules sucumbisse e o fato de sua divinização, passando de um ser humano mortal à condição de deus do Olimpo, por ocasião de sua morte apoteótica, presenciada pela própria Hera. Hércules, “*Hera-Kleios*”: a glória de Hera.

O mais importante a ser extraído desse mito de Hércules é o fato de que, ao concebê-lo com Alcmena, Zeus tinha um objetivo direto, conforme nos relatou Hesíodo: “queria, tanto para os deuses quanto para os homens, criar um defensor contra o perigo.” Hércules seria, portanto, uma espécie de mandatário de Zeus na Terra, buscando defender os homens e os deuses, da força da desordem e do caos. Essa foi a base para a filosofia estoicista de que o mundo é harmonioso, belo, bom e justo, como afirmava Cleanto e Epiteto, por exemplo. Porém, os doze trabalhos de Hércules relatam que ele fora um herói não apenas justo, forte e corajoso, mas também tirânico e violento, combatendo com brutalidade, loucura e morte, a todos e tudo que entendia perigoso à ordem justa. Essa postura se enquadraria no conceito de “*Diké*”, de ordem não no sentido de inexistência de perturbações, mas sim no sentido de harmonia, para a qual mesmo a violência se justificaria para um herói como Hércules (FERRY, 2012, p. 281).

Assim, em analogia com o mundo real moderno, como manter a ordem e a justiça, na realidade multifária e incongruente em que vivem os homens? Assim como os gregos antigos, as sociedades modernas necessitam de heróis como Hércules? De que modos a *Diké*, a *Eunomia*, e as *Moiras* poderiam permear a consciência de cada ser humano e inspirar a conduta dos homens, e em especial de cada agente público representante do Poder Público?

Essas inquietudes podem ser respondidas com um ideário que afeta a todos os humanos e que fomenta(rá) debates filosóficos desde sempre: a mortalidade e a necessidade de se deixar um legado para a eternidade. Hannah Arendt identificou com precisão esse drama humano, presente nas bibliotecas ocidentais ao menos desde a mitologia grega:

A preocupação dos gregos com a imortalidade resultou de sua experiência de uma natureza imortal e de deuses imortais que, juntos, circundavam as vidas individuais de homens mortais. Inserida em um cosmo onde tudo era imortal, a mortalidade tornou-se o emblema da existência humana. Os homens são os ‘mortais’, as únicas coisas mortais que existem, porque, ao

contrário dos animais, não existem apenas como membros de uma espécie cuja vida imortal é garantida pela procriação. A mortalidade dos homens reside no fato de que a vida individual, com uma história vital identificável desde o nascimento até a morte, advém da vida biológica. Essa vida individual difere de todas as outras coisas pelo curso retilíneo do seu movimento, que, por assim dizer, trespassa o movimento circular da vida biológica. É isto a mortalidade: mover-se ao longo de uma linha reta em um universo em que tudo o que se move o faz em um sentido cíclico. A tarefa e a grandeza potencial dos mortais residem em sua capacidade de produzir coisas – obras, feitos e palavras – que mereceriam estar e, pelo menos até certo ponto, estão confortáveis na eternidade, de sorte que por meio delas os mortais pudessem encontrar o seu lugar em um cosmo onde tudo é imortal exceto eles próprios. Por sua capacidade de realizar feitos imortais, por poderem deixar atrás de si vestígios imorredouros, os homens, a despeito de sua mortalidade individual, atingem a imortalidade que lhes é própria e demonstram sua natureza 'divina'. (ARENDDT, 2013, p. 22-23).

Assim, desde os gregos se almeja, em mitologias e alegorias heroicas representativas de força e justiça, a manutenção de 'obras, feitos e palavras', e a vitória desse legado ante a mortalidade inerente ao ser humano. No que toca à atuação da Justiça, conforme acentuam Antoine Garapon e Frederic Gros: "A palavra do juiz, depois do tempo dos debates contraditórios entre as partes adversas, observa este aspecto de *themis* no sentido primeiro do termo: decreto autoritário, definitivo, ordem categórica, edicto de Zeus, palavra eficaz dos reis de justiça, decisão irrevogável do pai de família" (GARAPON; GROS, 2002, p. 19).

É por esse motivo que se pode afirmar que, ao menos desde os gregos, se busca manter tudo o que já se produziu sobre temas como justiça, igualdade, liberdade, tanto eternos como eternizáveis. A presente pesquisa, assim como tantas outras sobre Justiça, comprova a atualidade desse projeto ocidental.

## 1.2 Concepções de justiça de liberais, comunitaristas e crítico-deliberativos. Os modelos simbólicos de juiz

François Ost, em estudo publicado em 1993 nos *Cuadernos de filosofía del derecho*, abordou a diferença interessante entre três perfis de juízes: o

juiz Júpiter (Zeus), o juiz Hércules (Héracles) e o juiz Hermes (ou Mercúrio, como diziam os romanos).

O juiz Júpiter seria aquele que adotaria o perfil da estrita legalidade. Esta seria a condição necessária e suficiente para a validade de uma determinada norma, ditada por autoridade competente, conforme os procedimentos estabelecidos, e a hierarquia normativa piramidal existente. É a boa norma, a Eunomia. A lei não deteria defeitos ou lacunas. Ao juiz Júpiter não caberia analisar questões como legitimidade e efetividade da norma, anteriores e posteriores, respectivamente, ao sistema. Entende-se, portanto, que se trata de um modelo de jurisdição liberal, positivista estrito, de feição dedutiva. Predominou entre os adeptos da hermenêutica jurídica literal da escola da Exegese, nos séculos XVIII e XIX, notabilizada pela total negação aos juízes do poder de interpretar as leis, a fim de evitar arbítrios judiciais.

O juiz Hércules, por sua vez, traz em si a fuga à generalidade e abstração da legalidade, para dar lugar à singularidade e distributividade de justiça no caso concreto (Diké), tomando como ideal o perfil de um juiz que adota como objetivo elevar-se a uma racionalidade superior, capaz de lhe conferir o poder de solucionar os casos difíceis e dominar o império do Direito e a interpretação dos direitos fundamentais, construindo o edifício jurídico da unidade do Direito. Seria a visão inversa do juiz Júpiter, com um juiz monopolista e decisionista, estudioso dos costumes e intenções legislativas, paralelamente ao direito positivo. É um modelo cuja interpretação mais importante se atribui ao professor Ronald Dworkin, como se vê do seguinte excerto de uma de suas obras:

Se um juiz aceita as práticas estabelecidas de seu sistema jurídico – isto é, se aceita a autonomia proporcionada pelas regras nítidas que constituem e regem este sistema – ele então deve, segundo a doutrina da responsabilidade política, aceitar uma teoria política geral que justifique essas práticas. Os conceitos de intenção legislativa e os princípios do direito costumeiro são artifícios para a aplicação dessa teoria política geral às questões controversas sobre os direitos jurídicos. Podemos, portanto, examinar de que modo um juiz filósofo poderia desenvolver, nos casos apropriados, teorias sobre aquilo que a intenção legislativa e os princípios jurídicos requerem. Descobriremos que ele formula essas teorias da mesma maneira que um árbitro filosófico construiria as características de um jogo. Para esse fim,

eu inventei um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas, a quem chamarei de Hércules. Eu suponho que Hércules seja juiz de alguma jurisdição norte-americana representativa. Considero que ele aceita as principais regras não controversas que constituem e regem o direito em sua jurisdição. (DWORKIN, 2010, p. 165)

De outro lado, o juiz Hermes, modelo propalado por Ost, é um perfil diferenciado, em que, através da comunicação, intermediação e circulação de informação, defende-se a impossibilidade de se monopolizar a interpretação do Direito e a impossibilidade de se menosprezar toda possível forma plural de interpretação do Direito, respeitando-se as características peculiares do sistema jurídico moderno, estabelecido em redes de circulação de sentidos, e não de circulação de verdades. O juiz Hermes, portanto, deveria estar atento, em suma: a) à multiplicidade dos atores jurídicos (em especial ao papel dos legisladores), b) às imbricações sistêmicas entre si das funções de cada poder e das relações público-privadas, c) à multiplicação dos níveis de poder, com estratificações mais amplas e localmente dispersas, e d) às modificações das modalidades de ação e decisão jurídica, para além do *permitir, proibir e obrigar*.

Esses perfis são metáforas de sistemas que não são excludentes entre si, como demonstra a realidade. O próprio François Ost já confirma que os sistemas são intercambiantes, ao afirmar que:

*Se concebirá, por ejemplo, un legislador a la escucha de lo social, receloso de integrar las sugerencias de una doctrina atenta y de una jurisprudência razonablemente creadora, capaz de modificar su texto en cada ocasión para ajustarlo a las necesidades del momento. En efecto, no está prohibido pensar que desde lo alto de su Olimpo Júpiter, dialogando con su Pueblo, le propone cualquier nueva alianza* (OST, 1993, p. 180).

Porém, ao defender o modelo de juiz Hermes, Ost propugna uma separação entre o juiz Júpiter e o juiz Hércules, indicando, respectivamente, uma superação do modelo de juiz do Estado liberal pelo modelo de juiz do Estado social do Direito, estando ambos carecedores de aperfeiçoamento, o que justificaria o modelo de sistema jurídico em rede proposto por Ost, do juiz Hermes.

O problema é que o juiz Hércules, que é apontado por Ost como representante de um Judiciário 'assistencialista', poderia praticar a Justiça sem decisionismos ou arbitrariedades, protegido por medidas de coe-

rência do sistema judiciário, pois os direitos fundamentais existem para serem defendidos, e um não intervencionismo do juiz, em alguns casos, pode significar a ruptura dessa proteção. Esses modelos foram bem analisados por Lenio Luiz Streck, contextualizando os três modelos de juízes:

[...] que não se pode cair em idealizações ou idealismos, como se fosse possível ignorar que o paradigma do Estado Democrático de Direito e o tipo de constitucionalismo instituído em grande parte dos países após o segundo pós-guerra aumentou sobremodo a demanda pela intervenção do poder judiciário (ou da justiça constitucional, na forma de Tribunais Constitucionais). Ora, isso apenas implica reconhecer que é inexorável que 'alguém decida', até para não transformar a Constituição em uma 'mera folha de papel'. Assim, em síntese, contrapor o modelo de Hermes aos modelos de Júpiter (Estado Liberal) e Hércules (Estado Social) apenas comprova o grande dilema que atravessa a metodologia contemporânea: como se interpreta e como se aplica, isto é, quais as condições que tem, o juiz ou tribunal (porque, permito-me insistir no óbvio, alguém tem que dizer por último o sentido da Constituição), para proferir as respostas aos casos em julgamento. Não parece adequada, portanto, a tese da contraposição do modelo de direito do Estado Social ao modelo de direito do Estado Liberal. Isso seria ignorar os dois pilares sobre os quais está assentado um terceiro modelo, o do Estado Democrático de Direito: a proteção dos direitos sociais-fundamentais e o respeito à democracia. (STRECK, 2010, p. 25-26)

De todo modo, partindo das premissas de que se vive, na atualidade, este terceiro modelo de Estado democrático de Direito e de que há informações de crises de confiança e credibilidade na relação entre a Justiça brasileira e os jurisdicionados, a diferenciação entre os três perfis de Justiça nos remete a algumas inquietações, não inteiramente abordadas no texto pioneiro de François Ost.

Neste sentido, listam-se: a) a pré-compreensão dos conflitos sociais por parte do juiz; b) as ideologias e valores que permeiam a estrutura e os objetivos do Poder Judiciário e afetam o seu modo de decidir; c) os interesses políticos superiores e a abertura a pontos de vistas estrangeiros que influenciam no perfil mais ou menos centralizador e juristocrático do Estado, e balizam o modo de se colocar perante os problemas e decidí-los; e d) a real possibilidade de se chegar a uma pacificação social, por meio da Justiça.

Além disso, a tese dos três modelos de Justiça precisa ser adaptada a três novas infusões hermenêutico-metodológicas que modificaram o perfil do Direito nas últimas décadas: I) a produção democrática de Constituições dirigentes comprometidas com bases axiológicas modernamente fluidas e abertas; II) a ponderação de princípios em colisão nos casos não facilmente subsumíveis às regras existentes; e III) a percepção de que o juiz é um produtor de juízos analíticos e discursivos, em uma perspectiva habermasiana. Ora, como, no caso brasileiro, a Justiça se comporta perante essas problemáticas e infusões?

Nesse sentido, o pluralismo, fundamento da maioria das sociedades liberais contemporâneas, como se percebe do preâmbulo e do art. 1º, V, da Constituição Federal, pode ser interpretado de duas formas. Ora se entende que ele significa a diversidade de concepções individuais acerca da vida digna e demais valores substantivos da vida em sociedade, ora se entende que ele assinala múltiplas identidades sociais, especificadas e únicas.

Alguns pensadores adotam o primeiro significado e descrevem as democracias como sociedades nas quais coexistem distintas opiniões individuais sobre o bem comum, enquanto outros argumentam que as sociedades modernas são necessariamente a presença de múltiplas identidades sociais e culturais, que devem ser respeitadas e consideradas de modo igualitário. Dentre os primeiros, podem ser citados John Rawls (1921-2002) e Ronald Dworkin (1931-2013), denominados representantes do pensamento liberal; enquanto os últimos são denominados comunitaristas, e nos quais se inserem Charles Taylor (1931-) e Michael Walzer (1935-).

Cecilia Caballero Lois sintetiza a dicotomia entre essas duas linhas de pensamento:

Em *Uma teoria da justiça*, Rawls procura mostrar que a justiça representa um bem intrínseco a qualquer sociedade, cuja realização é prioritária sobre todas as outras por constituir-se num parâmetro de regulação que permite realizar amplamente as capacidades dos indivíduos. Essa característica levou alguns a classificar a teoria de Rawls como neo-individualista. O movimento de retorno ao direito, conquanto tenha em Rawls seu principal representante, congrega muitos outros adeptos, todos liberais individualistas de direitos – como são chamados os liberais que defendem a supe-

rioridade dos direitos fundamentais [...]. Com efeito, os chamados antiindividualistas ou comunitaristas que se preocupam em combater arduamente o liberalismo de Rawls e Dworkin postulam a superioridade do bem comum em relação aos direitos individuais. As críticas comunitárias, apesar de ser discrepantes entre si (o que dificulta inclusive falar num 'pensamento comunitário'), revelam alguns pontos em comum: a existência de certa inadequação na concepção rawlsiana de sujeito moral, o qual seria um *eu* totalmente desligado de características provenientes da experiência empírica; a noção de sociedade de Rawls (e do liberalismo em geral), que não passaria de uma associação de indivíduos livres e independentes sem fortes vínculos entre si; e, em relação à justiça, a crítica comunitária afirma ser um grande equívoco ratificar que a justiça pode ser a primeira virtude das instituições, e essa perspectiva somente se apresentou a Rawls em razão de sua visão equivocada do homem. Segundo os comunitários, aqueles que se preocupam com questões de justiça não devem olhar para o exterior, mas para dentro de sua comunidade e descobrir as respostas em suas rotinas implícitas. (LOIS, 2005, p. 14-15).

Uma terceira via se percebe nos trabalhos daqueles que acreditam que as duas percepções acerca do pluralismo são viáveis. São os crítico-deliberativos, capitaneados pelo filósofo alemão Jurgen Habermas (2002) (1929-), que, inspirado em seus predecessores Adorno (1903-1969), Horkheimer (1998) (1895-1973) e Marcuse (1955) (1898-1979), entende que, em uma sociedade pluralista, as várias concepções individuais da vida digna são compartilhadas pelas múltiplas formas de identidades sociais e culturais de modo isonômico, não convivendo uma sem a outra.

Gisele Cittadino analisa com acuidade as diversas concepções de justiça entre liberais, comunitaristas e crítico-deliberativos:

No que diz respeito aos liberais, na medida em que o pluralismo está associado à compreensão das democracias contemporâneas como sociedades onde há uma multiplicidade de concepções individuais a respeito do bem, o ideal de justiça delineado busca assegurar a cada indivíduo a realização do seu projeto pessoal de vida. Ao mesmo tempo, é possível conformar, segundo os liberais, uma concepção de justiça que, a despeito do 'fato do pluralismo', de que fala Rawls – ou do 'desacordo razoável' para usar a expressão de Charles Larmore – possa não apenas garantir a autodeterminação moral dos indivíduos, mas também ser compartilhada por todos. Por seu turno, a argumentação comunitária se volta

precisamente contra esta ideia liberal de que é possível elaborar uma concepção de justiça que represente uma solução imparcial dos conflitos de interesse. Ao descrever as democracias contemporâneas como sociedades em que o pluralismo se caracteriza pela diversidade de identidades sociais e culturais, os comunitários – adotando uma metodologia particularista – pretendem conformar uma concepção de justiça que não se vincula à ideia de imparcialidade, mas, ao contrário, ao estabelecimento de um consenso ético, fundado em valores compartilhados. Finalmente, em seu diálogo com liberais e comunitários, Habermas – de vez que recorre a uma concepção de pluralismo que inclui não apenas as subjetividades das concepções individuais acerca da vida digna, mas também as intra-subjetividades das identidades sociais e culturais – não tem a necessidade de estabelecer qualquer relação de prioridade ou ordenação hierárquica entre a auto-determinação moral defendida pelos liberais e a auto-realização ética, tão cara aos comunitários. Ao contrário, Habermas pretende demonstrar que a autonomia privada – vinculada à autodeterminação moral – e a autonomia pública, associada à auto-realização ética, pressupõem-se mutuamente. Configurando o modelo de uma ‘sociedade pós-convencional’ – em que tanto as concepções individuais relativamente ao bem, como os valores que configuram as identidades sociais devem ser submetidos a um amplo debate público, que estabelecerá as normas cujos destinatários serão os seus próprios autores – Habermas, tanto quanto Rawls, recorre a uma metodologia construtivista e compartilha com os liberais a ideia de que é possível conformar um ponto de vista moral imparcial que, no seu caso, se traduz nas regras procedimentais de uma ampla prática argumentativa. (CITTADINO, 2004, p. 5-6).

Essas divergências não impediram de se extrair da Constituição Federal brasileira a leitura de que o ideário comunitarista conjugou-se ao ideário liberal, em comunhão de pensamento com os filósofos políticos modernos de origem norte-americana, alemã, espanhola e portuguesa. Prevalece, no bojo da Constituição de 1988, o ideário da igualdade e da soberania popular; o ideário de que o Estado, para além do formalismo positivista e individualista das Constituições liberais, deve efetivar direitos fundamentais, cabendo sempre aos Poderes instituídos a garantia de que os cidadãos não terão seus direitos tolhidos, mas, do mesmo modo serão tratados com máxima isonomia. Essa conjugação existente na Constituição de 1988 foi bem observada por Miguel Reale:

[...] parece-me não haver dúvida quanto à posição social-liberal de nossa Carta Magna, uma vez que o social-liberalismo – que outros preferem denominar liberalismo social, o que vem a dar no mesmo – caracteriza-se exatamente por um constante e contínuo balanceamento de valores postos por diversas conjunturas, figurando a livre iniciativa em um polo e, no outro, os interesses do consumidor. Essa posição corresponde a uma compreensão pluridimensional do Estado, dotado de atribuições de natureza jurídica, econômica, financeira, educativa e assistencial, na acepção lata desta palavra, não se confundindo, porém com a do Estado da ideologia socialista, uma vez que o Estado social-liberal jamais poderá atuar em conflito com a livre iniciativa, a não ser nas hipóteses excepcionadas pela própria Constituição. (REALE, 1999, p. 45-46).

Essa concepção de Estado não é estranha ao Poder Judiciário, originalmente instituído para solucionar conflitos a partir de uma posição de inércia processual, mas que se vê atualmente no papel de garantidor do amplo direito de acesso à justiça, encartado no art. 5º, inc. XXXV, da CF/88, e interpretado pela doutrina como um direito que necessariamente deve perquirir por intrínsecas instrumentalidade e efetividade (DINAMARCO, 2007, p. 219).

É nessa perspectiva adotada pela Constituição Federal de 1988 acerca da consecução do direito de acesso à justiça que se inserem o debate acerca dos três modelos simbólicos de atuação da magistratura.

## 1.3 Credibilidade, confiança e justiça. Constitucionalismos, modernidade e pós-modernidade

### 1.3.1 Premissas iniciais

Inicialmente, entende-se que confiança e credibilidade são conceitos intrínsecos e associados. Sucintamente, credibilidade é conceito que advém daquilo que alguém faz para merecer crédito, ou seja, a credibilidade de alguém é medida por aquilo que produz, em seus aspectos qualitativo e quantitativo, aspectos a serem aferidos de acordo com a percepção do agente que lhe confira tal credibilidade. De outro lado, confiança é

dar crédito a outrem, considerando que sua expectativa será concretizada em um momento futuro, conforme o conhecimento e a percepção que o agente detém do agente que busca este crédito, esta credibilidade. Enfim, credibilidade e confiança são conceitos altamente complementares, para o objeto pesquisado, e na vida social é impossível ao ser humano conviver com os outros sem confiar ou acreditar em algo ou alguém. Como afirma Luhmann:

*Cada día ponemos nuestra confianza en la naturaleza del mundo, que de hecho es evidente por sí misma, y en la naturaleza humana. En este nivel que es el más básico, la confianza (Zutraen) es un rasgo natural del mundo, parte integral de los límites dentro de los cuales vivimos nuestras vidas cotidianas, aunque no es un componente intencional (y por lo tanto, variable) de la experiencia. Em segundo lugar, la necesidad de confianza puede considerarse como el punto de partida correcto y apropiado para la derivación de reglas para la conducta apropiada. Si el caos y el temor paralisante son las únicas alternativas para la confianza, hay que concluir que el hombre por naturaleza tiene que otorgar confianza, aun cuando esto no se haga ciegamente y sólo en ciertas direcciones. Por medio de este método uno llega a las máximas éticas o a la ley natural; principios que son inherentemente reversibles y de valor cuestionable. (LUHMANN, 2005, p. 5-6).*

Mas, como pode ser aferida a validade e a racionalidade desta relação de confiança/credibilidade do corpo social de jurisdicionados perante a Justiça? E em sendo válidas e racionais, como poderia haver o aprimoramento desta relação Justiça/jurisdicionado no Estado moderno?

Ora, temas como modernidade, pós-modernidade e a caracterização do Estado de Direito contemporâneo são essenciais à busca por interpretações e soluções dos dilemas apresentados na introdução, pois é necessário compreender a evolução histórica do conceito de Estado e de Constituição, para entender o que permeia esta realidade que se pretende modificar e aperfeiçoar.

Jürgen Habermas salienta que o conceito de “moderno” existe desde o século V para diferenciar o presente do passado imediato, com a finalidade de propor uma descontinuidade do novo perante o antigo próximo que se quer ver superado (HABERMAS, 2001, p. 168). Foi exatamente o que ocorreu em meados dos séculos XVII e XVIII, quando, a partir do Iluminismo, da Revolução Liberal Inglesa e da Revolução Francesa, buscou-se diferenciar os conceitos de Estado e de Constituição (desde Aristó-

teles e até então bastante plasmados entre si), com o fim de que fossem estabelecidos limites aos poderes do Estado absolutista, até então predominante na ordem mundial. Concebeu-se, então, a ideia de um “Estado moderno” em oposição ao conceito de Estado até então prevalecente, imbuído de todo o ideário destas revoluções culturais e políticas de origem burguesa, ocorridas à época. O Estado moderno trazia em si aspectos que permeariam a filosofia política contemporânea, como os conceitos de soberania e contrato social.

Inaugura-se, com o advento do Estado moderno, portanto, uma noção “evolutiva” de Estado, em boa parte traduzida pela dinâmica hegeliana pautada em um “sujeito da história” a se valer da experiência humana acumulada. Nesse sentido, um “novo passo civilizatório” será a era dos constitucionalismos, em que se seguiram concepções de Constituição dentre as quais se destacam a teoria sociológica de Lassalle (Constituição como relações de poder existentes em um país), a teoria jurídico-normativa de Hans Kelsen (em que se propõe uma identificação maior entre ordenamento jurídico e Estado), a teoria ideal-axiológica de Carl Schmitt e as teorias dialético-culturais de Heller e Smend.

### 1.3.2 Mutações, o Estado e os constitucionalismos

Analisando as transformações dos diversos perfis do Estado e de suas constituições durante ciclos temporais determinados, é possível afirmar, tomando como marco o Estado Moderno, que tais mutações começaram a ser estudadas nos finais do século XIX e início do século XX, por autores alemães de viés positivista, oriundos da Escola Alemã de Direito Público (Karl Gerber – 1823-1891, e Otto Gierke – 1841-1921), em que se pregava certo grau de rigidez constitucional e a compreensão da Constituição como instrumento normativo.

O primeiro deles foi Paul Laband (1838-1918), que, na obra *Wandlungen der deutschen Reichsverfassung* (1895), estabeleceu a diferença entre mutação constitucional (*Verfassungswandlung*) e reforma constitucional (*Verfassungänderung*), afirmando que a mutação constitucional seria a modificação do sentido ou do significado de uma Constituição, sem alteração de seu texto. Embora, à vista do positivismo formal que imperava à época,

a Constituição fosse um documento que corporificasse a continuidade e estabilidade dos elementos fundamentais do Estado, Laband compreendia que a Constituição transformava-se independentemente dos mecanismos formais de reforma constitucional.

Georg Jellinek (1851-1911), por sua vez, em sua obra *Verfassungssanderung und Verfassungswaandlung* (1906), aperfeiçoando a doutrina de Laband, também percebeu que não era por se tratar de uma norma fundamental que a constituição não poderia ser tida como uma norma mais estável que qualquer outra. Afirmava Jellinek a inexistência de intencionalidade na mutação constitucional, diferentemente da reforma constitucional. Compreende-se, por conseguinte, que Jellinek entendia que a reforma constitucional seria um ato de vontade, o que compreenderia, por exemplo, atos de uma revolução, onde se subverte totalmente a Constituição em vigor.

Esta percepção de que a mutação constitucional seria um ato inconsciente de modificação constitucional, notoriamente, causou perplexidades. Assim, todos esses autores alemães, ao final de suas obras, defendiam uma perspectiva positivista formalista, realçando que esses mecanismos de modificação informais não deviam ser aceitos. Paulo Bonavides explicita esse ponto de vista dos autores alemães:

O positivista, como intérprete da Constituição, é conservador por excelência. Quem muda a Constituição é o legislador, ou seja, o constituinte, e não o intérprete. A aplicação do direito é operação lógica, ato de subsunção, e não ato criador ou sequer aperfeiçoador. Aplicar o direito e criar o direito, dizem eles, são duas funções totalmente distintas ou, como afirma Burckhardt, se acham em 'antagonismo conceitual absoluto'. Jellinek exprimiu as posições desse positivismo formalista, entendendo a mudança constitucional por um prisma de juridicidade exclusiva, a saber, 'através de um ato intencional de vontade que modificasse o texto da Constituição'. Isso quer dizer que o jurista sufocava ou reprimia o sentido criador e modificador contido no chamado 'espírito da Constituição', de natureza dinâmica e flexível, para unicamente realçar o aspecto estático e rígido e só admitir a introdução de preceitos constitucionais materiais por via formal. Como não importa a espécie de conteúdo que vai ser posto na Constituição, tudo é admissível, desde que se não viole a forma elaborativa estabelecida, essência de toda a juridicidade. As Constituições formais, vistas tão-somente pelo ângulo avalorativo do po-

sitivismo e de sua metodologia, caíram debaixo da crítica impiedosa dos antiformalistas. (BONAVIDES, 2007, p. 172-173).

Posteriormente, Hans Kelsen (1881-1973), com sua *Teoria pura do direito* (1934), alcançaria o extremo dessa linha positivista formal de interpretação constitucional, que posteriormente seria condenada como uma fuga à realidade multifária, como afirmara, por exemplo, Erich Kaufmann (1880-1972) em sua obra *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie* (1921), e Herman Heller (1891-1933), afirmando que a aplicação do método idealista kelseniano, em que se plasman Direito e Estado, geraria uma “Teoria do Estado sem Estado” e uma “Teoria do Direito sem Direito”<sup>3</sup>.

Essa realidade fática, olvidada pelos positivistas formalistas, passa a ser sobrelevada pelos antiformalistas, entre os quais podem ser incluídos, além de Erich Kaufmann e Herman Heller, Rudolf Smend (1851-1913), Heinrich Triepel (1868-1946), Otto Kirchheimer (1905-1965) e Ulrich Scheuner (1903-1981).

Assim, em um primeiro momento, o antiformalismo vai embasar movimentos no sentido literalmente diverso ao apresentado por Laband e Jellinek, priorizando a realidade perante a norma. Inicialmente, deve ser citada a teoria constitucional do decisionismo de Carl Schmitt (1888-1985), em sua obra *Verfassungslehre* (1929). Nela, se estabelece uma distinção entre a Constituição positiva (ato de consciência e vontade política do poder constituinte) e a lei constitucional, entendendo que a Constituição significaria uma decisão conjunta e fundamental sobre o modo e a forma de unidade de um povo, e não apenas um feixe de normas constitucionais.

Deste modo, Schmitt faz priorizar as decisões políticas de um povo autodeterminado em detrimento das normas constitucionais. Esse raciocínio, levado ao extremo, representaria a desvalorização da normatividade e a ajuridicidade das constituições, legitimando, de modo preocupante, Estados totalitários e absolutistas.

Kelsen e Schmitt, portanto, se dirigem involuntariamente a um mesmo objetivo, conforme análise crítica de Paulo Bonavides acerca das duas teorias da constituição aparentemente opostas:

---

3 HELLER, Herman. *Die Krisis der Staatslehre*. Tubingen, 1926, p. 309, no original: “*ein Positivismus ohne Positivitat, eine Staatslehre ohne Staat und eine Rechtswissenschaft ohne Recht*”.

Desmembrar a Constituição da norma, desvalorizar a normatividade, fazê-la inferior, cativa, secundária, relativa ou sujeitá-la a um decisionismo político extremo, significa pois desfazer, pela via material, a juridicidade das Constituições, cujos conteúdos se tornam assim indiferentes, desde que um só valor – o daquele órgão de vontade que atua como poder constituinte – sobreresta soberano ou supremo. Representa essa teoria da Constituição, como se vê, uma legitimação dissimulada do Estado absoluto e totalitário. Caminhando por vias opostas, Kelsen com a norma, Schmitt com o decisionismo, ambos se reencontram no resultado final: a dissolução da Constituição como fundamento axiológico de um Estado de Direito, de acordo com a pauta dos valores liberais. (BONAVIDES, 2007, p. 177).

É nessa perspectiva que, em uma resposta antiformalista da interpretação constitucional, Herman Heller e Rudolf Smend passam a descrever a Constituição como um dinamismo social, uma constante interação da realidade com a norma, uma permanente integração de Estado e sociedade. Ou seja, é possível que a Constituição venha a ser modificada pela realidade fática, dela se retroalimentando e não apenas pelos mecanismos formalistas existentes na própria constituição.

Heller e Smend viveram durante a doutrina da Constituição de Weimar (de 11/8/1919). Os problemas vividos sob o predomínio constitucional weimariano, em especial quanto aos flagelos decorrentes da derrota na Primeira Guerra Mundial, fizeram com que questões antes ignoradas pelos positivistas passassem à ordem do dia da dogmática constitucional. Passa-se, então, à busca de ligações entre a dinâmica política e a Constituição. A principal diferença entre ambos é que Smend entendia que o Estado, enquanto formado por relações de poder, seria por excelência representado pelo Poder Executivo, sendo Justiça e Legislação estranhos à integração estatal; enquanto Heller entendia que não haveria fator integrativo do Estado mais importante que o Direito, pois se o Estado forma o Direito, o Direito (aí entendidos quaisquer dos Poderes) também forma o Estado.

Assim é que, por exemplo, Rudolf Smend (inspirado na filosofia de Theodor Litt), em sua obra *Verfassung und Verfassungsrecht* (Constituição e Direito Constitucional), de 1928, criaria uma teoria dinâmica da Constituição, e introduziria o método científico-espiritual de interpretação constitucional, em que se rejeita a dicotomia normológica kelseniana entre ser e

dever ser, buscando um debate maior sobre o caráter dinâmico do Estado e da Constituição. Smend proporia, então, a visão de que a Constituição é um sistema cultural e axiológico de um povo, cabendo ao intérprete o dever de integração constitucional (*integrationslehre*), aproximando esses valores subjacentes à Constituição e ao Estado, que são formas espirituais coletivas e não foram criadas com um viés mecanicista e estático. A Constituição seria, portanto, a ordenação jurídica do Estado, ou melhor, da dinâmica vital na qual se desenvolve a vida do Estado. A finalidade deste processo integrativo seria a permanente reestruturação da realidade total do Estado, sendo a Constituição o modelo normativo de determinados aspectos deste processo.

Smend, à sua maneira, examina a forma como as Constituições mudam ou tendem a mudar, em conformidade com sua real capacidade integrativa, por intermédio de fatores metaconstitucionais (como, por exemplo, aqueles que são observados na atividade estatal do Poder Executivo, ou em editoriais publicados nos meios de comunicação de massas). Sua teoria da constituição, assim, permitia incrementos comunicativos nas discussões sobre determinados comportamentos até então prevalentes e tidos por constitucionais. Esta teoria, certamente, veio a permitir um acréscimo de flexibilidade e diversidade na interpretação constitucional; que, contudo, levaria, em alguns casos, a uma insegurança jurídica e à subestimação da atividade estatal normatizante.

O antiformalismo, portanto, priorizou a luta contra a percepção formalista que confunde norma com realidade fáctica. Dessa visão surgiriam duas outras escolas de constitucionalistas que representariam uma teoria material da constituição, em resposta ao positivismo jurídico formal e ao sociologismo unilateral extremo.

A primeira vertente é a Escola de Zurique, de Dietrich Schindler (1890-1948), Werner Kagi (1901-1979) e Hans Haug (1921-1995), em que são vivenciadas as pautas da dialética constitucional, os limites da política por meio dos direitos fundamentais e o reconhecimento de limites absolutos ao poder de reforma constitucional, partindo-se de premissas epistemológicas oriundas da filosofia dos valores de Hartmann (1882-1950) e Schelling (1775-1854), bem como da teologia de Emil Brunner (1889-1966).

A Escola Alemã da teoria material da Constituição, por sua vez, recebeu influências diretas dos filósofos da tópica, como Theodor Viehweg (1907-1988) e Joseph Esser (1910-1999), tratando a norma e o sistema constitucional como meros *topoi* despidos do primado clássico a eles conferido. É o decisionismo do caso concreto, que passa a presidir a hermenêutica constitucional. Seus grandes representantes são os professores Martin Kriele (1931-), da Universidade de Colônia; Friedrich Muller (1938-), da Universidade de Heidelberg; Konrad Hesse (1919-2005), da Universidade de Freiburg; e Peter Haberle (1934-), da Universidade de Augsburg. Esses autores das escolas da Teoria Material da Constituição embasarão, de forma clara, a possibilidade não só de modificações constitucionais expressas (como a reforma e a revisão), como também de mutações constitucionais. É nesse momento que ganham força os debates acadêmicos acerca de um protagonismo judicial das Cortes Constitucionais.

Por sua vez, Friedrich Muller abordará, em sua teoria material da constituição, um novo método interpretativo, denominado estrutural-funcionalista (ou concretista-estruturante), no qual o teor literal da norma (programa normativo) seria, em cada caso, apenas a aurora de um problema interpretativo, porquanto para além do programa normativo, o intérprete deve precisar o domínio ou âmbito normativo concreto, ou seja, a realidade social adjunta ao programa normativo. Somente após o recorte desse âmbito normativo fático é que seria possível se encontrar a norma aplicável ao caso concreto, no final do processo decisório, interpretando-se os componentes distintos que lhe compõem: o programa normativo e o domínio normativo. Neste sentido, criticando o viés positivista formal, disserta Friedrich Muller:

Com efeito, o juiz deve incorporar a situação concreta do caso no fundamento da sua sentença, caso esta deva ser materialmente adequada, deva fazer justiça ao caso individual. A ideologia positivista da ‘aplicação’ desconsiderara esse aspecto. Mas uma reação contrária de molde existencialista desse perfil conduz o direito como positivação vinculante materialmente determinada a um ponto igualmente desprovido de sentido. Justo porque as normas jurídicas não existem simplesmente prontas, não estão disponíveis para a aplicação técnica; justo porque a estrutura da matéria e do problema, também do caso individual, faz parte dos elementos da sen-

tença jurídica, a norma não é supérflua, mas necessária como ideia-diretriz materialmente caracterizada, normativamente estabilizadora. Do contrário, o discurso sobre o 'direito' degenera em jogo nominalista de palavras. (MULLER, 2009, p. 57).

De outro lado, Konrad Hesse, apresentando sua tese da teoria constitucional concretista, afirma, em relação às modificações constitucionais, que:

Se o direito e, sobretudo, a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (Sinn) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação. Em outras palavras, uma mudança das relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição. Ao mesmo tempo, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa. A finalidade (Telos) de uma proposição constitucional e sua nítida vontade normativa não devem ser sacrificadas em virtude de uma mudança da situação. Se o sentido de uma proposição normativa não pode mais ser realizado, a revisão constitucional afigura-se inevitável. Do contrário, ter-se-ia a supressão da tensão entre norma e realidade com a supressão do próprio direito. Uma interpretação construtiva é sempre possível e necessária dentro desses limites. A dinâmica existente na interpretação construtiva constitui condição fundamental da força normativa da Constituição e, por conseguinte, de sua estabilidade. Caso ela venha a faltar, tornar-se-á inevitável, cedo ou tarde, a ruptura da situação jurídica vigente. (HESSE, 1991, p. 22-23).

Konrad Hesse traça limites às mutações constitucionais, de acordo com as duas principais funções da Constituição, que em seu entendimento seriam a manutenção de um Estado operativo e eficiente (função progressiva) e a racionalização e limitação do poder (função estabilizadora e limitativa). Nesses casos, há potencial conflito entre essas duas perspectivas constitucionais, o que por vezes pode remeter o intérprete à tendência de buscar limites interpretativos das mutações no próprio texto

constitucional. Isto, contudo, não ocorre sem dificuldades, como expõe o professor alemão:

Se, ao contrário, considera-se o texto como limite da mutação constitucional, se terá conseguido uma garantia, ainda que esta, é claro, não seja absoluta. Esta garantia não limita a capacidade de adaptação da Constituição a tal ponto que lhe impeça de assimilar a mudança histórica e preservar, assim, sua continuidade. As dificuldades derivadas da submissão a estes limites podem impor a reforma constitucional, contribuindo, assim, para uma solução que sirva à clareza da Constituição e intensifique a sua força normativa. Em casos bem determinados pode ser que esta solução não seja viável. Porém, tampouco caberá simplesmente considerar determinante o fato consumado. Quando em casos desse tipo for preciso preservar várias funções da Constituição que entraram em conflito, dever-se-á achar o 'equilíbrio de máximo respeito', promovendo aquela solução que respeite ambas as funções, no que isto for materialmente possível. Tudo o que se situa mais além dessas possibilidades já não será mutação constitucional, e sim quebra constitucional ou anulação da Constituição. Pode ser que de fato se imponham 'os acontecimentos históricos que transtornam os fundamentos do Estado fora do Direito', as usurpações e as revoluções. Isto nenhuma teoria dos limites da reforma constitucional ou da mutação constitucional poderá impedir. (HESSE, 2009, p. 170-171).

Por fim, Peter Haberle, em sua obra *El Estado Constitucional* (2003), evoluindo o conceito de mutação constitucional, que, segundo ele, estaria ultrapassado, divisa sete "*instrumentos y procedimientos para el procesamiento constitucional del factor tempo con vistas al presente y al futuro [...] escalonados de acuerdo con su grado de formalización*" (HABERLE, 2003, p. 61-66). Assim, segundo o professor alemão, seriam exemplos desses instrumentos: (i) cláusulas relativas ao futuro e ao progresso; (ii) as mutações constitucionais pela interpretação; (iii) os votos individuais dos juízes das cortes constitucionais; (iv) mandamentos ao legislador; (v) efeitos antecipados de leis e tratados; (vi) cláusulas legais de experimentação e de experiência; (vii) processos formais de revisão e modificação constitucional.

Haberle, ainda, personificaria a mais ampla teoria da interpretação constitucional até então concebida, sinalizando para mutações constitucionais advindas de abertura e pluralismos pouco estudados, o que permitiria uma integração entre Estado e sociedade traduzida na tese da "so-

cidade aberta dos intérpretes da Constituição” (HABERLE, 1997), passo dogmático significativo para a interpretação procedimental da Constituição, preponderante principalmente em países em desenvolvimento como o Brasil e o México, por exemplo. A professora Jane Reis Gonçalves Pereira partilha essa opinião:

Nos sistemas que adotam o mecanismo da *judicial review*, o Poder Judiciário é normalmente apontado como o agente por excelência da interpretação da Constituição, uma vez que em que tal modelo cabe-lhe o papel de árbitro final das disputas constitucionais. De qualquer modo, o caráter definitivo e último que a interpretação constitucional judicial assume onde há controle de constitucionalidade não deve conduzir a uma concepção restritiva quanto aos sujeitos da hermenêutica constitucional. Nesse sentido, Raul Canosa Usera pondera que não são admissíveis ‘as reduções organicistas que pretendem confinar a interpretação a um só operador jurídico, na maioria dos casos um tribunal constitucional’, uma vez que tal concepção reducionista ‘limitaria ao máximo a força normativa da Constituição’. Mais recentemente, vem prevalecendo a ideia de que a interpretação constitucional não é tarefa privativa dos agentes públicos, mas cabe a todos que vivem a Constituição. Assim, além dos intérpretes oficiais da Constituição, há os intérpretes não oficiais. (PEREIRA, 2006, p. 57).

### 1.3.3 Crises do Estado

Paralelamente às diversas teorias da Constituição que foram estudadas, as sociedades não resultam estáticas.

Fato é que, independentemente das transformações das teorias da Constituição e do Estado, logo após o apogeu do ideário da Revolução Francesa, a realidade apresentou amargas consequências como os flagelos impostos pelas duas grandes guerras e dissensões filosóficas decorrentes da aparição do Estado Moderno, como bem pontua Simone Goyard-Fabre:

[...] o idealismo foi acusado de utopia; a discursividade do direito foi confundida com a sistematicidade dos códigos; viu-se no contrato social uma armadilha metafísica; a vontade geral foi considerada um mito; tacharam-se de irrealismo e abstração as regras constitucionais; a coerção legal passa por opressão; incrimina-se de mistificação a generalidade da lei; a unidade

do direito público pareceu ser a máscara vingadora de uma soberania bem decidida a ocultar, mediante procedimentos e artimanhas técnicas, o fenômeno da pluralidade do corpo social... O despertar das nacionalidades abalou, sob a onda do sentimento, e às vezes, na exasperação passional, os âmbitos racionais do Estado-nação. (GOYARD-FABRE, 2002, p. 439)

Destas consequências advieram questionamentos acerca das funções do Estado, que culminaram na superação da concepção do modelo liberal do Estado moderno para a concepção do Estado do bem-estar social. Contudo, uma vez que as constatações de Simone-Goyard apresentam-se extremamente atuais, por que as modificações do papel do Estado não se mostraram suficientes a propiciar a evolução dos indivíduos e das sociedades? O ciclo do Estado moderno teria se encerrado?

Ora, desde os séculos XVII e XVIII, diversos pensadores passaram a buscar respostas a estas inquietudes, almejando superar ou ao menos questionar os fundamentos desse Estado Moderno. Deste modo, desenvolveu-se um pensamento *antimoderno*, como se nota da teoria dos jogos de linguagem de Wittgenstein (1889-1951), das obras *Sobre a questão do ser* (1956) de Heidegger (1889-1976) e *Assim falou Zaratustra* (1883) de Nietzsche (1844-1900), em que se reivindicavam, sob o pálio de certa desconfiança niilista, o “mínimo de Estado possível” e a “refundação do ser em eterno regresso”.

Mais recentemente, à época do fim da Guerra Fria, alguns autores se recusaram a aceitar a modernidade, buscando exemplos de sociedades pré-modernas bem-sucedidas, como Leo Strauss (1899-1973), em ensaio capital, chamado *The Three Waves of Modernity*<sup>4</sup>.

De outro lado, filósofos e sociólogos passaram a apregoar, ainda que em graus distintos, o desconstrutivismo e a incredulidade acerca do futuro e de relatos metafísicos, pontuando que deve prevalecer a diferença e o relativismo, a fim de que se perceba a eficácia do conhecimento produzido, sem atentar para hierarquia ou o estabelecimento de um acordo

---

4 No original: “Toward the end of World War I, there appeared a book with the ominous title *The Decline, or Setting, of the West*. Spengler understood by the West not what we are in the habit of calling Western Civilization, the civilization that originated in Greece, but a culture which emerged around the year 1000 in Northern Europe; it includes, above all, modern western culture. He predicted then the decline, or setting, of modernity. His book was a powerful document to the crisis of modernity. That such a crisis exists is now obvious to the meanest capacities”. (STRAUSS, 1959, p. 81).

comum prévio acerca da aceitação deste conhecimento. Convencionou-se chamar a todos estes de pós-modernistas, e no embalo dessa teoria, chegou-se a aventar um Estado pós-moderno, ou seja, o fim do Estado moderno e do constitucionalismo – que, em certa medida, corresponderia ao fim da História enquanto metanarrativa capaz de explicar a complexidade das relações sociais –, tendo em vista que a Constituição representaria apenas uma espécie de metáfora do discurso político. São exemplos dessa linha de pensamento o pós-estruturalista Jacques Derrida (1930-2004), Alasdair MacIntyre (1929-) e Jean-François Lyotard (1924-1998). Veja-se, por exemplo, o que diz o último autor:

*Simplificando al máximo, se tiene por postmoderna la incredulidad con respecto a los metarrelatos. Ésta es, sin duda, un efecto del progreso de las ciencias; pero ese progreso, a su vez, la presupone. Al desuso del dispositivo metanarrativo de legitimación corresponde especialmente la crisis de la filosofía metafísica, y la de la institución universitaria que dependía de ella. La función narrativa pierde sus funtores, el gran héroe, los grandes peligros, los grandes periplos y el gran propósito. Se dispersa en nubes de elementos lingüísticos narrativos, etc., cada uno de ellos vehiculando consigo valencias pragmáticas sui generis. Cada uno de nosotros vive en la encrucijada de muchas de ellas. No formamos combinaciones lingüísticas necesariamente estables, y las propiedades de las que formamos no son necesariamente comunicables. Así, la sociedad que viene parte menos de una antropología newtoniana (como el estructuralismo o la teoría de sistemas) y más de una pragmática de las partículas lingüísticas. Hay muchos juegos de lenguaje diferentes, es la heterogeneidad de los elementos. Sólo dan lugar a una institución por capas, es el determinismo local. Los decididores intentan, sin embargo, adecuar esas nubes de sociabilidad a matrices de input/output, según una lógica que implica la conmensurabilidad de los elementos y la determinabilidad del todo. Nuestra vida se encuentra volcada por ellos hacia el incremento del poder. Su legitimación, tanto en materia de justicia social como de verdad científica, sería optimizar las actuaciones del sistema, la eficacia. La aplicación de ese criterio a todos nuestros juegos no se produce sin cierto terror, blando o duro: Sed operativos, es decir, conmensurables, o desapareced. (LYOTARD, 1987, p. 4).*

Ao neomarxismo de Lyotard, opõe-se o marxismo revisionista do polonês Zygmunt Bauman (1925-), que observa a emergência de respostas moralistas ao fenômeno da modernidade:

A “perspectiva pós-moderna”, à qual se refere esse estudo, significa sobretudo o rasgamento da máscara das ilusões; o reconhecimento de certas pretensões como falsas e de certos objetivos como inatingíveis, e nem,

por isso mesmo, desejáveis. A esperança, que guia esse estudo, é de que, sob essas condições, as fontes de poder moral que, na moderna filosofia ética e prática política, estavam escondidas da vista, possam se tornar visíveis, e as razões para sua passada invisibilidade possam ser mais bem entendidas: e que, como resultado, as oportunidades de “moralização” da vida social possam – quem sabe – ser reforçada. Resta a ver se o tempo da pós-modernidade passará para a história como crepúsculo ou como renascimento da moralidade. (BAUMAN, 1997, p. 8).

Em sentido correlato, Jürgen Habermas apresenta análise mensurando pros e contras da pós-modernidade:

As abordagens pós-modernas denunciam com razão os efeitos colonizadores dos padrões de comunicação e discursos de origem ocidental que estabeleceram um domínio mundial. Isso vale para uma grande parte da cultura material e simbólica da civilização ocidental que se difundiu pelas teias globais dos mercados e mídias. Mas essas teorias estão mal equipadas para a tarefa de diferenciar entre os discursos colonizadores e os convincentes, entre os discursos que devem a sua divulgação mundial a coerções sistêmicas e outros que se impuseram graças à sua evidência. A ciência e a tecnologia ocidentais são eficazes e convincentes não apenas segundo padrões ocidentais. E evidentemente os direitos humanos, apesar das discussões interculturais existentes sobre a sua interpretação correta, falam uma língua na qual os dissidentes podem expressar o que sofrem e o que exigem dos seus regimes repressivos – na Ásia, na América do Sul e na África, não menos do que na Europa e nos Estados Unidos. (HABERMAS, 2001, p. 189).

Ora, os objetivos dos teóricos do Estado moderno ainda não foram totalmente alcançados. Enquanto projeto iluminista, a modernidade é uma operação ainda em andamento, ainda em construção. Segundo Anthony Giddens (1938-), este projeto modernista advém dos modos de vida ocidentais do Estado-nação e da produção capitalista sistemática e, longe de conferir legitimidade ao ideário pós-moderno do indivíduo, da ética e da vida cotidiana, ressaltar a preponderância de transformações possíveis para além da modernidade, no que o professor inglês denominaria de ‘modernidade radicalizada’ (GIDDENS, 1991, p. 162).

Nesse sentido, o conceito de modernidade deve ser qualitativo e não meramente temporal, pois sociedades devem ser tratadas como mo-

dernas quando sua forma de organização obedeça a padrões “modernos”, e não por que sejam elas contemporâneas.

Há uma diretriz colonizatória no projeto modernista, que Madeira Filho (2011) qualifica como “colonização democrática”, uma barbárie estilizada a disseminar modelos administrativos coletivizados pautados por um racionalismo weberiano tecnocrático, com laivos deliberativistas. Basta que se analisem os sistemas jurídicos teocráticos fundamentalistas atuais (de representatividade “questionável”, se comparados às democracias ocidentais), em que não se percebe a nota característica da modernidade, de uma constituição ditada pela sociedade, a limitar a ação dos Estados, mas sim Estados que ditam constituições para limitar a ação da sociedade. A Revolução Verde Iraniana, os eventos da Praça Tahrir, no Cairo e a Primavera Árabe, com protestos por participação política no Irã, Iêmen, Tunísia, Argélia, Marrocos, Síria, Egito, são demonstrações recentes de que a modernidade enquanto estratégia colonizatória e projeto político de democracia ainda não se encerrou, ou mal começou para algumas sociedades.

A pós-modernidade parece menos um projeto epistemológico que um sintoma da incompletude dos tempos modernos, e essa percepção está a complexificar os conceitos de justiça e de democracia, tão essenciais em tempos atuais, mas que ainda estão sendo construídos e reconstruídos pelos cidadãos dos diversos Estados contemporâneos. Desse modo, sejam os países efetivamente democráticos, a perspectiva sociológica demonstra que em qualquer desses países, é praticamente um lugar-comum a afirmação de que o ser humano é francamente favorável aos princípios democráticos e não dispensa o respeito ao seu direito à democracia, ainda que na prática direitos civis e políticos não sejam respeitados, *in loco*. Porém, essa prevalência do direito à democracia leva a uma consequência interessante. Trata-se de um processo moderno de desconfiança intrínseca naqueles que exercem o poder em nome dos representados, sendo às vezes uma desconfiança crítica e construtiva, e às vezes passiva e despropositada. José Álvaro Moisés bem analisa essa relação entre democracia e desconfiança:

Por causa de sua força simbólica ou da cultura política, a adesão à democracia é um fenômeno universal. Mas, ao mesmo tempo, a maior parte dos cidadãos que prefere esse regime às suas alternativas revela que, quan-

do se trata das instituições democráticas e de governos específicos, sua atitude mais comum é de desconfiança [...]. Esse paradoxo não envolve riscos imediatos para a democracia, mas coloca em questão a relação dos cidadãos com o sistema democrático, uma vez que a participação dos cidadãos é a essência da democracia. Enquanto nas democracias consolidadas os cidadãos críticos orientam sua desconfiança política primordialmente para a adoção de novos modos de participação e mesmo para a reforma do sistema representativo, nas novas democracias a desconfiança de parlamentos, partidos políticos, sistema judiciário e serviços públicos está associada com sentimentos negativos sobre a política, baixos níveis de participação ou de interesse por assuntos públicos e até a preferência por modelos democráticos que descartam os parlamentos e os partidos políticos. (MOISÉS, 2010, p. 45-46).

É nesta conjuntura (seja moderna, seja pós-moderna) de desconfiança, insatisfação e incompletude que se enquadram pesquisas de opinião (como o ICJ desenvolvido pela FGV/SP) que demonstram uma percepção desfavorável às instituições estatais, nelas incluído o Poder Judiciário. Assim, será preciso analisar como modernamente a sociedade reflete sobre a necessidade de democratização e sobre o perfil ideal do Estado, e portanto, do Poder Judiciário, a fim de aferir esta relação de confiança/credibilidade do corpo social, especificamente em relação às funções da Justiça, para os fins deste estudo.

## 1.4 A credibilidade (e suas versões)

Partindo da premissa firmada de que é necessário analisar como a sociedade reflete sobre a necessidade e a autoridade do Estado, algumas questões se impõem: o que vem a ser a opinião pública? Como ela é formada? O que é esse tema que mais parece um tabu, costumeiramente evitado pelos juristas nacionais? Quais são suas implicações com o consagrado direito constitucional à “liberdade de expressão” e suas faces (art. 5º, IV e XIV, da CF/88)? Estas são perguntas iniciais que, mais adiante, podem colaborar para a análise qualitativa das pesquisas de opinião sobre as instituições sociais, especialmente no que se relaciona com o estudo de opinião do Índice de Confiança da Justiça, feito pela Fundação Getúlio Vargas.

Inicialmente, deve ser salientada a polissemia atinente à expressão “opinião pública”, mormente se observada a evolução histórica do que vem a ser “público”, em contraponto ao “privado”.

De todo modo, a ideia de se buscar a compreensão e a formação do conceito de opinião pública começa no Parlamento Inglês, em 1792, quando se iniciou a observação de que a intercomunicação entre o público e o Poder Legislativo seria mais benéfica e prudente para a vida dos cidadãos (HABERMAS, 1994, p. 102). Ainda, essa intercomunicação entre representantes e o povo iria combater politicamente as ideias absolutistas que eram defendidas do direito natural, como correlaciona a doutrina de Niklas Luhmann, transcrito por Artur César de Souza:

Segundo Luhmann, o surgimento do conceito de opinião pública teve origem na necessidade de se libertar a política dos vínculos com a verdade, que estavam embasados no direito natural difuso da antiga Europa. A evolução social ocorrida no *tardo medievo* e no início da era moderna determinou uma forte diferenciação entre religião, política, economia e ciência. O tradicional fundamento da verdade sobre o qual se fundava o pensamento político perdeu credibilidade e, conseqüentemente, o seu caráter dominante. Por sua vez, a positividade do direito natural recomendava um novo quadro de orientação que fosse adequado às amplas possibilidades disso que é juridicamente possível. Surge a necessidade de um valor dominante que permitisse atenuar a concepção de verdade, e que pudesse mudar os seus pontos de vista e os seus temas. ‘Isso não podia mais ser concebido como verdade, mas somente como opinião, como juízo provisoriamente consolidado disso que é justo, filtrado por meio de controles racionais e subjetivos, e por meio da discussão pública.’ A opinião pública passou a ser compreendida, segundo Niklas Luhmann, como uma contingência política substantiva, um substantivo ao qual se garante a solução do problema de reduzir as multiplicidades subjetivas disso que é juridicamente e politicamente possível. (SOUZA, 2010, p. 91).

É nesse momento histórico que ganharia força uma nova mitologia: a de que o poder emanava do povo, do “público”, de modo que a opinião deste “público” não mais poderia ser alijada do processo democrático, sendo através dela que os diversos setores participariam do processo de confecção das normas. Assim, a opinião pública passou a representar o exercício das liberdades que permitiriam o diálogo do público com as ins-

tituições do Estado, concretizando, de algum modo, sua participação nos assuntos de interesse geral.

O Poder Legislativo, por meio dos partidos políticos, estaria sempre atento aos pensamentos emanados da sociedade, buscando a concretização de seus compromissos com os cidadãos. Na origem, esta concepção traz a premissa de que o Legislativo é parte da sociedade e não do Estado, como já afirmava Locke, entendendo-o como local público de debates políticos de interesse geral entre particulares. Mas, será que o Legislativo ainda espelha essa função de “orientação, vetorização e exposição” da opinião pública? Algum outro Poder ou entidade(s) estaria ocupando este espaço?

Necessário então compreender sistematicamente as formas pelas quais esta opinião é formada, pois a percepção atual é a de que o Legislativo, até mesmo pela progressiva ampliação da liberdade de expressão a todas as pessoas, não mais ocupa, com qualidade, este papel de local dos debates políticos na sociedade, e, tendo deixado essa lacuna institucional, este espaço foi sendo ocupado pelos meios de comunicação, pela imprensa, pelo Ministério Público, pelo Poder Executivo e, sobretudo, pelo Judiciário, que exsurge como *superego da sociedade*, na expressão de Ingeborg Maus (2010). O próprio relatório do ICJ/FGV do primeiro trimestre de 2011 traz essa impressão, ao afirmar, em sua fl. 18, que:

[...] é interessante notar que boa parte dos entrevistados entende que o aumento do salário dos parlamentares e os casos de corrupção política estão diretamente relacionados ao Judiciário, embora esses temas, muitas vezes, não sejam judicializados. Isso denota que a impressão dos entrevistados é a de que todos os principais problemas que têm ocorrido na sociedade brasileira devam ser resolvidos pela Justiça”.<sup>5</sup>

Todas essas conclusões induzem a outras indagações: por quais motivos o Legislativo não mais ocuparia este papel de local de debates políticos? É contraditório as demais instituições exercerem tal papel? Que relevância passa a ter a opinião pública com a disseminação de agentes indutores de opinião pública? Quão próxima da realidade está a opinião

---

5 Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/8700/RelICJBrasil-ITR12011.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 11 jun. 2013.

pública, sobretudo se for considerado que a realidade é uma construção social? A opinião pública é “relevante” e deve ser fonte de legitimidade e representatividade para todos os agentes indutores de sua formação? Como diferenciar o interesse daquele que “participa” da opinião pública do interesse daquele que “orienta, vetoriza e expõe” a opinião pública?

### 1.4.1 O que é opinião pública?

É intuitivo perceber que nem toda resposta a uma problemática social pode ser tratada como manifestação de uma opinião. Mas então o que é a opinião? E quando ela pode ser entendida como opinião pública?

Uma das poucas unanimidades entre os estudiosos sobre o tema da opinião pública é a percepção de que esse fenômeno já existia mesmo antes do aparecimento dessa expressão, ocorrida aproximadamente em fins do século XVI (M. de Montaigne) ou meados do século XVIII (J. J. Rousseau). Após o aparecimento da expressão, especialmente com o crescimento da importância social e financeira da burguesia (HABERMAS, 2009, p. 124) e sua intenção de tornar públicos seus ideais, interesses e comportamentos é que os estudiosos começaram a pesquisar o tema. Ou seja, o conceito já se origina em um contexto de turbulência histórica, e continua atualmente fluido, ainda que mantendo um núcleo aparentemente comum, pois cada definição parte de perspectivas distintas, em alguns casos entendendo a opinião pública como produto da razão humana, e em outros a racionalização de um impulso coletivo; em alguns casos seu sujeito é o ‘público’ e em outros a elite ou seus líderes; em alguns casos, a opinião pública seria a expressão de toda a sociedade, enquanto em outros, a opinião da classe dominante; e em uns, a soma de todas as opiniões individuais e em outros casos, uma ideia supraindividual, coletiva ou universal. Sistematizar essas opiniões é o desafio. Candido Monzón resume essas perspectivas acerca da opinião pública:

*Las ciencias jurídico-políticas siempre la han contemplado desde un punto de vista institucional y como concepto político; la psicología social, como un comportamiento colectivo (al principio) y como una extrapolación de las opiniones y actitudes individuales o grupales a las opiniones de toda la población (después); la sociología, desde el análisis de las opiniones de un nuevo conglomerado social – los públicos – en estrecha relación con las*

*pautas de comportamiento y el control social, pero distinguiendo claramente la existencia de dos tipos de opinión pública: una opinión pública real, responsable y razonada, y otra – denominada pseudo-opinión pública – irracional y expuesta a la manipulación. Finalmente, cuando las ciencias de la comunicación se ocupan del estudio de los medios de comunicación y sus efectos, se encontrarán con una opinión pública entendida bajo una doble acepción: primero, como un fenómeno que ya existe en la sociedad y, por tanto, que puede accederse a él para cambiarlo o reforzalo, y, segundo – tal como lo describe el modelo estímulo-respuesta –, como un fenómeno que los medios pueden crear e implantar en la sociedad. (MONZÓN, 2006, p. 22-23).*

A partir da segunda metade do século XX, a opinião pública passa a ser objeto de investigações empíricas com as respectivas repercussões na teoria e metodologia de estudo do tema (LAZARSELD, 1969, p. 85-101). Assim, passa a ser priorizada uma visão em que se encontre um ponto de encontro entre essas duas correntes de estudo da opinião pública: a teórica e a prática. Esses estudos redundaram, em seguida, à percepção específica acerca do modo de mudar as opiniões e atitudes da população (estudos sobre propaganda e persuasão), e é neste momento que se depara a dogmática comunicacional com os fenômenos importantes do controle e da mutação da opinião pública.

### 1.4.2 Elementos do conceito de opinião pública

Deve ser realizada uma percepção individualizada de cada um dos termos que compõem o conceito de opinião pública. Assim, entende-se a necessidade de se distinguir os termos opinião, atitude, estereótipo, preconceito, atenção, percepção e ideologia, para, ao fim, buscar entender o que é 'opinião'; após, intenta-se compreender alguns distintos aspectos do conceito de público, ora como sujeito da opinião pública, ora como a forma pela qual a opinião se exterioriza e se faz notória, ora como algo que atine (potencialmente ou de fato) a assuntos de interesse geral (*res publica*).

A manifestação de opiniões e atitudes pode se dar oralmente, ou de modo escrito. Esse é apenas o meio de apresentação de tais atos comunicativos. Não importa à conceituação da opinião pública. O que importa é a percepção de que por trás da expressão comunicada com a opinião ou com a atitude sempre está o raciocínio de uma ideia, uma impressão. Po-

rém, o homem não apenas desenvolve raciocínios, argumentos e ideias, como também racionaliza seus impulsos, interesses e necessidades mais imediatas e funcionais, de modo que estas também podem ser verbalizadas e expressadas coletivamente. Assim, a opinião pública pode abarcar ambas as dimensões, os raciocínios e as racionalizações.

Os dogmáticos costumam entender que a maior parte das opiniões manifestadas de modo coletivo, refletem algo mais que simples ideias; elas expressam valores, emoções, tendências, a favor ou contra algo. E, quando se está diante de posicionamentos, costuma-se entender que se está diante de atitudes, e não de opiniões.

Porém, setores do racionalismo justificarão e se utilizarão do termo opinião como o caminho racional da verdade, do conhecimento e da solução de problemas públicos, sendo ela a expressão verbal do uso que as pessoas fazem do raciocínio, e a depender da magnitude coletiva do tema, se corporificará em opinião pública. De outro lado, a atitude de alguém é entendida por esses setores como algo que só se conhece mediamente, através não só de palavras, mas também do comportamento, de gestos e outras formas de expressão, de modo que a opinião seria um conceito mais aproximado à expressão verbal do raciocínio e do pensamento.

De outro lado, a opinião seria algo mais preciso que uma mera noção ou impressão das coisas, pessoas ou acontecimentos, bem como algo distinto a uma prova científica.

Eysenck organizou quatro níveis de organização do pensamento individual: as opiniões específicas (circunstanciais e motivadas por elementos externos); as opiniões habituais (opiniões mais ou menos estáveis, coerentes e consistentes); as atitudes (conjunto de opiniões estáveis, reações e orientações em face de determinados objetos sociais); e as ideologias (conjunto de atitudes correlacionadas, agrupadas como uma sobreatitude) (EISENCK, 1964, p. 172-173).

Isto conduz à percepção de que, diante de um tema que possa ser visto como opinião pública, o sujeito cognoscente deve, do ponto de vista psicológico, primeiro atentar para o problema, depois interiorizá-lo, para ao fim expressar-se, em forma de opinião ou de atitude.

Porém, a conclusão mais direta é a de que na opinião pública a convergência de opiniões é fundamental. Uma opinião é tanto mais válida

quanto venha respaldada por outras na mesma direção, intenção ou objetivo, formando um corpo dinâmico que exija conhecimento público. Essa convergência levará a correntes de opinião, e destas ao consenso ou ao conflito. Porém, a nota clara é a de que a opinião coletiva prevalecerá sobre a individual, e essa opinião corporificará a opinião pública, que se dará como um fenômeno em que o todo necessita das partes, mas sobrepassa à soma dos mesmos, multiplicando as opiniões individuais.

Do mesmo modo, certas opiniões são públicas porque, ao serem emitidas por particulares, se expõem a ser escutadas pelos demais. Quando as pessoas saem de sua esfera privada e, por meio do diálogo e da comunicação, se interessam por fatos públicos, ocupam um espaço da vida social que se encontra na visão das demais pessoas. A comunicação cria, então, uma nova realidade que converte em pública as opiniões que dela participam.

De outro lado, 'pública' também é a coisa pública, aquilo que pertence a todos e é de interesse geral (ou pode chegar a sê-lo). Isto é, certas opiniões são públicas porque se referem ao bem comum. Mas, o 'público' mais estudado é o conceito de 'público' como sujeito formulador da opinião pública.

Estes conceitos, porém, devem ser diferenciados de alguns outros, a saber:

(i) povo: conjunto de cidadãos que formam o Estado, em um conceito antropológico e jurídico. O povo não é público como sujeito da opinião pública, pois o público é apenas a parte ativa do povo, que, em um dado momento, ativa seus pensamentos e os expõe aos demais. Nem todos que compõem o povo, portanto, são sujeitos da opinião pública;

(ii) população: conceito estatístico e demográfico, referentes ao número de habitantes de um país, região ou Estado; uma simples soma de indivíduos. É conceito importante para analisar a eficácia e representatividade das pesquisas de opinião. Pelo mesmo motivo, não parece ser sujeito de opinião pública;

(iii) eleitorado: é um reducionismo entender que a opinião pública se manifesta nas urnas. Muitas vezes o público da opinião pública não coincide com as pessoas que têm direito a voto; sem olvidar que seu sentido mais

genuíno é extraído pela espontaneidade das atitudes e opiniões do público que da formalização dos processos eleitorais;

(iv) agregações: são diferentes do público formador de opinião pública, pois os participantes de uma agregação assim o são pelo fato de estarem concentrados em um determinado lugar sem que exista interação, comunicação ou contato vital algum entre eles; enquanto os agentes da opinião pública costumam estar dispersos, embora as agregações possam representar parte expressiva do público formador da opinião pública;

(v) multidões: massas de indivíduos que, ante um centro comum de atenção, libera certos comportamentos e emoções, de modo mais ativo, mas movidas por sentimentos mais primitivos enraizados no inconsciente de cada um (como ódio, interesses, agressividade, preconceitos etc.); encontram relação com os públicos formadores de opinião pública, mas a acentuação de sua dimensão irracional as situa entre comportamentos que não se compadecem com o conceito;

(vi) massas: o conceito é ambíguo e difuso e se confunde com o de multidões, em suas origens no século XIX. Porém, as massas podem ser caracterizadas por sua magnitude, heterogeneidade, polimorfia, dispersão e atomização em seus comportamentos, diferentemente da aparente homogeneidade, coesão e uniformidade de comportamentos ativos e irracionais das multidões. Massa, portanto, é interpretada como um conjunto de conglomerados sociais que está longe de ser sujeito da opinião pública, mas sempre que as opiniões estiverem manipuladas ou dirigidas, esse sujeito da opinião pública se aproximará em demasia ao conceito negativo de massa;

(vii) auditórios: agregações institucionalizadas, formadas por pessoas em número certo ou calculável, que têm propósitos definidos, se reúnem em tempo e lugar determinados e possuem uma forma predefinida de interação e comunicação. A diferença para o conceito de sujeito da opinião pública é o fato de que o conceito de 'público' inclui grande quantidade de pessoas dispersas, o que não necessariamente ocorre com os auditórios;

(viii) audiências: seu sentido originário refere-se ao efeito de ouvir, mas, hoje em dia, audiência é interpretado como conceito de massa à qual se dirige a mensagem transmitida por um meio de comunicação social; ou seja, é o conjunto de indivíduos que buscam satisfazer seus interesses comunicacionais, e não necessariamente produzir opinião pública.

Essas distinções demonstram, de certo modo, algumas características uniformes deste ‘público’ que subjaz à formação da opinião pública: ele é formado espontaneamente por uma grande quantidade indeterminável de pessoas que, embora não estejam necessariamente próximas fisicamente, estão expostas a pautas axiológicas e estímulos semelhantes, e manifestam seus interesses e opiniões de modo similar e racional, em maior ou menor grau.

Neste sentido, dos oito conceitos diferenciados supra, o que mais se assemelha ao ‘público’ é o conceito de auditório, que passará a deter uma importância significativa na abordagem argumentativa da comunicação social, por distanciar-se da ideia de produtor de senso comum; pois, sendo o senso comum a síntese de percepções espontâneas sobre qualquer fato ou experiência social, adquiridas e repassadas sem qualquer análise crítica um pouco mais profunda, esta síntese de ideias frágeis – às vezes corretas, às vezes não – nada tem a ver com a opinião pública ora defendida, e estão mais próximas de uma opinião do público *stricto sensu*, das massas ou das multidões, em geral acrítica, irrefletida e preconceituosa, derivada do senso comum. Patrick Champagne analisa historicamente essa distinção entre opinião pública e opinião do público:

De outro lado, Chaim Perelman assim aborda a dissociação entre as respostas advindas do senso comum e as opiniões manifestadas pelos “auditórios”:

Aquilo a que chamamos habitualmente senso comum consiste numa série de crenças admitidas no seio de uma determinada sociedade, que seus membros presumem ser partilhadas por todo ser racional. Mas, ao lado dessas crenças, existem acordos, próprios dos partidários de uma disciplina particular, seja ela de natureza científica ou técnica, jurídica ou teológica. Tais acordos constituem o corpus de uma ciência ou de uma técnica, podem resultar de certas convenções ou da adesão a certos textos, e caracterizam certos auditórios. Esses auditórios se distinguem em geral pelo uso de uma linguagem técnica que lhes é própria. É nas disciplinas formalizadas que essa linguagem se diferencia ao máximo daquela que, por outro lado, os membros de semelhante auditório utilizam em suas relações diárias e compreendem enquanto membros de um auditório mais geral; mas, mesmo em disciplinas como o direito, que tomam muitos de seus termos técnicos emprestados da linguagem corrente, puderam parecer herméticas aos não-iniciados. (PERELMAN, 2005, p. 112).

Assim, para os fins deste texto, o conceito de “opinião pública”, na lógica da argumentação jurídica, pode ser correlacionado ao conceito perelmaniano de “auditório” como formador de opinião pública, bem como, à luz dos argumentos aventados por estes formadores de opinião, o discurso produzido nesses “auditórios” pode ser correlacionado ao conceito de “discurso prático geral”.

Desse modo, diante da fluidez e transitoriedade do sujeito formador da “opinião pública”, é preciso ressaltar que há diversos sujeitos formadores de opinião, diversos “públicos”, correspondentes a tantos quantos sejam os grupos de correntes de opinião e interesses partilhados.

Neste ponto é que surge a grande dificuldade de se interpretar uma pesquisa de opinião como o Índice de Confiança da Justiça como fiel representante da opinião pública acerca do cumprimento da função judiciária. Ora, basta que se analise visualmente o gráfico apresentado na introdução para que se perceba que as notas atribuídas ao desempenho do Poder Judiciário diminuíram de modo significativo exatamente na época da última eleição geral para os principais cargos políticos do Estado brasileiro. Some-se a isso o fato de que, durante todo o período em que se realizou a pesquisa da FGV, transcorreu no Supremo Tribunal Federal o julgamento do processo da Ação Penal 470 (o famoso caso do Mensalão), o processo penal político mais midiático de todos os tempos do Poder Judiciário brasileiro, o que certamente afetou qualquer pesquisa de opinião acerca de comportamentos estatais<sup>6</sup>.

Ou seja, seria importante que as pesquisas de opinião sobre funções estatais e institucionais fossem sempre contextualizadas, criando uma espécie de segundo grau articulador da linguagem, ponderando metodologicamente as pesquisas de opinião. Nesse sentido, um dado importante, por exemplo, poderia ser a diferenciação institucional, tendo em vista os

---

6 Não é demais lembrar que o inquérito da referida ação penal se instaurou em julho de 2005, a denúncia foi recebida em agosto de 2007 e a oitiva das testemunhas de defesa (último ato de instrução penal) terminou em agosto de 2010. Isto é, a cobertura da imprensa passou a ser feita mais detalhadamente após o término de atos processuais sigilosos havidos durante a instrução penal, em 2010, não havendo como correlacionar o Mensalão às pesquisas da FGV, em momento anterior a 2010. Vide cronologia da parte inicial do julgamento da Ação Penal disponível em: <<http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortalInternacionalNoticias&idConteudo=214544/>>.

distintos graus de legitimação dos atos estatais, sejam eles legislativos/ executivos (pelo voto) ou judiciários (pelo procedimento). De outro lado, o pesquisador também deve estar atento ao “grau” de cidadania e de cognição do entrevistado e as estruturas de afasia no contexto comunicacional, deixando de resultar a pesquisa enquanto resultado eventualmente influenciável pelos meios de comunicação. Tomando por base essas considerações, não nos parece ter havido essa diferenciação no relatório das pesquisas feitas acerca do ICJ, especialmente nos relatórios dos quatro trimestres do ano eleitoral de 2010, onde não há uma única menção às eleições daquele ano ou ao processo da Ação Penal 470. Apenas no primeiro relatório de 2011 do ICJ, à fl. 17, passadas as eleições de 2010, é que houve alguma preocupação com aquilo que se conhece do Poder Judiciário por meio da imprensa, sendo relevante destacar as seguintes conclusões:

No primeiro trimestre de 2011, perguntamos aos entrevistados se alguma notícia sobre a Justiça ou o Judiciário havia lhes chamado a atenção recentemente. A grande maioria dos entrevistados (85%) respondeu que não se lembrava de nenhuma notícia específica sobre o assunto. Por outro lado, aqueles que responderam positivamente à pergunta declararam que as notícias sobre o Judiciário ou a Justiça que mais lhes chamaram a atenção diziam respeito a casos policiais (casos comumente mencionados) e questões envolvendo o próprio cotidiano da polícia (como a prisão de suspeitos de certos crimes, a invasão da polícia em Morro carioca, o indulto de final de ano, o espancamento de pessoas nas ruas etc.), assuntos da Justiça Eleitoral (como o caso da ficha limpa, o fato de a elegibilidade do Tiririca depender de uma decisão judicial etc.) e a corrupção política (mensalão). A partir dessas respostas, verifica-se que a principal faceta da Justiça que é mais lembrada pelos entrevistados é aquela relacionada ao direito penal, isto é, à ocorrência de crimes que são diariamente veiculados no noticiário policial.

Essa preocupação com as notícias acerca do Poder Judiciário e com a Ação Penal 470 somente regressaria aos estudos do ICJ nos relatórios atinentes ao ano de 2012, por ocasião do início das discussões públicas entre os ministros do STF durante as sessões de julgamento do referido processo do ‘Mensalão’.

Este é, portanto, um dos aspectos que necessita ser ressaltado, na análise das pesquisas da FGV acerca do Índice de Confiança da Justiça: diversos de seus quinze relatórios não foram devidamente contextualiza-

dos de acordo com as diferentes funções estatais, de acordo com a época eleitoral próxima e de acordo com a cobertura dos meios de comunicação sobre casos criminais relevantes, o que dificulta a análise da legitimidade do corpo de entrevistados como agente formador de opinião pública.

Não bastasse o fato de que 85% dos entrevistados, em 2011, não tinham qualquer conhecimento de notícias que envolvam o Poder Judiciário – o que é um número vultoso – outro dado revelado pelo relatório do primeiro trimestre de 2011 também é bastante significativo. *In verbis*, eis um trecho crucial deste relatório, à fl. 18:

Com o intuito de saber o que a população conhece sobre o Judiciário, perguntamos aos entrevistados se eles já ouviram falar no Supremo Tribunal Federal (STF) e, em caso positivo, o quanto avaliam que sabem sobre o que esse Tribunal faz. A resposta à primeira pergunta foi bastante positiva, visto que 83% dos entrevistados afirmaram que já ouviram falar no STF. Do total de entrevistados que já ouviram falar no STF, 60% declararam que sabem um pouco sobre o que o STF faz e apenas 4% afirmaram saber muito sobre as atividades do Supremo Tribunal Federal. Os outros 37%, embora já tenham ouvido falar no STF, consideram que não sabem nada do que ele faz.

Ora, como é possível conceder a esse rol de entrevistados a legitimidade para a formação de opinião pública, quando mais de um terço dos entrevistados não sabe nada do que faz a Corte Suprema de seu país? O que a pesquisa parece apontar, portanto, no campo específico da sociologia jurídica, seria outra questão. A percepção sobre o Judiciário enquanto um “poder de Império”, distante, feudal. O cidadão tem medo do juiz, ele é o “cara mal” que pode mandar prendê-lo se não tiver acordado com bom humor; na melhor das hipóteses, o magistrado é uma pessoa “muito séria e culta” que entende perfeitamente que o marido da jurisdicionada é um “cachaceiro” e que deve perder a guarda dos filhos e ainda deveria ter aumentado o valor da pensão. Ora, esse modelo de seleção de pessoas para uma pesquisa resvala o senso comum e sempre foi uma dificuldade, que impede a análise da correção e legitimidade dos números apresentados. Walter Lippman já a percebia:

Juntando nossas opiniões públicas, não somente tempos que descrever mais espaço do que podemos ver com nossos olhos, e mais tempo do que nós podemos sentir, como temos que descrever e julgar mais pessoas,

mais ações, mais coisas do que jamais podemos enumerar, ou vivamente imaginar. Temos que resumir e generalizar. Temos que pegar amostras, e tratá-las como típicas. Pegar adequadamente uma boa amostra de uma larga classe não é fácil. O problema pertence à ciência da estatística, e é um assunto dos mais difíceis para alguém cuja matemática é primitiva, e a minha continua sendo azóica, apesar da meia dezena de manuais que devotamente pensei que entendia. Tudo o que fizeram para mim foi me tornar um pouco mais consciente de como é difícil classificar e selecionar, como muito rapidamente espalhamos ‘um pouco de manteiga’ sobre todo o universo. (LIPPMANN, 2008, p. 139).

Vale dizer, um primeiro desafio que se apresenta ao Poder Judiciário é o de incorporar os dados estatísticos relativos a sua própria performance, pautando suas dinâmicas administrativas internas, de maneira a subsidiar aprimoramentos desses próprios estudos, garantindo-lhes a autonomia.

### 1.4.3 O processo de formação da opinião pública

Pierre Bourdieu divide os modos de produção de opiniões em três modelos: “ética de classe”, ideário político sistemático ou uma escolha em dois graus (BOURDIEU, 2011, p. 392). A “ética de classe” seria uma espécie de fórmula geradora de opiniões não constituída com esta finalidade, mas na qual é possível se identificar coerência e compatibilidade entre diversas opiniões pessoais, geradas a partir de uma interiorização de uma pauta axiológica, no que atine aos problemas da existência social; o ideário político sistemático seria um sistema de princípios explícitos passíveis de aferição reflexiva, constituído com a finalidade clara de especificar às pessoas uma linha política; enquanto a escolha em dois graus seria a produção de uma opinião, segundo o conhecimento do agente que opina, de acordo com alguma linha política já existente, em detrimento de outra(s).

Caso o problema social não tenha sido objeto de opiniões por alguma linha política (ou produzido por alguma linha política), o agente forma sua resposta ou opinião de acordo com a “ética de classe”, por meio da qual se extraem os discursos individuais, ainda que sectarizados, a respeito de algum problema social. Este último modelo de formação da opinião, mediante uma escolha de dois tipos, precisamente quando detectada por meio de simples pesquisas de opinião, pode ser entendido como uma

espécie de opinião por procuração, o que, segundo o próprio Bourdieu na conclusão da comunicação feita em Noroit em janeiro de 1972, não é opinião pública:

Em suma, quis de facto dizer que a opinião pública não existe, em todo o caso sob a forma que lhe atribuem os que têm interesse em afirmar sua existência. Disse que havia por um lado opiniões constituídas, mobilizadas, grupos de pressão mobilizados em torno de um sistema de interesses explicitamente formulados; e por outro lado, disposições que, por definição, não são opinião se se entender por isso, como fiz ao longo de toda esta análise, qualquer coisa que pode formular em discurso com uma certa pretensão à coerência. Esta definição da opinião não é a minha opinião sobre a opinião. É simplesmente a explicitação da definição que as sondagens de opinião aplicam pedindo às pessoas que tomem posição sobre opiniões formuladas e produzindo, por simples agregação estatística de opiniões assim produzidas, esse artefacto que é a opinião pública. Digo simplesmente que a opinião pública na acepção implicitamente admitida por aqueles que fazem sondagens de opinião ou pelos que utilizam os seus resultados, digo simplesmente que essa opinião não existe. (BOURDIEU, 2003, p. 245).

Assim, o sujeito formador da opinião pública tanto pode ser representado por minorias cultas e influentes da sociedade extraídas dos meios acadêmicos, políticos, econômicos, comunicativos; como pode ser também pensado sob a ótica daquela parte ativa da população que, atuando em seus contextos privados, se preocupam por temáticas de ordem geral, em maior ou menor intensidade, de acordo com seu nível de informação e exposição compreensiva aos meios de comunicação social, interagindo uns com os outros. Cândido Monzón apresenta esse conceito mais amplo de público formador de opinião:

*El sujeto de la opinión pública es el público y con este término nos referimos tanto a las minorías cultas e influyentes de la sociedad (como ocurría en los orígenes de la opinión pública) como a aquella parte activa de la población que, al actuar como personas privadas, se preocupan por los asuntos de interés general. No participan todos con la misma intensidad, pero son personas atentas a lo público, en gran parte informadas y expuestas a los medios de comunicación. Utilizan las redes de la comunicación humana para transmitir mensajes y preocupaciones con la conciencia de que participan de una idea o sentimiento común y que esta participación atañe a muchos. El público de la opinión pública goza de un sentimiento de universalidad, de opinión compartida que, al ser pública, actúa como*

*elemento de cohesión y de refuerzo. Los medios de comunicación, los grupos de presión, los líderes y el interés personal contribuyen a esta convergencia de opiniones y actitudes en el público.* (MONZÓN, 2006, p. 38-39).

Portanto, o mais importante diferencial entre esses diferentes tipos de formadores de opinião será trazido pelos meios de comunicação social, que são axiomas indispensáveis e legitimadores do Estado democrático, conforme entendimento consagrado no Supremo Tribunal Federal:

LIBERDADE DE INFORMAÇÃO - DIREITO DE CRÍTICA - PRERROGATIVA POLÍTICO-JURÍDICA DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL - MATÉRIA JORNALÍSTICA QUE EXPÕE FATOS E VEICULA OPINIÃO EM TOM DE CRÍTICA - CIRCUNSTÂNCIA QUE EXCLUI O INTUITO DE OFENDER - AS EXCLUDENTES ANÍMICAS COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO DO “ANIMUS INJURIANDI VEL DIFFAMANDI” - AUSÊNCIA DE ILICITUDE NO COMPORTAMENTO DO PROFISSIONAL DE IMPRENSA - INOCORRÊNCIA DE ABUSO DA LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO - CARACTERIZAÇÃO, NA ESPÉCIE, DO REGULAR EXERCÍCIO DO DIREITO DE INFORMAÇÃO - O DIREITO DE CRÍTICA, QUANDO MOTIVADO POR RAZÕES DE INTERESSE COLETIVO, NÃO SE REDUZ, EM SUA EXPRESSÃO CONCRETA, À DIMENSÃO DO ABUSO DA LIBERDADE DE IMPRENSA - A QUESTÃO DA LIBERDADE DE INFORMAÇÃO (E DO DIREITO DE CRÍTICA NELA FUNDADO) EM FACE DAS FIGURAS PÚBLICAS OU NOTÓRIAS - JURISPRUDÊNCIA - DOUTRINA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - A liberdade de imprensa, enquanto projeção das liberdades de comunicação e de manifestação do pensamento, reveste-se de conteúdo abrangente, por compreender, dentre outras prerrogativas relevantes que lhe são inerentes, (a) o direito de informar, (b) o direito de buscar a informação, (c) o direito de opinar e (d) o direito de criticar. - A crítica jornalística, desse modo, traduz direito impregnado de qualificação constitucional, plenamente oponível aos que exercem qualquer atividade de interesse da coletividade em geral, pois o interesse social, que legitima o direito de criticar, sobrepõe-se a eventuais suscetibilidades que possam revelar as pessoas públicas ou as figuras notórias, exercentes, ou não, de cargos oficiais. - A crítica que os meios de comunicação social dirigem a pessoas públicas (e a figuras notórias), por mais dura e veemente que possa ser, deixa de sofrer, quanto ao seu concreto exercício, as limitações externas que ordinariamente resultam dos direitos de personalidade. - Não induz responsabilidade civil a publicação de matéria jornalística cujo conteúdo divulgue observações em caráter mordaz ou irônico ou, então, veicule opiniões em tom de crítica severa,

dura ou, até, impiedosa, ainda mais se a pessoa, a quem tais observações forem dirigidas, ostentar a condição de figura notória ou pública, investida, ou não, de autoridade governamental, pois, em tal contexto, a liberdade de crítica qualifica-se como verdadeira excludente anímica, apta a afastar o intuito doloso de ofender. Jurisprudência. Doutrina. - **O Supremo Tribunal Federal tem destacado, de modo singular, em seu magistério jurisprudencial, a necessidade de preservar-se a prática da liberdade de informação, resguardando-se, inclusive, o exercício do direito de crítica que dela emana, verdadeira “garantia institucional da opinião pública” (Vidal Serrano Nunes Júnior), por tratar-se de prerrogativa essencial que se qualifica como um dos suportes axiológicos que conferem legitimação material ao próprio regime democrático. - Mostra-se incompatível, com o pluralismo de ideias (que legitima a divergência de opiniões), a visão daqueles que pretendem negar, aos meios de comunicação social (e aos seus profissionais), o direito de buscar e de interpretar as informações, bem assim a prerrogativa de expender as críticas pertinentes.** Arbitrária, desse modo, e inconciliável com a proteção constitucional da informação, a repressão à crítica jornalística, pois o Estado - inclusive seus Juízes e Tribunais - não dispõe de poder algum sobre a palavra, sobre as ideias e sobre as convicções manifestadas pelos profissionais da Imprensa, não cabendo, ainda, ao Poder Público, estabelecer padrões de conduta cuja observância implique restrição indevida aos “mass media”, que hão de ser permanentemente livres, em ordem a desempenhar, de modo pleno, o seu dever-poder de informar e de praticar, sem injustas limitações, a liberdade constitucional de comunicação e de manifestação do pensamento. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência comparada (Corte Europeia de Direitos Humanos e Tribunal Constitucional Espanhol). (AI 690841 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 21/06/2011, DJe-150 DIVULG 04-08-2011 PUBLIC 05-08-2011 EMENT VOL-02560-03 PP-00295) (grifo nosso).

Após o fortalecimento da imprensa escrita e seus consequentes lógicos como os meios de comunicação de massa como o rádio, a televisão e a internet, expandiu e se desenvolveu nas sociedades diversas o público leitor, que aprimorando sua participação política, em maior ou menor grau se apresentaria como um público político (o que não se confunde com eleitorado). Daí a importância dos órgãos de comunicação, que com seu poder de difusão da informação, passaram a difundir também a opinião pública à toda a população, mas também a interpretar e a direcionar com-

portamentos desta mesma população, o que só contribuiu para a confusão terminológica da expressão “opinião pública”.

Assim, diante das confusões criadas pelos órgãos de comunicação social, para se entender a formação da opinião pública, algumas distinções são devidas, que deve respeitar fatores como a natureza dos grupos formadores de opinião, a estrutura social do país em questão, os sistemas educacionais imperantes, a forma de ação dos meios de comunicação e especialmente as formas de relação interpessoal.

Neste processo de formação de opinião pública, portanto, algumas fases serão de importante percepção.

Inicialmente, deve ser observado que há, diante de um determinado problema social, um *clima de opinião* que se refere às predisposições coletivas, tradições e costumes por meio dos quais se representam as opiniões habituais da sociedade para a solução dessa problemática. De outro lado, *opiniões individuais* são os sentimentos, atitudes e predisposições de cada pessoa em relação a esse mesmo problema. Aqui ainda não se está falando de opinião pública.

Os problemas sociais, de seu turno, representam os *temas de opinião* que nada mais são que acontecimentos ou declarações que despertam a atenção e os interesses da sociedade, ou de partes desta. Não são todos os temas de opinião que farão parte da opinião pública, pois as circunstâncias de lugar e tempo poderão representar impeditivos de racionalização e formação do *clima de opinião* atinente aos *temas* apresentados, seja por indivíduos ou grupos sociais, seja por meios de comunicação social.

Mas, uma vez favorecida a formação de climas de opinião, pode-se chegar ao que se conhece como *clima comunicativo*, que é o intercâmbio de pontos de vista e correntes de ideias entre os membros que formam os ‘públicos’, através de suas redes de comunicação. Isto ainda não é ‘opinião pública’ formada, pois ainda está restrita a determinadas parcelas da sociedade (partido político, grupos de interesses, associações, sindicatos etc.).

Neste ponto, o processo de formação da opinião pública passa a ser preponderantemente iniciado pelos *meios de comunicação*, pois serão estes os responsáveis por dar ao conhecimento das pessoas em geral a existência de *temas de opinião*, e com isso possibilitar a criação de *climas comunicativos*. Mas, a opinião pública ainda não será formada estritamente nessa fase em

que o clima comunicativo é estabelecido na fixação de agendas por parte dos meios de comunicação. Essa fixação de climas comunicativos também pode ser feita diretamente pelos grupos de interesses, ou pelas redes interacionais diretas e horizontalizadas (como as redes sociais de internet, por exemplo).

A opinião pública somente será “realmente” encontrada após os debates e diálogos entre as partes e grupos sociais interessados, e é neste momento que se percebe a extrema importância dos meios de comunicação social, não como fixadores de climas comunicativos (papel para o qual não foram acionados), mas como informadores dos climas de opinião, e mediadores dos debates entre as diversas correntes de opinião formadas pelos temas problematizados pela sociedade, indivíduos, líderes de maioria e de minoria, públicos e também pelo poder estatal. É como afirma Paulo Bonavides, entendendo que tais práticas estariam conduzindo a opinião pública a seu fim:

Os jornais, as estações de rádio e televisão, a internet, seus redatores, seus colaboradores, seus comentaristas, escrevendo as colunas políticas e sociais, programando os noticiários, preparando as emissões radiofônicas, fazendo os grandes êxitos da televisão, constituem os veículos que conduzem a opinião e a elaboram (quando não a recebem já elaborada, com a palavra de ordem, que ‘vem lá de cima’), pois as massas, salvo parcelas humanas sociologicamente irrelevantes, se cingem simplesmente a recebê-la e adotá-la de maneira passiva, dando-lhe a chancela de ‘pública’. Essa opinião, filha da propaganda, caracteriza o século, sob o império das massas. Ela se institucionaliza nos partidos, nos sindicatos, nos grupos de pressão. Faz-se não raro estável e permanente. Sendo no fundo opinião ‘imposta’ e ‘irracional’, contestam-lhe publicistas como Bauer e Burdeau a natureza de verdadeira opinião pública. A opinião pública ‘verdadeira’ já desapareceu com o Estado liberal, ou está em vias de desaparecer com o Estado social da democracia de massas. Diz Bauer que seu conceito se mesclou com o de propaganda. Equipará-la a esta valeria tanto quanto desvirtuá-la, confundindo-se o sintoma com a doença, o que seria um erro. (BONAVIDES, 2011, p. 500-501).

Verificados esses debates, se estabelece uma dialética de racionalizações, expondo-se plexos distintos de opiniões (não necessariamente conflitantes), que após o diálogo estabelecido e mediado pelos meios

de comunicação, ou mesmo diretamente pelo encontro de redes interacionais, pode vir a estabelecer um consenso ou convergência de ideias que virá a contribuir para a solução dos temas de opinião apresentados, ou mesmo à superação de determinada corrente de opinião que passe a ser minoritária.

Esses debates, por fim, é que geram “opiniões públicas”, que, por sua vez, podem vir a confirmar posicionamentos adotados pela sociedade e pela maioria que detém o poder político, ou podem vir a modificar as relações de poder, e as soluções adotadas perante os temas de opinião. É como afirma, mais uma vez, Cándido Monzón:

*Por último, toda opinión busca ejercer algún tipo de presión e influencia sobre el gobierno, sobre el resto de sociedad o sobre aquellas instancias a las que dirigen sus miradas. Que lo consigan o no depende de muchos factores; por ejemplo, del sistema político vigente, de la cantidad de personas que participa de la misma idea, de la intensidad con que se viva y de la imagen compacta que proyecten. No tiene fuerza de ley, pero sí tiene la fuerza moral de sus razones y del apoyo de la gente que la respalda. (MONZÓN, 2006, p. 45).*

Por meio da adequada institucionalização destes meios de comunicação de massas, no Estado democrático contemporâneo é que se perceberá a ocorrência de alguma patologia capaz de distorcer a opinião dos cidadãos, dificultar o diálogo entre os diversos setores sociais, e anular a autonomização informativa do cidadão. Esse quadro patológico de manipulação de símbolos no espaço da mídia (CASTELLS, 1999, p. 424), ocorrência comum em países periféricos que não regulam adequadamente os meios de comunicação social como o Brasil, é bem descrito por Bruce Ackerman:

Os jornais e a televisão dispõem de poucos incentivos para monitorar políticos e estadistas de forma contínua e detalhada. Tais instituições oprimem a capacidade de processamento das informações da cidadania comum que constitui a audiência de massa. O que esse público deseja é a notícia: fragmentos e partículas de acontecimentos correntes, e que exige pouco de um cenário que não lhe é familiar. Entretanto, devido à passividade prevalecente do cidadão comum, a comunicação de massa dispõe de um mecanismo essencial que os representantes acessam, mesmo que superficialmente, para a exposição aos seus constituintes. Se a ‘notícia’ é o que eles desejam, é a ‘notícia’ o que os políticos e estadistas lhe darão. Esse fato gera um grande número de distorções conhecidas. A primeira é o culti-

vo de uma 'personalidade da mídia' – um político pode cultivar os talentos necessários para transmitir uma impressão favorável em um programa de TV em apenas quinze minutos. Inversamente, uma gafe cinematográfica, ou seja, um momento de frustração ou de fracasso pode inverter esse quadro e destruir a reputação de um bom nome, construída durante anos de dedicação à vida pública. A segunda distorção, caminhando do estilo para a essência, é a característica da mídia em valorizar as mensagens mais superficiais, pois é apenas esse tipo de mensagem que será digerido pelo modesto e limitado poder de absorção do público. Obviamente, os cidadãos comuns recebem uma carga de banalidades políticas herdadas do passado, já que essas mensagens são suficientemente conhecidas e não exigem uma explicação elaborada. A banalidade não restituível é pontuada, em contrapartida, pela simplicidade evocativa, tão sensacional que absorve a atenção da audiência. O que é mais difícil, entretanto, é envolver a mídia em um processo longo e sério de educação pública em questões de significado social genuíno. (ACKERMAN, 2006, p. 348-349).

Quanto ao caso brasileiro, percebe-se que não há qualquer regulação do sistema de comunicação social. As únicas referências legislativas são: o Código de Telecomunicações de 1962, que por sua vez foi fragmentado pela Lei 9.472/97, de modo a que no setor impera a incerteza; a ineficaz regulação da propriedade cruzada<sup>7</sup> feita pelo Decreto-Lei 236/67 que jamais foi interpretado como regulação de concentração da propriedade, apesar da determinação do art. 220, § 5º, da Constituição; a legislação excludente das rádios comunitárias (Lei 9.612/98); e o total abandono a que foi relegado o Conselho de Comunicação Social, apesar de sua previsão constitucional (art. 224) e legal (Lei n. 8.389/91). Alexandre Sankievicz sintetiza o debate constitucional em torno dessa temática:

Nas sociedades contemporâneas, os meios de comunicação de massa têm papel essencial na difusão do conhecimento e na formação da opinião pública. Ciente dessa importância, o constituinte brasileiro traçou, nos arts. 5º e 220 a 224 da Constituição Federal, os princípios e regras fundamentais da liberdade de expressão e do setor de comunicação social no Brasil. Vinte anos após a promulgação da Carta Magna, contudo, intensas controvérsias existentes no Congresso Nacional impedem a aprovação de leis que es-

---

7 Propriedade cruzada é o fato de o mesmo grupo empresarial, em um mesmo mercado, ser concessionário de emissora de rádio, de emissora de televisão, e ainda ser proprietário de jornais ou de revistas.

tabeleçam um novo marco regulatório para o setor. Embora haja um claro descompasso entre a atual Constituição e a legislação infraconstitucional que regula os meios de comunicação, a aprovação de uma nova legislação não é tarefa fácil [...]. Sem entrar no debate travado sobre pontos específicos das propostas encaminhadas pelo governo federal, noção amplamente divulgada à época pela mídia brasileira é a de que existiria uma absoluta incompatibilidade entre a regulação dos meios de comunicação e a liberdade de expressão. Em boa parte dos países da Europa, entretanto, que possuem forte compromisso com as liberdades públicas, e mesmo nos Estados Unidos, onde a liberdade de expressão é o mais protegido direito fundamental do sistema jurídico, existem órgãos externos ao setor de comunicação social com a função de regular a atividade das empresas. (SANKIEVICZ, 2011, p. 11-12).

A subsunção da regulação da comunicação social, ainda, pode inclusive ser conceituada como um tabu, o que é confirmado pelo teor pejorativo de algumas notícias e editoriais<sup>8</sup> e de textos publicados em livros e revistas, que sempre tratam os debates sobre essa regulação como tentativas de impor censuras e mordanças, cerceando a liberdade de imprensa e de expressão. Leia-se, por exemplo, o que escreve Heródoto Barbeiro em um livro com o sugestivo título de “Media training – como usar a mídia a seu favor”: “quem deve vigiar e punir o jornalista é a opinião pública, uma vez que ele também sobrevive de sua credibilidade. Nada de Lei de Imprensa, Conselho de Jornalismo e outras fórmulas fascistas de controlar a liberdade de imprensa e de expressão”. (BARBEIRO, 2011, p. 112-113).

A Constituição Federal prevê, em seu art. 5º, incs. IV, V, VI, VIII, IX, X, XIII e XIV, diversos direitos individuais que se conectam com o amplo conceito de liberdade e autonomia individual de cada cidadão para determinar-se neste ou naquele sentido. Para priorizar esta ampla liberdade, assinalada no *caput* do art. 5º, é que são garantidos aos indivíduos os diversos matizes dessa liberdade, tais como a liberdade de pensamento, a liberdade de consciência e de crença, a livre convicção religiosa, filosófica ou política, a liberdade de expressão intelectual, artística, científica e

---

8 Disponíveis, por exemplo, nos sítios: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,trio-da-mordaca-ataca-de-novo-,806436,0.htm>>, <<http://colunas.revistaepoca.globo.com/guilhermefiuza/tag/censura/>> e <<http://www1.folha.uol.com.br/colunas/eliogaspari/1183686-querem-domesticar-a-internet.shtml>>.

de comunicação, o livre exercício do trabalho, ofício ou profissão e o livre acesso à informação.

Esta liberdade, todavia, não existe sem o respeito ao pluralismo e às opiniões das minorias. A democracia não sobrevive apenas do que entende a maioria, e é enganoso pensar que o pensamento democrático não existe fora da política. Ele também deve permear a atitude da sociedade fora da política, especialmente em atos de largo espectro social. Ou seja, as maiorias devem estar atentas às minorias no dia a dia, nas relações humanas comunicacionais, mesmo fora do debate político, sob pena de opressão indesejável ao diálogo humano. Eduardo Appio analisa o descompasso da regra da maioria:

Muito embora a regra da maioria aspire ser a concepção mais próxima da democracia ideal – até porque busca forte inspiração nas raízes históricas e filosóficas greco-romanas – não pode ser aceita como a única concepção admitida pela Constituição. A regra da maioria pode facilmente se converter em ditadura das maiorias, especialmente nas sociedades pós-modernas, imersas em um universo marcado pela tecnologia da informação (comunicação social). Gays, mulheres, negros e minorias de uma maneira geral, por ausência de força política suficiente em sua representação no Congresso, seriam reféns permanentes da intolerância das massas. (APPIO, 2008, p. 41).

Democracia, portanto, passa necessariamente pelo respeito à premissa do pluralismo, o que está delineado no *caput* do art. 1º, e em seu inc. V. Ou seja, só existe Estado democrático de Direito, se houver pluralismo político. Assim, só haverá democracia se todos tiverem participação, em uma sociedade efetivamente plural.

Os diversos matizes do direito à liberdade, portanto, devem ser interpretados à luz da necessidade de pluralismo. Só haverá democracia se a todos os grupos de interesse da sociedade for garantido o livre acesso à informação, e não apenas àqueles grupos que representem a maioria da sociedade. O mesmo raciocínio se dá com a liberdade de expressão, a liberdade de pensamento etc. Uma das formas de se garantir esse espaço plural comunicativo de exercício da democracia e do debate livre de pressões econômicas é por meio da possibilidade de amplo acesso do cidadão, grupos sociais e de respectivas ideias aos meios de comunicação

social. É o conhecido “direito de antena”. Sankiewicz o conceitua de modo objetivo, e colaciona o panorama mundial sobre o tema:

O direito de antena assegura a concessão de espaço na mídia a entidades representativas da sociedade civil. Em diferentes países, o direito de antena adquire alcance mais ou menos alargado consoante abranja diferentes titulares provenientes de distintos sistemas de ação social. Em Portugal, por exemplo, o art. 40 da Constituição confere aos partidos políticos, às organizações sindicais, profissionais e representativas das atividades econômicas, bem como a outras organizações sociais de âmbito nacional, de acordo com a sua relevância e representatividade, tempos de antena no serviço público de rádio e de televisão. Em países como Alemanha, França Espanha, e Holanda, existem previsões similares que possibilitam uma maior participação da sociedade civil na mídia. (SANKIEVICZ, 2011, p. 187-188).

Esse é um direito que, no caso brasileiro, só é garantido a partidos políticos, conforme previsão do art. 17, § 3º, da Constituição Federal, que confere a esses organismos sociais o acesso gratuito à rede de rádio e TV, na forma do que é regulamentado no art. 45 da Lei n. 9.096/95 (propaganda partidária) e também nos arts. 36 a 58-A da Lei n. 9.504/97 (propaganda eleitoral).

O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de se manifestar e confirmar a existência do direito de antena, há vinte anos, por ocasião da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 839, em face das disposições da Lei n. 8.624/93. Esta Lei dispunha sobre a regulamentação do plebiscito que definiu forma e sistema de governo do Brasil, e esta ação contra os dispositivos do direito de antena foi julgada improcedente. Eis o acórdão:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI Nº 8.624/93, QUE DISPÕE SOBRE O PLEBISCITO DESTINADO A DEFINIR A FORMA E O SISTEMA DE GOVERNO - REGULAMENTAÇÃO DO ART. 2º DO ADCT/88, ALTERADO PELA EC 02/92 - IMPUGNAÇÃO A DIVERSOS ARTIGOS (ARTS. 4º, 5º E 6º) DA REFERIDA LEI Nº 8.624/93 - ORGANIZAÇÃO DE FRENTES PARLAMENTARES, SOB A FORMA DE SOCIEDADE CIVIL, DESTINADAS A REPRESENTAR O PARLAMENTARISMO COM REPÚBLICA, O PRESIDENCIALISMO COM REPÚBLICA E O PARLAMENTARISMO COM MONARQUIA - NECESSIDADE DE REGISTRO DESSAS FRENTES PARLAMENTARES, PERANTE A MESA DIRETORA DO CONGRESSO NACIONAL, PARA EFEITO DE ACESSO GRATUITO ÀS EMISSORAS DE RÁDIO E DE TELEVISÃO, PARA

DIVULGAÇÃO DE SUAS MENSAGENS DOUTRINÁRIAS (“DIREITO DE ANTENA”) - ALEGAÇÃO DE QUE OS PRECEITOS LEGAIS IMPUGNADOS TERIAM TRANSGREDIDO OS POSTULADOS CONSTITUCIONAIS DO PLURALISMO POLÍTICO, DA SOBERANIA POPULAR, DO SISTEMA PARTIDÁRIO, DO DIREITO DE ANTENA E DA LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO - SUPOSTA USURPAÇÃO, PELO CONGRESSO NACIONAL, DA COMPETÊNCIA REGULAMENTAR OUTORGADA AO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL - CONSIDERAÇÕES, FEITAS PELO RELATOR ORIGINÁRIO (MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA), EM TORNO DE CONCEITOS E DE VALORES FUNDAMENTAIS, TAIS COMO A DEMOCRACIA, O DIREITO DE SUFRÁGIO, A PARTICIPAÇÃO POLÍTICA DOS CIDADÃOS, A ESSENCIALIDADE DOS PARTIDOS POLÍTICOS E A IMPORTÂNCIA DE SEU PAPEL NO CONTEXTO DO PROCESSO INSTITUCIONAL, A RELEVÂNCIA DA COMUNICAÇÃO DE IDÉIAS E DA PROPAGANDA DOUTRINÁRIA NO CONTEXTO DA SOCIEDADE DEMOCRÁTICA - ENTENDIMENTO MAJORITÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO SENTIDO DA INOCORRÊNCIA DAS ALEGADAS OFENSAS AO TEXTO DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA. (ADI-MC 839, Rel.: Min. NÉRI DA SILVEIRA).

Em outra ocasião, mais recente e conhecida dos meios de comunicação de massa, o STF defendeu o postulado do pluralismo de ideias e da democracia nos meios de comunicação, através da não recepção da Lei n. 5.250/67 (Lei de Imprensa) em face da CF/88, determinada no julgamento da ADPF n. 130; o que acarretou, contudo, um incômodo vácuo legislativo na regulação da matéria. Eis a ementa e trechos mais importantes do longo acórdão:

EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). LEI DE IMPRENSA. ADEQUAÇÃO DA AÇÃO. REGIME CONSTITUCIONAL DA “LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA”, EXPRESSÃO SINÔNIMA DE LIBERDADE DE IMPRENSA. A “PLENA” LIBERDADE DE IMPRENSA COMO CATEGORIA JURÍDICA PROIBITIVA DE QUALQUER TIPO DE CENSURA PRÉVIA. A PLENITUDE DA LIBERDADE DE IMPRENSA COMO REFORÇO OU SOBRETUTELA DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELLECTUAL E COMUNICACIONAL. LIBERDADES QUE DÃO CONTEÚDO ÀS RELAÇÕES DE IMPRENSA E QUE SE PÕEM COMO SUPERIORES BENS DE PERSONALIDADE E MAIS DIRETA EMANAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. O CAPÍTULO CONSTITUCIONAL DA COMUNICAÇÃO SOCIAL COMO SEGMENTO PROLONGADOR DAS

LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELECTUAL E COMUNICACIONAL. TRANSPASSE DA FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS PROLONGADOS AO CAPÍTULO PROLONGADOR. PONDERAÇÃO DIRETAMENTE CONSTITUCIONAL ENTRE BLOCOS DE BENS DE PERSONALIDADE: O BLOCO DOS DIREITOS QUE DÃO CONTEÚDO À LIBERDADE DE IMPRENSA E O BLOCO DOS DIREITOS À IMAGEM, HONRA, INTIMIDADE E VIDA PRIVADA. PRECEDÊNCIA DO PRIMEIRO BLOCO. INCIDÊNCIA A POSTERIORI DO SEGUNDO BLOCO DE DIREITOS, PARA O EFEITO DE ASSEGURAR O DIREITO DE RESPOSTA E ASSENTAR RESPONSABILIDADES PENAL, CIVIL E ADMINISTRATIVA, ENTRE OUTRAS CONSEQUÊNCIAS DO PLENO GOZO DA LIBERDADE DE IMPRENSA. PECULIAR FÓRMULA CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO A INTERESSES PRIVADOS QUE, MESMO INCIDINDO A POSTERIORI, ATUA SOBRE AS CAUSAS PARA INIBIR ABUSOS POR PARTE DA IMPRENSA. PROPORCIONALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS E MATERIAIS A TERCEIROS. RELAÇÃO DE MÚTUA CAUSALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E DEMOCRACIA. RELAÇÃO DE INERÊNCIA ENTRE PENSAMENTO CRÍTICO E IMPRENSA LIVRE. A IMPRENSA COMO INSTÂNCIA NATURAL DE FORMAÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA E COMO ALTERNATIVA À VERSÃO OFICIAL DOS FATOS. PROIBIÇÃO DE MONOPOLIZAR OU OLIGOPOLIZAR ÓRGÃOS DE IMPRENSA COMO NOVO E AUTÔNOMO FATOR DE INIBIÇÃO DE ABUSOS. NÚCLEO DA LIBERDADE DE IMPRENSA E MATÉRIAS APENAS PERIFERICAMENTE DE IMPRENSA. AUTORREGULAÇÃO E REGULAÇÃO SOCIAL DA ATIVIDADE DE IMPRENSA. NÃO RECEPÇÃO EM BLOCO DA LEI Nº 5.250/1967 PELA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. EFEITOS JURÍDICOS DA DECISÃO. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO.

[...]

6. RELAÇÃO DE MÚTUA CAUSALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E DEMOCRACIA. A plena liberdade de imprensa é um patrimônio imaterial que corresponde ao mais eloquente atestado de evolução político-cultural de todo um povo. Pelo seu reconhecido condão de vitalizar por muitos modos a Constituição, tirando-a mais vezes do papel, a Imprensa passa a manter com a democracia a mais entranhada relação de mútua dependência ou retroalimentação. Assim visualizada como verdadeira irmã siamesa da democracia, a imprensa passa a desfrutar de uma liberdade de atuação ainda maior que a liberdade de pensamento, de informação e de expressão dos indivíduos em si mesmos considerados. O § 5º do art. 220 apresenta-se

como norma constitucional de concretização de um pluralismo finalmente compreendido como fundamento das sociedades autenticamente democráticas; isto é, o pluralismo como a virtude democrática da respeitosa convivência dos contrários. A imprensa livre é, ela mesma, plural, devido a que são constitucionalmente proibidas a oligopolização e a monopolização do setor (§ 5º do art. 220 da CF). A proibição do monopólio e do oligopólio como novo e autônomo fator de contenção de abusos do chamado “poder social da imprensa”. 7. RELAÇÃO DE INERÊNCIA ENTRE PENSAMENTO CRÍTICO E IMPRENSA LIVRE. A IMPRENSA COMO INSTÂNCIA NATURAL DE FORMAÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA E COMO ALTERNATIVA À VERSÃO OFICIAL DOS FATOS. O pensamento crítico é parte integrante da informação plena e fidedigna. O possível conteúdo socialmente útil da obra compensa eventuais excessos de estilo e da própria verve do autor. O exercício concreto da liberdade de imprensa assegura ao jornalista o direito de expender críticas a qualquer pessoa, ainda que em tom áspero ou contundente, especialmente contra as autoridades e os agentes do Estado. A crítica jornalística, pela sua relação de inerência com o interesse público, não é aprioristicamente suscetível de censura, mesmo que legislativa ou judicialmente intentada. O próprio das atividades de imprensa é operar como formadora de opinião pública, espaço natural do pensamento crítico e “real alternativa à versão oficial dos fatos” [...]

12. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. Total procedência da ADPF, para o efeito de declarar como não recepcionado pela Constituição de 1988 todo o conjunto de dispositivos da Lei federal nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967. (ADPF 130, Rel. Min. CARLOS BRITTO, 1º/4/2009).

Assim, uma imprensa livre, com meios de comunicação social livres exercendo seu *munus* constitucional de informar a sociedade, depende diretamente da ausência de qualquer dependência destes órgãos de mídia em relação ao poder político e ao poder econômico, o que não vem sendo assegurado no Brasil, ante a força exercida nos profissionais de imprensa para divulgação dos ideários dos grupos de pressão supracitados, por vezes afastados do interesse público. Entretanto, não há, na democracia brasileira, qualquer regulação ou ao menos sistematização sobre temas relevantes tais como: independência editorial, identificação de linhas editoriais, condições leais de concorrência efetiva, ou sobre diversidade e qualidade da programação social e cultural exposta, bem

como sobre avaliações periódicas de cumprimento das obrigações de serviço público.

Portanto, na forma como estão sendo conduzidos, estes relacionamentos entre os meios de comunicação, a sociedade e os grupos de pressão estão minando a credibilidade de vários órgãos de imprensa e a sua própria existência, exatamente pelo fato de que não há qualquer regulação sobre os limites do sistema.

Ora, não se deve esquecer que os órgãos de comunicação social para grandes massas, no Brasil, nada mais são que empresas que produzem atividade econômica. Ou seja, respeitam a lógica capitalista e competitiva de seu mercado, de transmissão de informação como causa para venda de revistas e jornais em papel, bem como de espaços publicitários, entre outros signos estimuladores de atividade econômica. Pascual Serrano, importante comunicador espanhol, faz contraponto entre essa atividade econômica e a liberdade de imprensa, aplicável a qualquer democracia moderna:

Os meios de comunicação privados, mesmo que isso soe paradoxal, podem ser mais servis ao poder político do que os públicos. Não nos esqueçamos de que grande parte de sua receita provém de medidas governamentais: publicidade institucional, incentivos fiscais benéficos, subsídios, programas de ajuda, entre outros. Não obstante, eles não possuem sistemas de controle públicos, como os conselhos editoriais, os representantes da oposição ou de comissões parlamentares, os conselhos de cidadãos etc. Essa situação origina um duplo discurso dos donos da mídia privada: eles denunciam intervencionismo quando as decisões democráticas não são de seu gosto, mas exigem dinheiro e ajudas públicas quando enfrentam dificuldades econômicas. (MORAES, 2013, p. 81).

Não se deve esquecer também da concorrência predatória entre essas fábricas de informação, em procura da nota mais urgente e apressada sobre os fatos que a diferencie das outras e a permita apresentar um serviço distinto da concorrente. Patrick Charadeau faz a análise deontológica do papel destas mídias de massa:

O relato midiático constrói seu próprio real negociando com nossos imaginários. Como as mídias dedicam-se, por um lado, a procurar a revelação e, por outro, a ampliar a dramatização do acontecimento através de um relato

ficcionalizante, o público não é mais tratado como cidadão, mas sim como espectador de um mundo que se torna objeto de fascinação, que o atrai e lhe causa repulsa ao mesmo tempo. Torna-se então refém de um processo de catarse social: as mídias – e particularmente a televisão – desempenham a função de produtores de catarse social. Com efeito, a *mise-em-scène* ficcionalizante do acontecimento cria um universo no qual o telespectador pode projetar-se e identificar-se com os heróis que aí se encontram representados, satisfazendo assim sua busca de destino-espelho. Paralelamente, os procedimentos midiáticos permitem cada vez mais criar a ilusão do factual, do autêntico, da prova da realidade dos fatos, pela investigação do privado, do íntimo, do testemunho, persuadindo-nos de que ‘isso realmente aconteceu assim’. É o que pode ser chamado de verossímil, ou de ‘verdadeiro verossímil’, o que faz com que se fundam os dados da ficção com a ilusão do autêntico, que dá um suporte de realidade tangível às figuras de identificação da ficção. A responsabilidade das mídias reside nessas escolhas. (CHARADEAU, 2012, p. 273).

Não é difícil concluir que onde não há regulação de poder econômico esse poder indubitavelmente será utilizado de modo abusivo e descontrolado, o que, na comunicação social, pode fragilizar pilares essenciais da vida em comum, em especial a democracia e o pluralismo, e a própria liberdade de expressão, comunicação e de imprensa.

Todos os segmentos da sociedade devem ter seu espaço de liberdade respeitado, e para tanto nenhuma dessas liberdades pode ser exercida de modo abusivo, sob pena de ser entendida, em sua natureza, como um ato ilícito (o abuso de direito é ato ilícito tratado no art. 187 do Código Civil). Nenhuma liberdade e nenhum direito é tão absoluto a ponto de se entender que está em nível que não possa ser submetido a controle. Enfim, não é demais lembrar que será através, preponderantemente, dos meios de comunicação social, que as ideias políticas e sociais se difundirão no corpo social, gerando, com isso, maior permeabilidade e amplitude da opinião pública, e maior legitimidade das decisões estatais provenientes desse diálogo institucional havido de forma mediada pelos órgãos de comunicação social.

Portanto, intentando esclarecer algumas névoas neste nebuloso tema que é a opinião pública, tecem-se algumas conclusões. A opinião pública, assim como diversos outros “fatos”, é uma construção social, e

para que se compreenda adequadamente suas finalidades e sua relevância, deve ser diferenciada especialmente de acordo com o “público” do qual é emanada.

Assim, haverá tantas “opiniões públicas”, relativas à determinada problemática social, quantos sejam os agentes indutores. E, neste ponto, é notório que o Legislativo não é mais o local por excelência de produção de “opinião pública”. Outras instituições, estatais e/ou sociais, já vêm ocupando esse espaço há muitas décadas, especialmente aquelas relacionadas aos meios de comunicação social, para os quais os parlamentares, inclusive, voltam mais a sua atenção a fim de demonstrar seu trabalho legislativo. De outro lado, vivendo a modernidade multifária comunicacional dos dias atuais, essa profusão de agentes indutores de opinião pública não é contraditória com o perfil e a finalidade das demais instituições. Ora, se o Judiciário, a imprensa, ou o Ministério Público cumprem seus misteres e com isso suas manifestações passam a ser abraçadas pela opinião pública após a devida divulgação, isso não quer significar um desvirtuamento das instituições; no máximo, pode corporificar um início de mutação constitucional. O que não pode ocorrer é um desvio de finalidade dos agentes que são responsáveis pelas instituições, utilizando-se das mesmas para promoção pessoal ou outro fim que não seja público. Deve se diferenciar a opinião pública induzida pelas instituições da opinião particular dos representantes institucionais.

Mas, enfim, tudo isso só corrobora a tese afirmativa de que a opinião pública é uma maneira de se aferir a legitimidade e a representatividade dos agentes que induzem sua formação, especialmente no que atine a instituições estatais e prestadoras de serviço público, como os meios de comunicação social.

## 2 Premissas políticas e jurídicas

Diversas são as ferramentas pelas quais o trabalho dos juízes pode ser aprimorado, com o fim de que a legitimidade de suas decisões tenha uma base hermenêutico-constitucional sólida. Este aperfeiçoamento de legitimidade depende necessariamente do estudo das teorias da argumentação jurídica.

Assim, a prática jurídica consiste, fundamentalmente, em argumentar, e costuma-se convir em que a qualidade que melhor define o que se entende por um bom jurista talvez seja a sua capacidade de construir argumentos, defendendo-os e manejando-os com habilidade.

O discurso jurídico é inevitavelmente um modelo linguístico, portador de importantes limites semânticos, pois a compreensão dos termos por parte do ouvinte é condição para a proposição de normas jurídicas por parte

do orador. Como modelo linguístico que é, há algo que merece ser estudado na representação da linguagem e seus dois principais fatores: a língua e a fala. Como Saussure (1857-1913) afirmava em seu clássico póstumo *Curso de linguística geral* (1916):

Evitando estéreis definições de termos, distinguimos primeiramente, no seio do fenômeno total que representa a linguagem, dois fatores: a língua e a fala. A língua é para nós a linguagem menos a fala. É o conjunto dos hábitos linguísticos que permitem a uma pessoa compreender e fazer-se compreender. Mas essa definição deixa ainda a língua fora de sua realidade social; faz dela uma coisa irreal, pois não abrange mais que um dos aspectos da realidade: o individual; é mister uma massa falante para que exista uma língua. Em nenhum momento, e contrariamente à aparência, a língua existe fora do fato social, visto ser um fenômeno semiológico. (SAUSSURE, 2006, p. 92).

Portanto, é por meio da língua que as pessoas se compreendem mutuamente, utilizando-se dos signos linguísticos, e se for inserido o elemento tempo nessa relação entre língua e fala, perceber-se-á que apesar do efeito de permanência que o tempo insere na linguagem, o tempo também é capaz de alterar mais ou menos rapidamente o signo linguístico, em face das transformações criadas pelos atos de fala. É como um ciclo: a fala busca inspiração no repertório já existente na língua (sintagma), que por sua vez se alimenta dos atos de fala, o que aumentará a massa substrato da língua, modificando, extinguindo ou criando novos usos da língua, e evoluindo-a (paradigma) no tempo.

Por analogia, esse ciclo deve ser aplicável à interpretação do discurso jurídico. Basta que se altere o conceito de língua pelo conceito de valores constitucionais, e o conceito de massa falante para o conceito de cidadão intérprete constitucional. A interpretação jurídica da Constituição só ganha sentido com a internalização das interpretações daqueles que a construíram, ou seja, os próprios representados.

É indispensável analisar a distinção entre contexto de descoberta e contexto de justificação (formal e material) dos argumentos, percebendo como esses contextos são utilizados modernamente pelos juízes.

O contexto da descoberta nada mais é que descobrir ou enunciar um argumento que, segundo a opinião geral, não é suscetível de análise

lógica, o que costuma ser analisado por sociólogos e historiadores do direito; enquanto o contexto da justificação busca aferir a validade de um argumento. Assim, uma coisa é a forma pela qual se explica o estabelecimento de uma premissa ou conclusão, e outra é o procedimento que justifica essa premissa ou conclusão. Vale dizer, segundo os parâmetros clássicos estabelecidos por Kelsen (2011) não se trata da melhor interpretação nem da mais arguta e inteligente, mas da interpretação advinda daqueles que tem a competência administrativa para tal, e cuja motivação deve estar expressa, de maneira a garantir os princípios democráticos exigíveis por essa mesma administração, mormente no exercício da jurisdição pelo Estado.

A importância da argumentação jurídica se situa precisamente no contexto de justificação dos argumentos, uma vez que indispensáveis à atuação da jurisdição e da administração, como demandado pela própria Constituição (art. 93, IX, CF/88) e pela legislação infraconstitucional (art. 2º, parágrafo único, VII, da Lei 9.784/99).

Em geral, tanto argumentações de descoberta (ou explicação) como de justificação, podem ter pretensões tanto descritivas quanto prescritivas, sendo possível descrever quais as causas que explicariam uma decisão judicial, como o juiz efetivamente embasou sua decisão no caso concreto, bem como prescrever mudanças legislativas visando a evitar que a ideologia dos juízes tenha um peso excessivo em suas decisões, e dispor sobre como o juiz deveria ter fundamentado sua decisão concretamente.

Nesse caminhar, é necessário distinguir duas linhas de análise das argumentações. Deste modo, algumas áreas do conhecimento como a Psicologia Social, analisariam como se decide de fato um problema social, sugerindo o que poderia ser feito para a redução de preconceitos e acréscimo de confiabilidade nas decisões (MOSCOVICI, 2011, p. 147), enquanto outro modelo, avançando sobre essas análises fáticas, estuda sob quais condições determinada argumentação pode ser considerada correta (lógica formal) e validamente aceitável (lógica material).

Na argumentação jurídica, distinguem-se três diferentes campos jurídicos onde se processam interpretações sobre os fatos e sobre o Direito. O primeiro deles é o da produção ou estabelecimento de normas jurídicas, subdividido nas fases pré-legislativa e propriamente legislativa. Na-

quela, as argumentações se efetuam como consequência do surgimento de um problema social que está a requerer produção legislativa, tendo ou não sido previamente discutida por seu público; nesta, argumentos seriam produzidos durante a tramitação de determinado projeto de lei, preponderando-se, formalmente, as questões técnico-jurídicas, em face de questões políticas e morais, que preponderam na fase pré-legislativa.

O segundo campo de investigações é o da aplicação de normas jurídicas a casos concretos. Embora essa seja uma atividade levada a cabo por juízes, o raciocínio é válido para decisões de órgãos administrativos (processo administrativo) e de particulares (arbitragem).

O terceiro campo em que se verificam argumentos jurídicos é o da dogmática jurídica, na qual se distinguem três funções: 1) fornecer critérios para a produção do Direito nas diversas instâncias em que ele ocorre; 2) ordenar e sistematizar um setor do ordenamento jurídico; 3) oferecer critérios para a aplicação do Direito. Em suma, a argumentação jurídica, sob esse aspecto, é uma tecnologia racionalista em busca da padronização de procedimentos, na organização do sistema do Direito.

Essas teorias da argumentação jurídica pretendem mostrar como as decisões jurídicas podem e devem ser racionalmente justificadas, e nesse sentido, indaga-se: é possível que, de fato, as decisões judiciais sejam tomadas de forma que o processo mental do juiz vá da conclusão às premissas? A formulação de decisões judiciais desta forma mitigaria a necessidade de justificar a decisão ou a deslegitimaria? As respostas para essas indagações não são absolutas.

Devem ser distinguidas, também, a argumentação dedutiva da indutiva, porquanto nos argumentos indutivos, ou não dedutivos (geralmente mais utilizados nas discussões jurídicas), a passagem das premissas à conclusão não é necessária, mas apenas provável ou plausível. Nos argumentos indutivos, se se aceita racionalmente a validade das premissas, existirá uma forte razão para se aceitar a validade da conclusão. Ocorre, por exemplo, na análise de provas pelo juiz, por intermédio das 'máximas da experiência', em oposição às 'regras legais de avaliação da prova'.

Assim, no tocante às decisões jurídicas, costuma ocorrer o que se chama de 'silogismo judicial' ou 'argumentação judicial', esquema lógico onde se apresentam as seguintes situações: a primeira premissa (norma)

enuncia uma regra geral na qual um caso concreto aparece como condição para uma consequência jurídica que deve se seguir, realizado o caso concreto; a segunda premissa representa a situação na qual se produziu um fato determinado que recai sob a hipótese de incidência (caso concreto) da primeira premissa; e a conclusão (sentença, por exemplo) estabelece que ao fato determinado e específico se deve juntar a consequência jurídica prevista na primeira premissa.

Nos casos jurídicos simples ou rotineiros, pode-se considerar que o trabalho argumentativo do juiz se reduza a efetuar um silogismo judicial. Porém, além dos casos simples, há uma imensa gama de casos difíceis – suposições nas quais a tarefa de estabelecer a premissa fática e/ou normativa exige novas argumentações que podem ou não ser dedutivas. Ao primeiro tipo de justificação, feita em casos simples, se referindo à validade de uma inferência a partir de premissas dadas, internas à argumentação, chama-se justificação interna. Ao segundo tipo de justificação, que põe à prova o caráter mais ou menos fundamentado de premissas em casos difíceis, chama-se justificação externa. A justificação interna é apenas questão de lógica formal, mas na justificação externa, corriqueira nas argumentações jurídicas, é preciso ir além da lógica formal. É deste tipo de justificação que se ocupam fundamentalmente as teorias da argumentação jurídica, a fim de fundamentar as decisões. Como destaca Madeira Filho (2006):

Quando se fala em Teoria da Decisão Jurídica procura-se aferir se aquela decisão corresponde ao um plano lógico de articulação discursiva, consentânea com os propósitos de uma tecnologia discursiva democrática. E quando se fala em Teoria da Motivação da Decisão, sublinha-se que a atuação do juiz não é mais centrada no auto-convencimento, mas na atuação do especialista discursivo que garantiu que as diferentes vozes obtiveram acesso ao discurso e que o resultado discursivo produzido é um produto da racionalidade.

## 2.1 Argumentação jurídica e democracia

A democracia, no modelo civilizatório ocidental, tem prevalecido sobre outras alternativas de organização política e social, de natureza au-

toritária ou totalitária, na grande maioria dos países. Mas, democratizar uma sociedade não é apenas dar o direito ao voto pura e simplesmente; é dar-lhe plenitude democrática, o que não se obtém apenas com eleições de representantes conforme padrões internacionais de justiça, competitividade, regularidade e ampla participação plural e étnica.

Ou seja, a ofensa a direitos fundamentais como a igualdade e a liberdade, a corrupção sistemática e o mau uso do patrimônio público, e o cerceamento à liberdade de expressão e de crítica podem, por exemplo, se configurar como formas de se impedir ou dificultar o funcionamento da democracia em padrões mínimos aceitáveis de qualidade. A democracia pode até existir, mas sua qualidade é questionável, e essa perspectiva pode até conduzir a eleições que não são livres, e a instituições sociais como a polícia e o Judiciário, que não são independentes. Nesses casos, segundo Moisés:

[...] além de não respeitar de modo completo princípios como o primado da lei ou a obrigação dos governantes de prestarem contas de suas ações aos eleitores, algumas democracias eleitorais convivem com déficits de representação e com a existência de sistemas partidários incapazes de servir de referência para as escolhas políticas dos eleitores. Elas também operam muitas vezes com base em relações ambíguas entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, sendo esses dois últimos muitas vezes incapazes de assegurar de forma adequada a independência que deve existir entre eles, e não garantindo devidamente a representação e a participação da sociedade civil na avaliação das decisões que afetam a comunidade política. Nesses casos, o que está em jogo não é apenas o desempenho formal das instituições, mas o fato de o seu modo de funcionamento frustrar tanto a realização de valores que orientaram a escolha do desenho institucional pela sociedade, como os interesses dos cidadãos. (MOISÉS, 2010, p. 84).

Assim, deve ser exigido do juiz, na justificação de suas decisões, que se permita o acesso igualitário à Justiça, de valores diferenciados pelas partes, em sua percepção de que os argumentos devem ser utilizados como técnica de isonomia e participação das partes. O juiz, portanto, deve estar aberto às partes, liderando a republicanização do Poder Judiciário e do processo, delineando contornos democráticos às argumentações desenvolvidas pelas decisões judiciais.

Tomando como papel o perfil democratizante do juiz moderno, é possível afirmar que o modelo de racionalidade discursiva das argumentações judiciais está incorporado ao Estado moderno, e, em particular, ao Estado democrático de Direito, presente na maioria das constituições. Deste modo, os respectivos participantes de um discurso jurídico (juízes, legisladores, administradores), independentemente de saberem se existe uma única resposta correta, devem elevar a pretensão de que a resposta dada por cada um deles seja a correta, para que as decisões atinjam a plenitude de validade e legitimidade necessariamente almejadas. É como afirma Marcelo Neves:

[...] embora seja inegável que da complexidade da sociedade moderna resulta uma enorme plurivocidade e vagueza do texto constitucional, condicionada pragmaticamente pelos valores, interesses e expectativas presentes na esfera pública pluralista, não se pode afirmar que a linguagem jurídica, especialmente a constitucional, seja arbitrária. É verdade que os sentidos objetivos são construídos em cada contexto específico de uso, mas os sentidos construídos socialmente passam a ter uma força que ultrapassa a vontade ou a disposição subjetiva do eventual intérprete ou utente. Portanto, na interpretação jurídica, não se trata de extrair arbitrariamente de uma infinidade de sentidos dos textos normativos a decisão concretizadora, nos termos de um contextualismo decisionista, mas também é insustentável a concepção ilusória de que só há uma solução correta para cada caso, conforme os critérios de um juiz hipotético racionalmente justo. (NEVES, 2008, p. 206-207).

Em que grau as argumentações produzidas pelos juízes estão sendo produzidas em um contexto de diálogo racional aberto com outros discursos que não sejam jurídicos? Estes juízes analisam, antes e depois de decidir, se aquela conclusão a que chegaram é albergada pelo ordenamento ou apenas creem que suas decisões são as mais justas e adequadas ao caso?

Ora, a interpretação de um determinado questionamento jurídico não é única. A moderna concepção de interpretação constitucional indica que esta interpretação não é privativa dos agentes públicos, mas caberia abertamente a todos que vivenciam as regras e princípios existentes na sociedade. Neste passo, segundo Habermas: “[...] no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos es-

tatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição” (HABERLE, 1997, p. 13).

Em assim sendo, o juiz deve estar atento aos anseios desta sociedade aberta, não restringindo a interpretação dos fatos que lhe são postos apenas à ótica dos participantes formais do processo. Deve o magistrado ouvir atentamente a interpretação dos fatos pela ótica não só das instituições formais como os Poderes, como também de entes legitimados a defender interesses de cunho abrangente, como a mídia, associações e sindicatos, doutrina, partidos, organizações religiosas, organizações não governamentais, expertos etc.... Enfim, quanto mais atento a todas estas vertentes pluralistas e verdadeiramente democráticas, sem se afastar das bases axiológicas preponderantes na sociedade, mais legítima será a decisão judicial.

Porém, tal interpretação aberta da Constituição, como já dito, não pode servir de mote a justificar preconceitos de forma intencional, motivo pelo qual se reafirma a necessidade de que o juiz deve buscar, dentre as possibilidades de decisões, aquela que, nestes silogismos judiciais, de maior ou menor grau de complexidade, seja a mais correta e consentânea com as premissas dadas.

## 2.2 Argumentação jurídica, legalidades e legitimidades

Norberto Bobbio distingue entre dois significados do conceito de ideologia, um fraco e outro forte, como denota o seguinte excerto:

No seu significado fraco, Ideologia designa o *genus*, ou a *species* diversamente definida, dos sistemas de crenças políticas: um conjunto de ideias e de valores respeitantes à ordem pública e tendo como função orientar os comportamentos políticos coletivos. O significado forte tem origem no conceito de Ideologia de Marx, entendido como falsa consciência das relações de domínio entre as classes, e se diferencia claramente do primeiro porque mantém, no próprio centro, diversamente modificada, corrigida ou alterada pelos vários autores, a noção da falsidade: a Ideologia é uma crença falsa. No significado fraco, Ideologia é um conceito neutro, que prescinde do caráter eventual e mistificante das crenças políticas. No

significado forte, Ideologia é um conceito negativo que denota precisamente o caráter mistificante de falsa consciência de uma crença política. (BOBBIO; MATTEUCI; PASQUINO, 1998, p. 585).

Portanto, ideologia, enquanto falsa consciência, é tema reelaborado pelo marxismo, em especial na análise do Direito enquanto dogma e ferramenta subserviente ao modelo de comando burguês (LYRA FILHO, 1990). O termo é associado até os dias atuais, para significar qualquer doutrina mais ou menos destituída de validade objetiva, como uma espécie de crença justificadora posicionada no tempo e espaço.

Nesse sentido, não é difícil entender como o Estado, e a elite que o dirige, é detentor de ideologias políticas dominantes, que são explicitadas nas escolhas que são tomadas por seus dirigentes, sejam elas de cunho estritamente político, ou de caráter econômico subjacente. É crucial à análise da deontologia do comportamento político o ponto-de-vista de Robert Dahl, ao mencionar que:

[...] os teóricos divergem intensamente na importância relativa que atribuem aos políticos, líderes de governo, burocratas, intelectuais e forças políticas e militares, ou a outros líderes. Para Pareto, por exemplo, o governo popular moderno é, na realidade, uma plutocracia de especuladores e outros, que lucram com a vida política e através dela. Mas sua plutocracia não é tão governada pelos empresários quanto pelos políticos-espoliadores que usam o governo para sua própria vantagem pessoal. Na leitura de Jon Elster, Marx foi forçado pelos acontecimentos a mudar sua concepção sobre o grau de participação da burguesia no governo direto do Estado. Embora os capitalistas fossem a classe dominante, eles não necessariamente estavam, eles próprios, no governo. (DAHL, 2012, p. 426-427).

Assim, na relação política tradicional, representantes e dirigentes não podem descurar de respeitar os seus mandantes e representados como sujeitos participantes do processo político, inserindo-os em uma pedagogia para o exercício de virtudes cívicas. Não são os representados um mero objeto, a ser manipulado pelos representantes em uma espécie de racionalidade instrumental meio-fim. Enfim, o cidadão não é apenas um sujeito passivo detentor dos direitos que a ideologia de momento lhe oferece. Ele tem, sim, papel ativo e intersubjetivo importante nas escolhas e decisões do Estado.

Luiz Werneck Vianna pondera acerca da necessidade de uma pedagogia para o exercício das virtudes cívicas, abrindo um debate acerca do papel crucial dos representados politicamente, ao afirmar:

Fazer com que a efetividade dos direitos sociais seja subsumida ao campo do direito, por fora, portanto, do terreno livre da sociedade civil, conduziria a uma cidadania passiva de clientes, em nada propícia a uma cultura cívica e às instituições da democracia, na chave negativa com que Tocqueville registrou a possibilidade de que a igualdade pudesse trazer perda à dimensão da liberdade. A igualdade somente daria bons frutos quando acompanhada por uma cidadania ativa, cujas práticas levassem ao contínuo aperfeiçoamento dos procedimentos democráticos, pelos quais o direito deveria zelar, abrindo a todos a possibilidade de intervenção no processo de formação da vontade majoritária. Designa-se, aqui, esse eixo analítico como procedimentalista, identificando-se a sua representação em obras como as de J. Habermas e de A. Garapon. Desse eixo viria a compreensão de que a invasão da política pelo direito, mesmo que reclamada em nome da igualdade, levaria à perda da liberdade, ‘ao gozo passivo de direitos’, ‘à privatização da cidadania’, ao paternalismo estatal, na caracterização de Habermas, e, na de Garapon, ‘à clericalização da burocracia’, ‘a uma justiça de salvação’, com a redução dos cidadãos ao estatuto de indivíduos-clientes de um Estado providencial. Em um outro pólo, compondo um eixo explicativo a que se pode denominar de substancialista, aqui associado às obras de M. Cappelletti e R. Dworkin, as novas relações entre direito e política, muito particularmente por meio da criação jurisprudencial do direito, seriam tomadas como, além de inevitáveis – diagnóstico mais forte em Cappelletti do que em Dworkin –, favoráveis ao enriquecimento das realizações da agenda igualitária, sem prejuízo da liberdade. Especialmente nesse eixo, valoriza-se o juiz como personagem de uma *intelligentia* especializada em declarar como direito princípios já admitidos socialmente – vale dizer, não arbitrários – e como intérprete do justo na prática social. Esse caminho, porém, de ‘confiar ao terceiro poder, de modo muito mais acentuado do que em outras épocas, a responsabilidade pela evolução do direito’, longe de significar uma indicação ingênua de seus autores, é visto como ‘arriscado e aventureiro’, na medida em que, embora pleno de promessas, pode importar ameaças a uma cidadania ativa. Controvérsias à parte, esses dois eixos analíticos teriam em comum o reconhecimento do Poder Judiciário como instituição estratégica nas democracias contemporâneas, não limitada às funções meramente declarativas do direito, impondo-se, entre os demais

Poderes, como uma agência indutora de um efetivo *checks and balances* e da garantia da autonomia individual e cidadã (VIANNA, 1999, p. 23-24).

Ora, como impedir que ideologias objetivantes, traduzidas em uma perspectiva de racionalidade instrumental, exemplificadas no modelo de um Estado-juiz, tutor do jurisdicionado (mero detentor de direitos), predominem? Uma das formas de se evitar esse perfil objetivante é analisando a racionalidade no processo de representação política, por meio de sua eticidade e moralidade.

Neste sentido, por exemplo, sabe-se que representantes do povo são eleitos para cumprir os objetivos da Carta Política, que, no caso do Brasil, estão descritos sucintamente nos objetivos fundamentais do art. 3º da Constituição: construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a redução de desigualdades e a promoção do bem de todos, sem preconceitos.

De outro lado, algumas proposições morais, no sentido de exigências mútuas interpessoais, são dirigidas a cada pessoa, a fim de se viabilizar a existência humana em padrões mínimos de dignidade e sociabilidade, dentre os quais podem ser citados o respeito aos direitos alheios, à vida e à saúde alheias etc. Estas proposições axiológicas são modelos autorreferentes positivos, padrões de comportamento a serem difundidos entre as demais pessoas e que permitem que a sociedade sobreviva, consubstanciando o que pode ser denominado de moral; e diferem consistentemente das concepções de bem-viver que se restringem a determinadas parcelas da sociedade, a determinadas coletividades, que corporificam o que denomina-se ética.

Com isso, uma importante constatação inicial pode ser colhida: é comum que padrões éticos sejam compatíveis com padrões morais e presidam a escolha das pautas jurídicas e axiológicas da sociedade civil organizada na forma do Estado, mas também não é incomum que determinada conduta seja entendida como ética, por determinada coletividade, mas seja vista como imoral sob os olhos do conjunto da sociedade, ou ilícita sob os olhos do Estado organizado.

Ora, se os parlamentares representam os cidadãos que os elegeram, e manejam o poder em seu nome, os limites da atuação destes representantes são encontrados mediante a análise da inter-relação existente en-

tre representantes e representados. Uma vez encontrado algum descompasso entre as vontades manifestas dos dois polos desta relação política, de dois equívocos um deve restar: ou a soberania popular que elegeu os representantes estava equivocada ou os representantes não sabem captar a vontade de seus representados!

Para entender eventuais descompassos, impende descobrir como se produzem e como devem se produzir a ação tanto de representantes como de representados, especialmente diante da luta política entre facções representativas de partes da sociedade, como desde o século XIX já observavam os liberais John Stuart Mill (1806-1873) e Maurice Joly (1829-1878). Ora, como se constroem racionalmente as ações dos atores sociais e políticos? Como se certificar de que nos debates entre os atores estão sendo respeitados os limites éticos, morais e jurídicos respectivos? Como ocorreu a comunicação entre representantes e representados?

### 2.2.1 A racionalidade da representação política moderna

Jurgen Habermas (2012) traz a lume quatro importantes conceitos filosóficos de ação. Inicialmente, em relação ao agir teleológico (no qual se insere o agir estratégico) por parte dos atores sociais envolvidos (na concepção ampla do termo), assevera que este ocorre quando a pessoa:

[...] realiza um propósito ou ocasiona o início de um estado almejado, à medida que escolhe em dada situação meios auspiciosos, para então empregá-los de modo adequado. O conceito central é o da decisão entre diversas alternativas, voltada à realização de um propósito, derivada de máximas e apoiada em uma interpretação da situação. O modelo teleológico de agir é ampliado a modelo estratégico quando pelo menos um ator que atua orientado a determinados fins revela-se capaz de integrar ao cálculo de êxito a expectativa de decisões. (HABERMAS, 2012, p. 163).

Mais adiante, distinguindo os conceitos de agir regulado por normas e agir dramaturgico, afirma que:

o conceito de **agir regulado por normas** não se refere ao comportamento de um ator, em princípio solitário, que encontra outros atores no entorno,

mas a membros de um grupo social, que orientam seu agir segundo valores em comum. (IDEM, p. 164-165, grifo nosso).

Enquanto, por outro lado:

o conceito de **agir dramático** não se refere primeiramente ao ator solitário, nem ao membro de um grupo social, mas aos participantes de uma interação que constituem uns para os outros um público a cujos olhos eles se representam. (IDEM, p. 164-165, grifo nosso).

Por fim, conceitua o **agir comunicativo** como sendo a:

interação de pelo menos dois sujeitos capazes de falar e agir que estabeleçam uma relação interpessoal (seja com meios verbais ou extraverbais) [buscando] um entendimento sobre a situação da ação para, de maneira concordante, coordenar seus planos de ação e, com isso, suas ações. (IDEM, p. 166).

É claro que nenhuma pessoa, nos atos de sua vida diária, adota apenas um dos quatro modelos de ação habermasiana. Será a ocasião que indicará a ação. Importa, neste momento, identificar que tipo de ação é racionalmente possível de acordo com a ocasião em que se exija uma determinada atitude por parte do ator social, de acordo com a pauta axiológica existente e imperante.

Analisando as relações entre representantes e representados, as atitudes (concretizadas ou não em normas) tomadas por estes atores sociais no caso concreto devem ter sua validade permanentemente colocada em debate. Neste diapasão, é preciso explicitar dois conceitos importantes de racionalidade, trazidos também pela doutrina habermasiana, após o aprimoramento da teoria do agir comunicativo. Tratam-se dos conceitos de racionalidade. Sobre eles, assim afirma o filósofo alemão:

A racionalidade não tem tanto a ver com a posse do saber do que com o modo como os sujeitos capazes de falar e de agir empregam o saber. Ora, tanto as atividades não-linguísticas como as ações de fala encarnam um saber proposicional; contudo, o modo específico de empregar o saber decide sobre o sentido da racionalidade, que serve como medida para o sucesso da ação. Se tomarmos como ponto de partida o uso não-comunicativo do saber proposicional em ações teleológicas, iremos detectar a ideia da racionalidade orientada para um fim (*Zweckrationalität*) tal como foi elaborada na teoria da escolha racional. E se partirmos do uso comunicativo do sa-

ber proposicional em atos de fala, descobriremos a ideia da racionalidade orientada para o entendimento (*Verständigungs-rationalität*), que numa teoria do significado pode explicitar apoiando-se nas condições para a aceitabilidade de ações de fala. (HABERMAS, 1990, p. 69-70).

Ora, os quatro conceitos de ação abordados supra devem ser analisados à luz da racionalidade do agir que deles se espera, no caso concreto, a fim de se certificar sua validade na relação intersubjetiva/social concreta.

Assim, os dois conceitos de racionalidade acima referidos interligam-se a dois tipos específicos de relações sociais: as assimétricas, em que há uma atitude objetivante, na qual se observa a presença de uma racionalidade instrumental (meio-fim); e as simétricas, em que há uma atitude intersubjetivante, na qual se insere o conceito de racionalidade para o entendimento. E, analisando as relações sociais que ora são comentadas, em especial os conflitos entre a vontade de representantes e representados, tais relações seriam assimétricas ou simétricas?

### 2.2.2 A relação social representante-representado e sua legitimidade

O Poder Legislativo, em sua função clássica de edição de normas gerais, por meio dos representantes eleitos pelo povo, deve respeitar postulados racionais em suas escolhas. Assim, quando edita uma norma jurídica qualquer, uma lei, o legislador deve agir de acordo com aqueles que são por ele representados, como já pressupunha a teoria do contrato social rousseauiana, pois somente assim as normas produzidas por estes representantes possuirão a legitimidade necessária à sua eficácia.

Isto não quer dizer que o representante eleito apenas detém uma espécie de procuração de seus eleitores para trabalhar, nem que deva, a todo tempo, perquirir o que o seu eleitor faria ou decidiria se estivesse em seu lugar.

Não obstante, na análise dos deveres atinentes a todo parlamentar, uma premissa deve restar clara: a sociedade que ele está ali representando não deve ser tratada como um meio para atingir algum objetivo que não seja por ela pretendido e com ela acordado. Habermas assim afirma: “Questões moral-práticas do tipo: ‘o que devo fazer?’ são afastadas

da discussão racional na medida em que não podem ser respondidas do ponto de vista da racionalidade meio-fim”. (HABERMAS, 2003, p. 63).

Não é possível, portanto, que entre representantes e representados se construam relações sociais assimétricas, em que um se utilize do outro apenas como um meio em si, sem qualquer finalidade. A lógica do utilitarismo não pode sobrepujar a lógica do acordo e do consenso comunicativo. O representado deve compreender a importância do trabalho dos parlamentares na condução de debates sociais de alta relevância democrática para a sociedade, e permitir-lhe um trabalho condizente com a dignidade do cargo que ocupa, valorizando as boas ações; enquanto o representante, em busca de sua legitimidade, deve estar conectado à realidade social que o cerca e à população que representa, sendo verdadeiro e leal em seus propósitos, com o fim de melhor representar os interesses da sociedade.

Ian Shapiro aborda essa temática:

Penso que o compromisso com a verdade na política é um elemento essencial da legitimidade, porque a maioria das pessoas reconhece que tem interesse em conhecê-la e em agir de acordo com ela. [...] uma das razões pelas quais as pessoas se sentem incomodadas com a identificação feita pelo utilitarismo clássico entre o bem viver e o prazer é que elas precisam acreditar que suas experiências são autênticas – isto é, têm suas raízes na realidade. (SHAPIRO, 2006, p. 260).

É imperativa, portanto, a simetria, e é pela comunicação e participação que ela é obtida.

Ora, o desprezo à manifestação feita por um único de seus representados já produz, por si só, uma importante – ainda que mínima – crise de legitimidade no Parlamento. Agora, o que dizer quando há o desprezo a uma coletividade organizada de representados? Nenhuma participação deve ser desprezada sem que se prime pela escolha racional da ação a ser adotada perante esta participação, em uma relação social simétrica.

### 2.2.3 (A falta de) Legitimidade e racionalidade para o entendimento dos legisladores

Max Weber (1864-1920) abordava o tema sociológico da legitimidade, tratando-a como a probabilidade de se manter um determinado tipo

de dominação, e nesse aspecto, a legalidade, juntamente com o uso da força, era uma dessas formas de dominação entre parcelas da sociedade, de acordo com os estágios de formação das comunidades políticas (WEBER, 2011, p. 317). Havia, em seu entendimento, o uso da legalidade enquanto arma de dominação, entendendo-se como legítimo para manutenção de uma determinada ordem jurídica aquilo que se insira nas normas procedimentais de criação legislativa. Portanto, criava-se, à sua época, uma simbiose entre os conceitos de legalidade e legitimidade. Como afirmava Weber:

Hoje a forma mais comum de legitimidade é a crença na legalidade, ou seja, na aquiescência em decretos que são formalmente corretos e que foram feitos de modo habitual. O contraste entre decretos acordados e impostos não é absoluto. No passado, para que uma ordem fosse acordada de modo unânime, era frequentemente necessário que ela fosse considerada legítima. Contudo, nos dias de hoje, uma ordem é normalmente acordada apenas pela maioria dos membros do grupo em questão, com a aquiescência, entretanto, daqueles que possuem opiniões diferentes. (WEBER, 2011, p. 20).

Mas será que realmente algo poderia ser entendido como legítimo apenas porque é legal? Habermas evolui a análise weberiana e aprofunda formas de distinguir legitimidade de legalidade, a fim de buscar a base de validade de um ordenamento:

Weber fala de validade normativa e legitimidade quando uma ordem é subjetivamente reconhecida como obrigatória. Esse reconhecimento apoia-se imediatamente sobre ideias que trazem consigo um potencial de fundamentação e justificação, e não sobre posicionamentos de interesse [...].

Mas a circunstância de que a ordem, ao lado de outros motivos, e ao menos para uma parte dos agentes, pare como algo exemplar ou obrigatório – e portanto como algo que deve ser válido – aumenta naturalmente a chance de que o agir se oriente de acordo com ela, e com frequência de um modo até mesmo muito significativo. Uma ordem que se sustenta somente com base em motivos racional-teleológicos é em geral muito mais instável que a orientação que se dá de acordo com ela mesma e decorre apenas em virtude do uso e por causa da internalização de um comportamento: este tipo de atitude interior, entre todos os outros, é o mais frequente. Mas essa ordem é ainda muito mais instável se comparada a outra que revele

em si o prestígio da exemplaridade e da obrigatoriedade, ou seja, da 'legitimidade'. Enquanto a subsistência de um sistema de ações ou de uma ordenação da vida depender de sua legitimidade, ela também pousará faticamente sobre a 'validade do comum acordo'. O caráter de comum acordo próprio ao agir comunitário consiste em que os integrantes de um grupo reconheçam a obrigatoriedade de suas normas de ação e saibam, uns sobre os outros, que se sentem mutuamente obrigados a seguir as regras. (HABERMAS, 2012, I, p. 340-341).

Assim, sob a ótica habermasiana, o que pode ser concebido como legítimo? Ora, uma determinada norma é legítima somente se ela possuir fundamentos fáticos e axiológicos que atestem sua validade. Deste modo, uma norma legal que não possui legitimidade não possui validade. Uma ação ilegítima, a despeito de possuir base legal, é uma ação inválida.

Ademais, no caso específico dos representantes do povo, essa legitimidade também deve ser analisada no tempo. Ou seja, deve ser analisada tanto no momento em que eles são eleitos, quanto durante seu exercício. A legitimidade não pode ser um retrato da relação entre a ação e sua validade racional; deve sim ser um constante processo de avaliação entre as ações adotadas e seus fundamentos fáticos e jurídicos.

Ou seja, a legitimidade de uma ação tem ligação com a validade de determinada ação, e a validade desta ação pode ser localizada no tempo e no espaço (validade da ação). A aferição através do tempo ocorre quando se analisa a legitimidade da eleição dos representantes políticos (1) e de seus atos subsequentes à eleição (2); e através do espaço quando se analisa esta legitimidade de acordo com os fundamentos determinantes de um sistema jurídico específico (3). E como isto ocorre? Mediante as normas jurídicas que presidem as eleições (1), do exercício escorreito do controle de constitucionalidade e legalidade das normas (2 e 3), e principalmente, por meio da análise da manutenção, durante o tempo do exercício dos mandatos, dos fundamentos fáticos que legitimam a atuação dos mandatários, o que é a principal fonte de dissensos no direito político moderno, e que justificam a preocupação com as crises de representatividade (leia-se: legitimidade) que assolam os parlamentos.

Na prática, isto implica na modificação de postura por parte de quem exerce os mandatos. Eles não mais poderão se portar como se fossem

destinatários de um poder supremo exercido sem limites ou controles, além daqueles formais presentes na Constituição. Há, pairando sobre eles, o poder da permanente delegação deferida pelos representados, devendo atuar em seu nome. Assim, por mais inusitado e descabido que seja o argumento aventado por um único cidadão, este deve, hipoteticamente, ser recebido, considerado, avaliado e respondido de modo racional e argumentativo, sendo inafastável a discussão sobre seus fundamentos. Há um dever de fundamentação das decisões e escolhas legislativas que, embora não seja formal e expresso como aquele atinente às decisões judiciais (art. 93, X, da CF/88), se insere na necessidade de respeito à voz dos cidadãos e de imposição de tecnologias de discussão legislativa sobre qualquer tema que a sociedade civil organizada se ponha a exigir sua participação.

Somente deste modo, impondo-se a discussão, é que se pode negar, racionalmente, validade a qualquer ação da sociedade civil de se questionar uma escolha produzida por aqueles que ela mesma elegeu para representá-la no Poder Legislativo; e nunca sob o argumento de autoridade de que o poder é que justifica e fundamenta a recusa a qualquer iniciativa popular frontalmente contrária aos interesses daqueles que representam os cidadãos.

Portanto, idealmente, quanto mais os representantes se aproximam dos interesses do representado e se mantêm nessa aproximação durante todo seu mandato, mais legitimidade fática haverá em qualquer de suas ações, o que aferirá maior racionalidade para o entendimento e maior eficácia (no sentido de adesão e aceitação real) destas ações.

## 2.3 Argumentação e a colaboração de outras ordens estatais: o transconstitucionalismo

Nas constituições modernas, paralelamente ao surgimento de um extenso rol de direitos fundamentais a serem urgentemente propiciados pelo Estado a uma sociedade sistematicamente complexa e heterogênea adveio, paradoxalmente, a imposição de se organizar e especializar com eficiência este Estado moderno, hipertrofiado e sujeito passivo de direitos fundamentais, juntamente com os indispensáveis meios de limitações

e contenção do poder deste mesmo Estado (incluindo aí uma maior participação social nos atos estatais).

Essa fixação de limites pode ser lida em outros termos: como a Justiça pode controlar os atos da Administração sem prejudicar a eficiência da ação estatal e a consecução de direitos fundamentais? Como ela pode reagir à realidade social e consolidar a legitimidade de sua atuação, consistente no aprimoramento dos resultados práticos da correção dos efeitos deletérios de um comportamento sem controles do Estado? Não são mais pertinentes as concepções de uma Justiça que convivam com privilégios exacerbados da Administração Pública perante o cidadão. É necessário que a dogmática e a jurisprudência busquem racionalizar o Estado contemporâneo à luz dos direitos fundamentais, modernizando definitivamente a Justiça, porquanto não mais podem subsistir sem confrontações argumentativas os dogmas da legalidade, da autotutela ilimitada, da presunção de legitimidade, da indisponibilidade plena dos bens públicos e do positivismo clássico corporificado na doutrina dualista de invalidação de atos administrativos.

É preciso ademais realizar reformas legislativas processuais e ampliar a celeridade e a participação cidadã no processo administrativo e no controle judicial da Administração e isso passa pela percepção de que o Estado democrático de Direito contemporâneo e a Justiça devem existir não apenas através do cidadão, mas também para assegurar direitos deste cidadão, como determina o preâmbulo da Constituição.

Nesse viés, não é possível abdicar do mutualismo constitucional que é propiciado pela aceleração da comunicação e informação em redes interacionais e níveis internacionais. Assim, o Estado brasileiro tem que atentar para a transversalização dos discursos constitucionais de ordens jurídicas distintas, buscar entender suas divergências com estas ordens, e convergir com soluções constitucionais mais eficazes adotadas por outros países, no diálogo entre Constituições. Esse é o papel dogmático do transconstitucionalismo.

Marcelo Neves assim delimita o transconstitucionalismo:

O que caracteriza o transconstitucionalismo entre ordens jurídicas é, portanto, ser um constitucionalismo relativo a (soluções de) problemas jurídico-constitucionais que se apresentam simultaneamente a diversas ordens.

Quando questões de direitos fundamentais ou de direitos humanos submetem-se ao tratamento jurídico concreto, perpassando ordens jurídicas diversas, a ‘conversação’ constitucional é indispensável. Da mesma maneira, surgindo questões organizacionais básicas da limitação e controle de um poder que se entrecruza entre ordens jurídicas, afetando os direitos dos respectivos destinatários, impõe-se a construção de ‘pontes de transição’ entre as estruturas reflexivas das respectivas ordens. Portanto, para que o transconstitucionalismo se desenvolva plenamente é fundamental que, nas respectivas ordens envolvidas, estejam presentes princípios e regras de organização que levem a sério os problemas básicos do constitucionalismo. (NEVES, 2009, p. 129)

Ora, quem desconhece o fato inarredável de que problemas sociais não mais se isolam em uma única ordem jurídica, em um único território? A corrupção, o crime organizado, o tráfico de pessoas e de entorpecentes, a “lavagem” de dinheiro, a ineficiência da Administração, a falta de segurança jurídica dos cidadãos, a desigual distribuição de renda, os crimes ambientais, enfim, uma série de problemas sociais são, em verdade, universais, e, na maioria das vezes, as causas são também transnacionais e complexas (como por exemplo, no atual flagelo social vivido pelos gregos, decorrente, ainda que não exclusivamente, da crise econômica iniciada em 2008 no sistema bancário dos Estados Unidos, ou na falta de compromisso com o meio ambiente por parte das nações poluidoras e industriais, que não colaboram adequadamente para o estabelecimento de padrões para um desenvolvimento econômico ecologicamente sustentável). A fim de propiciar maior controle de constitucionalidade e de convencionalidade dos atos estatais e maior segurança a direitos humanos e fundamentais para a sociedade, o transconstitucionalismo proporciona uma ideal conexão entre diversas ordens jurídicas e constitucionais.

A tese não vem sem limitações, como haveria de se esperar, ante a nítida percepção de que, por exemplo, a soberania do Estado pode ser ameaçada, e assim encontraria óbices a serem enfrentados pelos juízes, na interpretação constitucional, como aqueles provenientes da fonte do direito transnacional, a importância do direito internacional e do direito constitucional comparado e a devida contextualização dos problemas

transnacionais, de acordo com a realidade nacional. Mas, em resposta a estas limitações, Marcelo Neves expõe:

Por fim, cabe observar que o transconstitucionalismo tem-se desenvolvido intensa e rapidamente no plano estrutural do sistema jurídico, mas ele ainda se encontra muito limitado no âmbito da semântica constitucional da sociedade mundial. Isso, em parte, deve-se à persistência do provincianismo constitucional, especialmente no âmbito do direito estatal. É claro que o transconstitucionalismo não pode eliminar a dogmática constitucional clássica no interior de uma ordem jurídica estatal: essa ainda constitui uma dimensão importante do sistema jurídico da sociedade mundial e há problemas constitucionais intraestatais de suma importância. Mas a abertura do direito constitucional para além do Estado, tendo em vista a transterritorialização dos problemas jurídico-constitucionais e as diversas ordens para as quais eles são relevantes, torna necessário o incremento de uma teoria e uma dogmática do direito transconstitucional. (NEVES, 2009, p. 131).

Com efeito, o Brasil há alguns anos não tem estado alheio a experiências transconstitucionais, como pode ser observado de diversos julgamentos do STF em que são acatados, tanto como *obiter dictum* como *ratio decidendi*, fundamentos de decisões estrangeiras. Tome-se como exemplos: o HC 82.424 em que se invocou experiência constitucional dos Estados Unidos e da Inglaterra, para se entender como crime de racismo a publicação de livro com conteúdo antissemita; a ADI 3112, em que se julgou a constitucionalidade de dispositivos da Lei 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento), manejando-se diversas decisões do Tribunal Constitucional Alemão; ou na ADI 3510 acerca da Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005), em que nos votos foram discutidos pelos ministros diversos dispositivos constitucionais e legais de países distintos ante a novidade do tema em debate (utilização de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa e terapia).

Porém, essa aplicação de experiências transconstitucionais não pode ser feita sem cuidados dogmáticos, pois há o risco de se fazer prevalecer uma falsa erudição vernacular apenas com finalidades persuasivas e formalistas. Ou seja, deve haver uma filtragem doutrinária e social destas experiências estrangeiras previamente à aplicação dos precedentes nos problemas a serem resolvidos pelos tribunais, o que é papel importantís-

simo das universidades e do sistema educacional. Isto evitaria, inclusive, um colonialismo cultural e jurídico.

A experiência transconstitucional, portanto, tem que ser feita de modo severamente crítico e participativo, não se admitindo paradigmas estrangeiros incorporados de forma açodada e acriticamente, pois do contrário apenas se reproduziriam soluções adequadas a realidades distintas (como na alegoria de se recortar a pintura para que caiba na moldura), em vez de serem produzidas soluções próprias (reconstruindo os limites e a forma da moldura para enquadrar a pintura).

E, por fim, a aplicação dogmática do transconstitucionalismo deve seguir o compasso do controle difuso de convencionalidade de leis e atos administrativos, pois não será incomum que por meio do simples controle judicial difuso de convencionalidade percebam-se violações a direitos fundamentais consagrados em convenções de direitos humanos, ainda que esses direitos não estejam expressamente previstos na Constituição. É como assinala Valério de Oliveira Mazzuoli:

[...] o Poder Judiciário interno não deve se prender à solicitação das partes, mas controlar a convencionalidade das leis *ex officio* sempre que estiver diante de um caso concreto cuja solução possa ser encontrada em tratado internacional de direitos humanos em que a República Federativa do Brasil seja parte: *iura novit curia*. Destaque-se que todo e qualquer tratado de direitos humanos é paradigma para o controle de convencionalidade, e não somente a Convenção Americana [...]. Enfim, a negativa do Poder Judiciário em controlar a convencionalidade pela via difusa, sob o argumento de que não solicitado pelas partes ou de que não é possível exercê-lo *ex officio*, é motivo suficiente para acarretar a responsabilidade internacional do Estado por violação de direito humanos. (MAZZUOLLI, 2011, p. 87)

Vale afirmar que o controle de convencionalidade difuso restou referendado pelo Supremo Tribunal Federal, ao afirmar, no RE 466343-SP e no HC 87585-TO (em que se determinou que as normas internas sobre prisão do depositário infiel estariam derogadas pelo Pacto de San Jose), que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados e vigentes no Brasil estão no nível da supralegalidade, sendo, no ordenamento, normas imperativas superiores às leis; diferentemente das convenções aprovadas com a maioria qualificada do art. 5º, § 3º, da Constituição,

quórum que confere a tais instrumentos *status* de normas constitucionais, e sob os quais pode ser exercido o controle difuso e também o controle concentrado pelo STF.

Essas são, em suma, formas de colaboração que podem ser hauridas de outros ordenamentos estrangeiros similares, e que não podem ser desprezadas em qualquer argumentação jurídica.

Em conclusão ao presente capítulo tem-se, portanto, que o aprimoramento da Justiça é tão mais eficaz quanto maiores forem as reais condições de fundamentação e justificação havidas na argumentação jurídica existente em suas manifestações.

Percebeu-se como o modelo de democracia, modernamente, não pode mais ser entendido como um simples modo de se governar um país. As pessoas, sejam elas representantes ou representados da relação de representação política indireta, devem praticar a democracia no dia a dia, utilizando-a no entendimento mútuo inerente às relações humanas, em contraponto à instrumentalidade interpessoal. Do mesmo modo, esse espírito colonizatório de democratização deveria estar presente também na realidade de funcionamento dos órgãos que fazem a Justiça, o que é sempre um reforço legitimatório de seus pronunciamentos. Assim, mecanismos de democratização do acesso à Justiça – acesso entendido em sua acepção mais ampla possível – não podem estar afastados de uma discussão acadêmica a respeito das bases políticas e jurídicas fundantes do Poder Judiciário.

Do mesmo modo, em âmbito externo e internacional, não haverá representação política de qualquer país que alcance progresso e paz social sem a observação de como funcionam as demais sociedades similares. A soberania estatal não tem mais o mesmo perfil do século XIX. O Direito interno, especialmente o Direito Constitucional (em que são definidas as premissas de funcionamento do Estado), não depende mais apenas de si para funcionar eficazmente. As experiências bem-sucedidas de constituições e de ordenamentos de origem comum ou próxima são sempre bem-vindas e, adaptadas à realidade sociológica de cada país observador, podem se transformar em práticas sociais bastante interessantes. É nesta toada que se insere o transconstitucionalismo, técnica jurídica essencial para a compreensão de possíveis soluções inovadoras que podem

ser encontradas em democracias similares ao Brasil, como veremos nos capítulos seguintes, relacionados às possíveis medidas endojudiciais e extrajudiciais contra as crises de credibilidade existentes na realidade da Justiça.

### 3 O superego de Têmis: o aprimoramento da justiça a partir da justiça. A reorganização interna do Poder Judiciário, medidas administrativas-judiciais e medidas judiciais processuais

A eventual crise de legitimidade do Judiciário, no âmbito da análise proposta por esse trabalho, conduz a reflexões sobre a própria estrutura interna do Judiciário e sua ambientação na prestação de serviços.

Algumas formas de desjudicialização podem ser aferidas e adotadas internamente pelo próprio Poder Judiciário, por meio de sua organização administrativa ou de reconstruções doutrinárias de técnicas processuais, controláveis pelos próprios órgãos judicantes.

Serão destacados, a seguir, a estrutura maximizada do Poder Judiciário; a necessidade de uniformidade do sistema judiciário e de uma democratização legitimadora de seus órgãos superiores; a legitimação de suas decisões de caráter vinculante; a isonomia processual; o coitejamento entre processo coletivo e ações atomizadas; a

renovação do conceito de acesso à justiça e o abuso do direito de ação; a argumentação jurídica do discurso judicial e questões específicas relacionadas ao corporativismo judicial nos processos de execução fiscal.

### 3.1 A estrutura maximizada do Poder Judiciário e sua retroalimentação

A ideia natural é a de que, quanto mais uma determinada prestação estatal é buscada, mais o Estado investirá recursos financeiros nessa prestação, como se costuma observar nas escolhas orçamentárias relacionadas à saúde, educação e segurança pública.

Essa realidade quantitativa tem pertinência direta com o núcleo de prestações primárias devidas pelo Estado. Porém, não se deve esquecer o devido incremento na qualidade destas prestações. Desse modo, a saúde não melhora apenas com mais médicos, ou mais leitos hospitalares; a educação não melhora com mais escolas somente, ou com mais professores; os transportes públicos não melhoram apenas com mais ônibus, ou com a construção de mais estradas.

Por esse motivo, não devem ser olvidadas melhorias qualitativas na prestação de quaisquer serviços públicos, aperfeiçoando a sistemática da prestação, com mais racionalização, economicidade e melhor distribuição dos recursos públicos. Exemplificando: antes de se pensar em mais ônibus nas ruas, porque não pensar em ampliar as ruas estreitas que engarrafam diariamente? Antes de pensar em mais médicos, porque não pensar em prestar serviços de saúde com melhores equipamentos e infraestrutura para os médicos existentes? Enfim, devem ser pensadas tanto a quantidade como a qualidade da prestação dos serviços públicos.

Com a prestação jurisdicional não tem sido diferente.

Não será, pura e simplesmente, com a criação de novos tribunais e de novos cargos de juízes e servidores que se aperfeiçoará a prestação jurisdicional. Todo esse panorama, além de aumentar em demasia o custo da máquina judiciária do país, apenas faz aumentar a quantidade de demanda e a litigiosidade, pela indução ao cidadão de que, com a criação de cargos e tribunais, o serviço judicial será satisfatório e melhor que o

serviço prestado pelos demais entes estatais e sociais. Salete Macalóz resume esse entendimento:

Ao crescer, a Justiça simplesmente reparte os processos, por isso o número será menor entre por varas, o que não significa que tenham diminuído, ao contrário, ao chegar mais próxima dos jurisdicionados é um estímulo ao ajuizamento de novas ações. A sua ampliação não acabou com a morosidade. Mais juízes significou um cadinho de rapidez até a prolação da sentença, mas os recursos são utilizados e os tribunais, principalmente os superiores, protestam contra dezenas de milhares que lhes são remetidos todos os anos. O crescimento é simplesmente vegetativo porque não significou uma nova justiça, um outro modelo, ou, até mesmo, a sua adaptação às realidades locais. É a mesma e problemática Justiça que chega a mais lugares, com o mesmo fracionamento e classismo, ampliando as mazelas. (MACCALÓZ, 2002, p. 111).

Isto não bastasse, esse tipo de expediente de resolver o problema da justiça através da simples criação de órgãos judiciários vai ao encontro de um indicado empoderamento do cidadão, pois não sinaliza para uma resolução direta dos problemas entre as pessoas ou por meio de mediadores/conciliadores. Rodolfo Mancuso assim vaticina:

De modo geral, tem faltado uma reflexão mais aguda, a par de uma desejável massa crítica, no tocante à política de tratamento massivo da questão judiciária. Embora se costume falar em política judiciária (por exemplo, o manejo em bloco dos processos repetitivos; o julgamento por amostragem; a jurisprudência dominante ou sumulada como paradigma decisório), cabe ponderar que, ou bem essa nomenclatura não se acomoda como espécie do gênero política pública (expressão usualmente atrelada à atividade-fim do Estado), ou bem aquele termo não se acomoda à prestação judiciária estatal, parecendo mais consistente reservar o termo política pública, para as prestações primárias do Estado, antes lembradas. Estas últimas podem e devem receber investimentos massivos e crescentes, à medida em que aumenta a demanda nos diversos setores, como se dá na construção de novas estações de metrô, para dar vazão ao aumento do número de usuários. Quando essa mesma lógica é estendida à prestação judiciária oficial, o que se tem, ao fim e ao cabo, é o gigantismo judiciário, a consumir verbas cada vez mais expressivas do orçamento estatal, sem o conforto de que essa expansão física garanta uma resposta satisfatória ao jurisdicionado; ao contrário, o aumento desmedido da oferta, nesse setor, acaba por estimular a

demanda, num interminável círculo vicioso, que desprestigia o Judiciário e merece a população. (MANCUSO, 2011, p. 133).

Não se quer aqui afirmar, peremptoriamente, que a criação de vagas de juízes ou servidores ou tribunais não é indicada em hipótese alguma; mas ela deve ser muito bem sopesada, verificando-se, antes de qualquer criação, se outras soluções para aperfeiçoar a prestação jurisdicional foram tentadas, com o menor aumento possível de gastos públicos e sem aparentar um desnecessário gigantismo da máquina judiciária, que pode, inclusive, vir a se tornar dispensável em alguns casos, ante a desnecessidade de determinados juízos ou tribunais.

Mas essa analogia entre a prestação de serviços de saúde e educação feita pelo Estado com a atividade jurisdicional, que foi feita supra, não é absoluta. O trabalho do Poder Judiciário não pode ser visto apenas como mais um dos serviços a ser prestado pelas autoridades estatais, pois esta perspectiva é reducionista e oblíqua, ao simplificar algo tão magno à coletividade como é a Justiça. Enquanto valor supraindividual, ela também é concretizada no comportamento individual e participativo de cada pessoa, de modo que este não deve ser visto apenas como jurisdicionado-cliente, mas sim como jurisdicionado-cidadão. Dierle Nunes acentua essa visão, associando o termo neoliberal a ela:

Trabalha-se, de modo recorrente, com uma lógica de eficácia sem possuir qualquer compromisso com o aspecto participativo e de correção normativa com que o sistema processual deve atuar. O discurso de eficácia obscurece a disputa de paradigmas ínsita na perspectiva democrática aqui defendida. Tal perspectiva processual, aqui denominada 'neoliberal', permite a visualização do sistema processual tão-somente sob a ótica da produtividade (art. 93, inc. II, alínea 'c', CRFB/88 com nova redação dada pela EC/45) e associa a figura pública do cidadão-jurisdicionado à de um mero espectador privado (consumidor) da 'prestação jurisdicional', como se o poder-dever estatal representasse, e fosse, um mero aparato empresarial que devesse fornecer soluções (produtos e serviços) do modo mais rápido, à medida que os insumos (pretensões dos cidadãos) fossem apresentados (propostos). O Judiciário não é visto prioritariamente como uma entidade que desempenha uma função estatal, mas, sim, como um mero órgão prestador de serviços. (NUNES, 2012, p. 163).

De outro lado, a máquina judiciária precisa ser racionalizada, para que apresente a eficiência devida na gestão dos recursos públicos que nela são gastos. Com esse intuito, a EC 45/2004 determinou um novo modelo de gestão para o Poder Judiciário, criando o Conselho Nacional de Justiça (art. 103-B da CF/88), órgão plural que, entre diversas competências, detém a prerrogativa de definir planejamentos estratégicos e melhorias na excelência da gestão operacional dos recursos desse Poder, o que, longe de prejudicar a atividade julgadora, apenas contribui para o aperfeiçoamento da jurisdição. Nesse sentido, basta que se atente para o conteúdo da Resolução n. 70/2009<sup>9</sup>, desse Conselho, que institui diversos objetivos nacionais para o Judiciário brasileiro.

Esse modelo de administração gerencial e modernizadora do Poder Judiciário, por meio de Conselhos com poderes administrativos de *accountability* judicial, vem sendo amplamente adotado pelas democracias atuais, como se percebe da instalação dos Conselhos da Justiça na Itália, na França, na Irlanda e na Argentina (ROBL FILHO, 2013, p. 155).

Não é porque a população aumenta que necessariamente é devido o aumento do número de juízes, servidores e tribunais, posto que a missão judiciária é de caráter singelamente substitutivo e residual, operando se e quando provocado pelo cidadão interessado e nos limites do que for pautado por este. Quanto menor a provocação de demandas pelos cidadãos, menores os gastos públicos com a jurisdição, melhorando, conseqüentemente, o nível dos gastos com investimentos públicos em infraestrutura, saúde e educação.

Como exemplo de números que comprovam a premissa adotada no presente capítulo, deve ser citado que em 2012, o Centro de Estudos Judiciários (CEJ) do Conselho da Justiça Federal e o IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada), publicaram um estudo conjunto sobre o acesso à Justiça Federal e aos juizados especiais federais, no qual chegaram a importantes conclusões. Entre elas, citem-se:

Obviamente, a criação de novas varas não é a única solução para as dificuldades de acesso aos juizados especiais federais. Primeiramente, porque

---

9 Dispõe sobre o Planejamento e a Gestão Estratégica no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências.

parte das barreiras ao acesso está relacionada com a baixa capacidade de resposta desses juizados frente às altas taxas de congestionamento verificadas, problema que pode ser atacado de forma mais eficaz empregando-se, de modo consistente e duradouro, as tecnologias e os instrumentos de gestão disponíveis atualmente [...]. Deve-se ponderar ainda que a própria dinâmica social que sustenta a procura pelos juizados especiais federais hoje tende a sofrer alterações previsíveis, de curto e médio prazo, que invalidam uma política de promoção do acesso à justiça intensivamente expansionista [...]. Essas diferentes possibilidades, se não levadas em conta no planejamento da expansão e da distribuição da rede de varas federais, podem provocar, no médio prazo, ociosidade nos juizados. As visitas aos juizados permitiram verificar a existência de estruturas hiperdimensionadas, que, possivelmente em associação com o processo de virtualização da Justiça Federal, se tornaram grandes demais para a rotina da vara. Nesses casos, fica evidente o espaço ocioso. Finalmente, há de ressaltar que, se a instalação de novas varas é uma medida necessária em certas áreas do país, não o é em outras. (BRASIL, CJF, CEJ, 2012, p. 45-46).

Enfim, há outras formas de se corrigir ou aprimorar o serviço judiciário, com melhorias de gestão de recursos, no lugar da maximização da estrutura física do Poder Judiciário.

### 3.2 O respeito aos precedentes e à uniformidade do sistema judiciário, e a renovação dos papéis do STJ e do STF, em relação à legitimidade de suas decisões. Para uma democratização legitimadora dos órgãos superiores do sistema judiciário

A adoção da técnica dos precedentes não tem o menor sentido se não for utilizada como meio de controle da unidade e da coerência ao ordenamento jurídico, o que propiciaria isonomia e segurança aos cidadãos, e por conseguinte, maior confiança na Justiça.

Utilizando as técnicas de disseminação da informação hoje existentes em profusão, a Administração poderia criar meios de se determinar o cumprimento espontâneo e imediato de decisões irrecorríveis dos tribunais superiores e súmulas vinculantes do STF, não se permitindo o uso do processo judicial para protelar a entrega de um direito que, em tese, não

comportaria mais discussão, uma vez que a matéria já teria sido discutida e decidida em outro precedente.

Nesse ponto, é importante analisar a evolução do caráter vinculante das decisões das Cortes Superiores, e para tanto é importante identificar qual é o *auditorio* a que se destinam as argumentações desenvolvidas pelo Supremo Tribunal Federal, especificamente no que atine às decisões da Corte com efeitos vinculantes, visando à verificação da eficácia de tais expedientes normativos do Pretório Excelso, bem como a validade de sua fundamentação.

A abertura às demais fundamentações realizadas pelos órgãos do Poder Judiciário se faz ainda mais importante, se observado que, das duas técnicas argumentativas de flexibilização da teoria dos precedentes mais utilizadas – o *overruling* (reconhecimento de superação do precedente) e o *distinguishing* (desidentificação do caso concreto em relação ao precedente) – os juízes singulares, em contato direto com o cidadão que busca uma resposta do Poder Judiciário, somente podem fazer uso da desidentificação (o que pode levar inclusive a uma mutação constitucional do precedente). Wolkart comunga deste entendimento:

No Brasil, portanto, só a mais alta Corte do país – aquela que detém legitimidade exclusiva para criar o precedente vinculante – é quem poderá operar o *overruling*, sempre de forma explícita. Desse modo, o *overruling* não é técnica acessível às demais instâncias do Poder Judiciário para o afastamento de precedentes. Já o *distinguishing* parece estar à disposição dos nossos juízes, para, no caso concreto, afastar a aplicação do precedente sumulado. Naturalmente, tal postura é restrita a circunstâncias muito especiais. O juiz reconhece a existência do precedente, mas, identificando peculiaridades da causa sob julgamento, adapta a regra, sem abandoná-la por completo. (WOLKART, 2013, p. 189-190).

Essa teoria dos precedentes e todas as suas vicissitudes, proveniente dos países do *common law*, deve ser adaptada com cuidados no direito brasileiro, haja vista que é algo novo que precisa ser visto como instrumento de uniformização e coerência, e não meramente como uma ferramenta de aceleração de julgamentos de recursos.

Um desses cuidados é diferenciar corretamente o que é a *ratio decidendi* do julgamento de seus *obiter dicta*, tendo em vista que apenas as razões

da decisão que possuem efeitos vinculantes (*binding element*); não se pode prescindir da distinção entre a regra de direito aplicada na fundamentação da questão controversa (*ratio decidendi*) e o conjunto de argumentos laterais contidos na motivação da decisão que são irrelevantes à sua fundamentação (*obiter dicta*). Deste modo, na criação de um precedente por parte de um tribunal superior, a concatenação lógica dos pressupostos da decisão que cria tal precedente deve ser transparente e de fácil compreensão para a sociedade e demais órgãos do Poder Judiciário, sob pena de serem confundidas a eficácia vinculante de uma decisão superior e a existência de um sistema de precedentes, como tem ocorrido com as súmulas vinculantes. O seguinte excerto de artigo de Georges Abboud em obra coletiva enfrenta essa questão:

A súmula vinculante, por sua vez, da mesma forma que o assento português, desvincula-se do(s) caso(s) que a originaram, se impõe como um texto normativo de vinculação geral e abstrata para casos futuros, e, tal qual a lei, possui dimensão atemporal, logo, duração indefinida, passando a ter validade após sua publicação na imprensa oficial. [...] Vale dizer, os precedentes constituem o ponto de partida (*starting point*) para a discussão da lide, permitindo a exposição das razões jurídicas, papel que no *civil law* é desempenhado pela própria legislação. Na discussão do caso concreto no *common law*, o argumento das partes consiste em evidenciar como o cerne do precedente [aquilo que deve ter feito vinculante] milita a seu favor. Por isso o precedente é o *topoi* argumentativo a partir do qual, autor e réu passam a expor seus argumentos. Ademais, o precedente não possui sua eficácia vinculante em razão de determinação legislativa, pelo contrário, sua força advém da tradição jurídica própria da comunidade em que se formou, por isso heurístico. Por fim, o precedente nunca tem em sua estrutura o que efetivamente deve ser considerado vinculante, em virtude disso, quando ele é aplicado para se decidir uma questão jurídica, essa aplicação nunca é pretensamente automática/silogística, o precedente, não obstante sua utilização na fundamentação da decisão jurídica, seu uso nunca é possível sem que o juiz promova verdadeira problematização a fim de determinar como sua incidência será feita caso a caso. (WAMBIER, 2012, p. 495-496).

Assim, infelizmente a tendência é que juízes e tribunais continuem produzindo seus julgados na forma como sempre o fizeram, isto é, sem o cuidado de produzir modelos referenciais, confiáveis e seguros, para a atua-

ção da magistratura inteira. Esta é a grande diferença: em uma situação a lei determina uma mudança de postura, no sentido de se impor uma cultura precedentalista, não se preocupando com a adesão e a vinculação pressupostas à história desses precedentes; em outra, mais desejável, a própria magistratura passa a adotar essa cultura de forma crítica e espontânea, ciente das limitações, perante as normas, de um sistema com essa arquitetura. Gustavo Nogueira aborda fatores reais ensejadores dessa problemática:

O número de súmulas editadas pelo STF passa de 700 (setecentos), enquanto que no STJ já ultrapassou, há muito tempo, o número de 400 (quatrocentos). Sem contar a jurisprudência não sumulada. Hoje não é difícil que se tenha, em um litígio, a citação pelas partes de precedentes que em tese lhe são favoráveis, e do próprio Tribunal. Há uma quantidade tão grande de precedentes que não é difícil para a parte, fazendo uma pesquisa mais aprofundada, descobrir a existência de precedentes tanto favoráveis à tese do autor quanto favoráveis à tese do réu. Neste caso, a coexistência de precedentes, o seu valor e a sua força ficam seriamente comprometidas. [...] A forma de julgar no Brasil precisa ser urgentemente modificada. Não é raro ver decisões do STJ e do STF que não fazem a comparação analítica do caso que estão julgando com o precedente. Transfere-se para a parte interessada o ônus de, após o julgamento do seu caso, procurar o precedente e tentar entender porque o mesmo foi invocado para justificar aquela decisão proferida. Em que pese ser uma prática comum nos Tribunais, com ela não podemos concordar, posto que passa para a parte um ônus que era dever do Tribunal: fundamentar a decisão judicial (NOGUEIRA, 2013, p. 236-237).

Conclui-se, assim, ser imprescindível que os tribunais tenham em mente que a aplicação de uma doutrina dos precedentes, proveniente de um sistema de *stare decisis*, deve ser feita com cuidados, especialmente em uma sociedade acostumada ao império da lei como a brasileira. Essa teoria dos precedentes – repita-se – não conflita com a eficácia vinculante de determinadas decisões superiores, como aquelas proferidas em sede de controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Deve ser evitada uma teoria dos precedentes mal-aplicada, pois há sérios riscos de a sociedade terminar ou com um Poder Judiciário preocupado somente em produzir “normas judiciais”; ou com uma Justiça que se contenta com a função de repetir cega e uniformemente determinações superiores, sem se preocupar com a adequação dos fatos aos precedentes.

### 3.2.1 Legitimação das decisões judiciais vinculantes

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal, no exercício da interpretação constitucional levada a efeito na fundamentação de suas decisões, deve estar atento a seu auditório, uma vez que a ele está condicionado, bem como tem o dever de zelar pela coerência sistêmica do Poder Judiciário, necessária à segurança jurídica, ínsita ao Estado democrático de Direito.

É importante notar que a eficácia das decisões judiciais não é mais restrita às partes e ao objeto específico de uma lide individual, transcendendo os limites subjetivos usuais do processo e atingindo a sociedade inteira, o que é observado através da maior quantidade de casos nos quais as decisões do Supremo Tribunal Federal passam a ter efeitos vinculantes perante toda a sociedade, o que se confirma por meio da possibilidade do manejo de ações como a reclamação, para o cumprimento e respeito destas decisões por quem sequer foi parte no processo do qual emanou a decisão.

Além disso, deve o Supremo Tribunal Federal estimular a participação direta deste auditório em suas decisões, a fim de legitimar democraticamente as normas jurídicas que por ele são produzidas na edição de decisões com efeitos vinculantes *erga omnes*. Não se quer dizer com isso que as decisões do STF dependam da adesão ou aceitação de seu auditório, mas sim que quanto mais aceitação e abertura para participação do auditório houver, mais bem fundamentada e válida será a decisão judicial, que terá sido legitimada por um processo constitucional democrático. Esta mudança para um paradigma de participação, por sua vez, implicará indubitavelmente em uma maior estabilidade social e segurança jurídica para o Estado de Direito, e em muito difere – saliente-se – do conceito impreciso e de duvidosa existência de “opinião pública”, que de fato não deve presidir debates técnico-jurídicos, pois costumeiramente está acompanhado de preconceitos e confunde-se com o senso comum (MORETZSOHN, 2007, p. 90).

O Supremo Tribunal Federal, assim como qualquer magistrado ou órgão de qualquer grau de jurisdição do Poder Judiciário, está submetido ao

dever de fundamentar suas decisões e sentenças, o que, por outro aspecto, trata-se de direito fundamental do cidadão (art. 93, IX, da Constituição Federal), posto que a exigência de decisões judiciais fundamentadas é ínsita ao devido processo legal e ao acesso à ordem jurídica justa, direitos trazidos no art. 5º, XXXV e LV, da CF/88.

Conforme se observa na prática diária do Direito, a argumentação jurídica tem como objeto de reflexão, resumidamente, a produção de argumentos em contextos jurídicos, podendo se distinguir três diferentes campos jurídicos em que se processam argumentações jurídicas, quais sejam: o da produção ou estabelecimento de normas jurídicas; o da aplicação de normas jurídicas; e o da dogmática jurídica, em que se buscam critérios para a produção, aplicação e sistematização do Direito.

No que atine à aplicabilidade de uma determinada decisão do Supremo Tribunal Federal portadora de efeito vinculante, o operador do Direito deve tentar subsumir os fatos debatidos em sua situação específica à decisão, seja ela proferida em ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, recurso extraordinário, arguição de descumprimento de preceito fundamental ou súmula vinculante. Mas, logicamente, tal exercício não pode prescindir da interpretação da norma a que se tenta subsumir (decisões advindas de ADI, ADC, ADPF, RE ou súmula vinculante). É como afirma Tércio Sampaio: “Como submeter o caso à regra? O processo de subsunção tem a ver com o problema da aplicação do direito. A aplicação não se confunde com a interpretação, embora a exija. Demonstrado, por via hermenêutica, o sentido da norma, é preciso demonstrar que o caso a ser decidido nele se enquadra” (FERRAZ JUNIOR, 1994, p. 315).

Desta forma, deve haver interpretação constitucional das decisões com efeitos vinculantes, o que não deve ocorrer só na aplicação destas (o que pode, como ocorre no *overruling*, até levar à revogação de uma súmula vinculante ou ao cancelamento de uma repercussão geral outrora admitida), mas também nos debates atinentes às suas formulações, e também nos seus estudos pelos dogmáticos. Assim ocorre em relação a qualquer espécie de norma jurídica, em respeito às mudanças impostas pela evolução fática e axiológica havida em qualquer sociedade, pois do contrário dispensar-se-ia o Poder Legislativo e a dogmática.

Ou seja, o STF, na qualidade de guardião e intérprete-mor da Constituição (art. 102, CF/88), produzirá argumentos em contextos jurídicos seja na formulação de suas decisões (em ADI, ADC, ADPF, RE) ou edição das súmulas vinculantes, seja na sua aplicação, por ocasião de reclamações constitucionais (arts. 102, I, I, e 103-A, § 3º, da CF/88).

O efeito vinculante de específicas decisões do STF, resumidamente, é a pretensão de conferir a tais decisões o poder de transcender a definição de constitucionalidade adotada, do caso concreto (*inter partes*) para um universo subjetivo mais amplo. Há diversas hipóteses previstas no ordenamento, a demonstrar a vontade legislativa de se outorgar a algumas decisões do STF tal efeito, com vistas à consecução de desideratos constitucionais.

Mas, a característica mais importante que vai distinguir se há efeito vinculante é a presença de algum instrumento que possibilite, a quem se sentir afetado por determinado ato que entenda desrespeitoso à decisão vinculante do STF, exigir uma providência reparadora por parte do Tribunal. Presente este instrumento, entende-se que tais decisões vinculantes são normas jurídicas estritas, ante a subsunção ao conceito de imperativo despsicologizado, conforme Tércio Sampaio Ferraz Junior:

Em conclusão, podemos dizer que a dogmática analítica capta a norma jurídica como um imperativo despsicologizado. Para evitar confusões com a ideia de comando, melhor seria falar em um direito vinculante, coercivo no sentido de institucionalizado, bilateral, que estatui uma hipótese normativa (*facti species*) à qual imputa uma consequência jurídica (que pode ser ou não uma sanção), e que funciona como um critério para a tomada de decisão (decidibilidade). (FERRAZ JUNIOR, 1994, p. 123).

Com isso, tem-se que a edição, por parte do Supremo Tribunal Federal, de decisões com efeitos vinculantes consubstancia nítida produção de normas jurídicas, que serão limitadas pelo enunciado textual a ser aprovado, bem como pelos julgados reiterados sobre a matéria constitucional que embasou a decisão judicial do STF. E, por fim, frise-se, a confirmar o caráter de norma jurídica destas decisões, a existência de um instrumento processual para o descumprimento de decisões do STF com efeitos vinculantes: a reclamação constitucional.

Como se viu, o Supremo Tribunal Federal passou a ser um importante centro emanador de normas jurídicas consubstanciadas em decisões de eficácia e vinculação geral, passíveis de coerção por meio de reclamação constitucional, por vezes ocupando o vazio institucional deixado pelo Poder Legislativo, cuja representatividade se vê cada vez mais questionada.

Deste modo, com atribuições e competências em abstrato que sobejam a normalidade da separação institucional entre os poderes, somadas ao seu comportamento concreto perante a comunidade jurídica e a sociedade, o Supremo Tribunal Federal deve ter o cuidado de não se transformar em uma instituição hiperlativizada, sobrepujando-se aos demais poderes da República. Neste ponto, a chave para o sucesso do equilíbrio institucional é simples: acesso democrático a todos as tecnologias de poder e de formulação de decisões, mas sem perspectivas oníricas contraditórias de que a corte constitucional seria a detentora única da interpretação fiel da Constituição. Jurgen Habermas explana a visão que deve presidir os trabalhos de uma corte constitucional:

A discussão sobre o tribunal constitucional – sobre seu ativismo ou automodéstia – não pode ser conduzida *in abstracto*. Quando se entende a constituição como interpretação e configuração de um sistema de direitos que faz valer o nexos interno entre autonomia privada e pública, é bem-vinda uma jurisprudência constitucional ofensiva (*offensiv*) em casos nos quais se trata da imposição do procedimento democrático e da forma deliberativa da formação política da opinião e da vontade: tal jurisprudência é até exigida normativamente. Todavia, temos que livrar o conceito de política deliberativa de conotações excessivas que colocariam o tribunal constitucional sob pressão permanente. Ele não pode assumir o papel de um regente que entra no lugar de um sucessor menor de idade. Sob os olhares críticos de uma esfera pública jurídica politizada – da cidadania que se transformou na ‘comunidade dos intérpretes da constituição’ – o tribunal constitucional pode assumir, no melhor dos casos, o papel de um tutor. A idealização desse papel, levada a cabo por juristas ufanos, só faz sentido quando se procura um fiel depositário para um processo político idealisticamente acentuado. Essa idealização, por sua vez, provém de um estreitamento ético de discursos políticos, não estando ligada necessariamente ao conceito de política deliberativa. Ela não é convincente sob pontos de vista da lógica da argumentação, nem exigida para a defesa de um princípio intersubjetivista. (HABERMAS, 1997, p. 346-7).

Ora, a menção à ‘comunidade dos intérpretes da constituição’ feita pelo filósofo alemão remete aos pontos de partida da interpretação constitucional supracitados: a interpretação constitucional como concretização axiológica e participação da sociedade civil democraticamente organizada, de modo indissociável à realidade fática (Peter Haberle e Konrad Hesse). Assim, é necessária a maior participação da sociedade no processo de interpretação e concretização da Constituição, e quanto mais bem-sucedido for este processo, mais aprimorado será o Estado democrático de Direito.

Sob esse aspecto, o ordenamento permite a participação da sociedade civil no processo comum e no processo de índole constitucional, por meio da figura do *amicus curiae*, o que se colhe, por exemplo, do art. 14, § 7º da Lei 10.259/2001 (recursos nos JEFs), do art. 482, § 3º do Código de Processo Civil (controle de constitucionalidade nos tribunais), dos arts. 7º, § 2º e 18 da Lei 9.868/99 (ADIs e ADCs), do art. 6º, § 1º da Lei 9.882/99 (ADPF), do art. 3º, § 2º, da Lei 11.417/2006 (súmulas vinculantes), e do art. 543-A, § 6º do CPC (repercussão geral do recurso extraordinário). Observe-se, em relação a todos estes exemplos, que se tratam exatamente de processos que podem culminar em decisões de efeitos vinculantes a todas as esferas de Poder, com reflexos diretos à sociedade.

A participação da sociedade civil organizada no processo constitucional, portanto, deve ser conciliada com a constatação de que o STF não é apenas um órgão produtor de decisões judiciais *inter partes*, mas também um guardião da Constituição emanador de inúmeras decisões judiciais com efeitos vinculantes. Essa conciliação perpassa pela busca da diminuição do campo de discricionariedade do STF na produção de suas “normas judiciais” e no respeito e consideração às opiniões dissonantes do *auditório* ao qual se dirigem suas decisões, porquanto – não se deve esquecer – o Poder Judiciário carece de representação democrática direta, e, ao editar suas “normas judiciais”, o STF não pode prescindir do respeito às opiniões de seu *auditório*, ao qual dirigirá suas decisões judiciais de efeitos vinculantes, e isso passa pelo acréscimo de legitimidade democrática com a estimulação da participação da sociedade civil em seus processos constitucionais e pelo decréscimo da discricionariedade judicial dos membros do Supremo Tribunal Federal.

Porém, infelizmente, há dois bons exemplos de que o STF não vem se portando com o perfil habermasiano de tutor (e não de regente) do debate democrático constitucional.

O primeiro deles é o fato de que o STF já editou 31 súmulas vinculantes (1 a 29, 31 e 32), mas destas 31 súmulas, apenas uma delas adveio de provocação por parte de ente legitimado a tanto, nos termos do art. 3º da Lei 11.417/2006. Trata-se da Súmula n. 14, proposta pelo Conselho Federal da OAB. Todas as demais súmulas vinculantes existentes foram editadas *ex officio* pelo próprio STF, seja por iniciativa de algum de seus ministros, seja por iniciativa do Plenário. Além disso, não foram precedidas de amplo debate público entre a sociedade civil organizada anteriormente à sua edição. Neste sentido, remete-se à leitura da tímida regulamentação da participação de terceiros no processo de edição, cancelamento e revisão de súmulas do STF, trazido pela Resolução 388/2008, misturando-se, inclusive, aquelas que sejam vinculantes com as não vinculantes e meramente persuasivas. Leia-se a resolução:

Art. 1º Recebendo proposta de edição, revisão ou cancelamento de súmula, vinculante ou não, a Secretaria Judiciária a registrará e autuará, publicando edital no sítio do Tribunal e no Diário da Justiça Eletrônico, para ciência e manifestação de interessados no prazo de 5 (cinco) dias, encaminhando a seguir os autos à Comissão de Jurisprudência, para apreciação dos integrantes, no prazo sucessivo de 5 (cinco) dias, quanto à adequação formal da proposta.

Art. 2º Devolvidos os autos com a manifestação da Comissão de Jurisprudência, a Secretaria Judiciária encaminhará cópias desta manifestação e da proposta de edição, revisão ou cancelamento de súmula aos demais Ministros e ao Procurador-Geral da República, e fará os autos conclusos ao Ministro Presidente, que submeterá a proposta à deliberação do Tribunal Pleno, mediante inclusão em pauta.

Art. 3º A manifestação de eventuais interessados e do Procurador-Geral da República dar-se-á em sessão plenária, quando for o caso.

Art. 4º A proposta de edição, revisão ou cancelamento de súmula tramitará sob a forma eletrônica e as informações correspondentes ficarão disponíveis aos interessados no sítio do STF.

Art. 5º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

O segundo exemplo é extraído do que ocorreu na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54, cujo objeto era a descriminalização do aborto de fetos anencéfalos, e na qual o ministro relator entendeu inoportuna a admissão do *amicus curiae*, e que não havia um direito subjetivo público de ingresso nos processos constitucionais por parte de instituições que quiseram apresentar seus argumentos favoráveis e contrários à tese ali debatida. Posteriormente, contudo, o ministro entendeu pela necessidade de convocar uma audiência pública para ouvir estes mesmos segmentos da sociedade civil, o que na prática ensejou abertura no processo, mas criou, ao fim, um precedente de prática procedimental autoritária dos processos constitucionais de eficácia *erga omnes*. Felizmente, há notícias mais recentes do incremento no uso das audiências públicas no Supremo Tribunal Federal, para a resolução de questões que resultarão em decisões com efeitos vinculantes *erga omnes*. A primeira delas foi realizada no dia 20/04/2007, na ADI 3510. Posteriormente, várias delas foram realizadas, sendo o ministro Luiz Fux um dos que mais se utiliza desse expediente. São exemplos do uso destes mecanismos de abertura as decisões tomadas nos processos ADIs 4679, 4756 e 4747 (marco regulatório da TV por assinatura), ADPF 186 (ações afirmativas), RE 641320 (regime prisional), ADI 4650 (financiamento de campanhas eleitorais), ADI 3937 (banimento do amianto), ADI 4103 (Lei Seca).

Por intermédio desses dois exemplos bem se percebe que o Supremo Tribunal Federal tem demonstrado uma atuação extremamente controladora da participação da sociedade em seu processos, agindo como regente único de processos de interesse público amplo e aberto, quando deveria apenas tutelar o amplo acesso da sociedade civil organizada ao debate nesses feitos, uma vez que os efeitos da decisão a todos vinculam, mesmo que estas instituições da sociedade civil não sejam partes no processo, ou não tenham legitimidade para o ingresso da ação constitucional. Cassio Scarpinella Bueno, ao analisar a decisão na ADPF 54, acompanha esse entendimento:

Não obstante o acerto dessa decisão, é difícil não ver na recusa do Ministro Marco Aurélio de 'simplesmente' admitir a intervenção de *amici curiae* nas arguições de descumprimento fundamental na linha do que é expressamente previsto para as ações diretas de inconstitucionalidade uma forma

de evitar a criação de um precedente. Precedente no sentido de que, em casos futuros, não restaria ao Supremo Tribunal Federal outra solução que não a de admitir, sempre, a maior abertura possível para a manifestação organizada de todos os valores difusos na sociedade que, de uma forma ou de outra, fazem-se presentes nas várias arguições de descumprimento fundamental que estão em trâmite perante aquela corte e, ainda, naquelas que serão ajuizadas. Entendemos que deve ser louvada a iniciativa de Sua Excelência na realização do que ele chamou de 'audiência pública'. Seus efeitos práticos, não há como negar, são os mesmos que adviriam de manifestações espontâneas de *amici curiae*. O que releva destacar, no entanto, é que a 'convocação' da audiência pública por parte do Relator é forma, ainda que indireta, de inibir a voluntariedade na manifestação e, pois, de reduzir ou, quando menos, controlar a forma de acesso ao Supremo Tribunal Federal nas hipóteses em que o controle concentrado de constitucionalidade está sendo exercido. É buscar 'transformar' uma intervenção que pode ser 'espontânea' em uma intervenção 'provocada', partindo do pressuposto de que, com essa alteração, o juiz pode manter maior controle daqueles que intervêm no processo, mesmo que na qualidade de *amicus curiae*. (BUENO, 2012, p.195-6).

Os membros do STF, ao fundamentar suas decisões nos termos do art. 93 da CF/88, também estão produzindo argumentação jurídica perante seu *auditório*, principalmente se levada em conta que sua decisão terá efeitos vinculantes. Assim, seu *auditório* será sempre a sociedade civil inteira, e não apenas as partes do processo constitucional, de modo que deve ser buscada a ampla adesão desta sociedade a suas decisões.

Isto passa, irrefragavelmente, não apenas pela constatação passiva de que há a possibilidade de se chamar terceiros aos processos constitucionais que podem culminar em decisões vinculantes, mas pela estimulação ativa a tal chamamento e pela diminuição, quiçá extinção, das possibilidades de atuação *ex officio* do STF nestes processos, multicitados supra, posto que seriam medidas antidemocráticas, e passíveis de rediscussão dogmática e jurisprudencial. Neste sentido, remete-se à leitura da tímida regulamentação da participação de terceiros no processo de edição, cancelamento e revisão de súmulas do STF, trazido pela Resolução 388/2008<sup>10</sup>,

---

10 Art. 1º Recebendo proposta de edição, revisão ou cancelamento de súmula, vinculante ou não, a Secretaria Judiciária a registrará e autuará, publicando edital no sítio do Tribunal e no Diário da

misturando-se, inclusive, súmulas vinculantes com as não vinculantes e meramente persuasivas!

Vivem-se tempos em que o Judiciário brasileiro está cumprindo papéis institucionais que não são seus, mas sim do Poder Legislativo, se-ara ideal para debates acerca de modificações e inovações legislativas, pelo perfil democrático que lhe é ínsito. Ou seja, por conta do déficit de representatividade da sociedade civil no Legislativo, distorcidamente estão sendo levados problemas que outrora eram do Legislativo para o Judiciário. Exemplifica-se pela nítida percepção de que, além da profusão legislativa existente, há também um sem-fim de decisões do Supremo com efeitos vinculantes (ou seja, normas judiciais sem viés democrático), imbuídas de intensa discricionariedade, tomadas sem participação da sociedade civil e às vezes destituídas de qualquer caráter de generalidade. Isto as distancia do conceito de norma jurídica, e invalida sua aplicação como decisão de efeito vinculante.

Em crítica à onda moderna de decisionismo judicial, Lênio Luiz Streck propõe o debate acerca do estabelecimento de condições para a realização eficaz de um controle da interpretação constitucional. Assim o tema é exposto:

[...] a autonomia do direito e sua umbilical ligação com a dicotomia 'democracia-constitucionalismo' exigem da teoria do direito e da Constituição uma reflexão de cunho hermenêutico. Essa relevante circunstância implica colocar em xeque aquilo que está no âmago da teoria do direito, isto é, a discussão acerca dos limites da interpretação do direito, questão presente nas diversas teorias construídas contemporaneamente (v. g., Häberle, Dworkin, Habermas, Alexy e MacCormick). O fato de não existir um método que garanta a 'correção' do processo interpretativo – denúncia presente, aliás, já no oitavo capítulo da Teoria Pura do Direito – não autoriza o intérprete a escolher o sentido que mais lhe convier, o que seria dar azo à discricionariedade e/ou ao decisionismo típicos do modelo positivista propugnado pelo próprio Kelsen. É preciso compreender que a delegação em favor do juiz do 'preenchimento' da 'zona de incerteza' é a institucionalização do positivismo, que funciona como poder arbitrário no

interior de uma pretensa discricionariedade. Não se pode esquecer, aqui, que a ‘zona de incerteza’ (ou as especificidades em que ocorrem os casos difíceis) pode ser fruto de uma ‘construção ideológica’ desse mesmo juiz, que, *ad libitum*, aumentam o espaço de incerteza, aumentando, assim, o seu espaço de ‘discricionariedade’. (STRECK, 2011, p. 239-240).

Não se olvide que ao exagerar em seu comportamento normatizador, o Supremo Tribunal Federal está apenas trazendo para seu espaço, de modo desnecessário, um problema que deveria ser resolvido no Poder Legislativo. Refuta-se este argumento pela ótica de muitos doutrinadores, no sentido de que o STF é guardião da Constituição e por ela deve velar ativamente, e se há determinações de sua atuação, que ela seja procedida.

Porém, contra estes argumentos, responde-se: a continuar na forma como está, o Supremo Tribunal Federal estará apenas aumentando o déficit de democracia e cidadania, não colaborando para a construção de uma sociedade civil que participe ativamente da vida política por meio do atualmente combalido Poder Legislativo. Deste modo, apenas o corpo técnico que está ordinariamente legitimado ao processo constitucional é que vivenciará debates sobre a Constituição havidos na lida forense. O Estado democrático de Direito, dependente de uma clara separação de Poderes, tende a se tornar um indesejado peso, um Leviatã de proporções assustadoras em relação a uma sociedade tibia e uma democracia jovem.

Além disso, antes de tomar qualquer decisão com efeito vinculante o STF deve refletir consideravelmente sobre a pré-compreensão que possui sobre o tema e sobre o *auditório* ao qual se dirigirá tal efeito vinculante, em vez de apenas considerar argumentos puramente racionais e lógicos em suas decisões, sob pena de se transformar-se em um órgão judiciário de perfil ditatorial, em réplica análoga, *mutatis mutandis*, a pretéritos perfis estatais caracterizados por um Executivo hipertrofiado e um Legislativo de baixa representatividade.

Deste modo, cabe aos ministros do STF, “em vez de manterem os indivíduos à parte da república, se constituir, dependendo dos operadores sociais, em uma pedagogia para o exercício das virtudes cívicas” (VIANNA, 1999, p. 150), sempre construindo e reconstruindo a imagem de seu *auditório* (sociedade civil), transcendendo-lhes a opinião e incrementando sua participação na interpretação constitucional, a fim de conferir concretiza-

ção constitucional e legitimidade democrática a suas decisões de efeitos vinculantes, sob pena de estas se tornarem ineficazes e inválidas pela natural desconsideração que a realidade social vivenciada pelo *auditório* eventualmente lhes imponha (o que é comprovado, v.g., pela aplicação extremamente excepcional da súmula vinculante n. 11).

Se assim se desenvolver o processo constitucional no Supremo Tribunal Federal, em especial aquele que resulte em decisões judiciais detentoras de efeito vinculante, o que *a priori* se revelou como excesso de normatização judicial e desequilíbrio entre os Poderes, poderá se caracterizar em um exemplar processo indutivo de cidadania e democracia, pautas sociais e axiológicas tão ausentes no Brasil, bem como de subsequente desjudicialização e segurança jurídica, aumentando a confiança e a credibilidade do Poder Judiciário de modo integral.

### 3.2.2 Para uma democratização legitimadora dos órgãos superiores do sistema judiciário

Como se sabe, os membros do Poder Judiciário não são eleitos democraticamente tais como os representantes do Executivo e do Legislativo. Indica-se que essa seria uma inconsistência do sistema, que poderia deslegitimar as decisões judiciais, especialmente aquelas que controlam e modificam as atividades administrativas e legislativas (*judicial review*), anulando a eficácia de escolhas produzidas por órgãos majoritários, eleitos democraticamente.

Mas, essa é uma perspectiva distorcida e parcial, decorrente de outra hipótese sociológica maior: as desigualdades sociais gritantes na sociedade brasileira ainda não foram corrigidas suficientemente pela atuação do Estado, diferentemente do que ocorreu em outras sociedades como a norte-americana. José Ribas Vieira e outros autores analisam a questão da legitimidade democrática das decisões de *judicial review* em países como o Brasil:

Desta forma, percebe-se a via judicial como o único canal disponível, cujo acesso é relativamente oferecido à sociedade civil, para a busca da satisfação de diferentes interesses, dos diferentes grupos sociais. Nesse

sentido o Judiciário passa a ser entendido como a última instância de cumprimento das promessas da ‘modernidade tardia’ e o juiz se coloca como uma última esperança de atendimento de pleitos e de possibilidade de justificação do Estado de Direito – o que ao cabo coloca o Poder Judiciário em posição de tensão e de certa proeminência em relação aos demais poderes eleitos. O centro de atenção é mais um problema de eficácia da tutela jurisdicional e menos de sua legitimação democrática. (DUARTE; VIEIRA, 2005, p. 102-103).

Ou seja, o problema é muito mais decorrente do descumprimento de direitos fundamentais, do que de uma possível ausência de legitimação das decisões judiciais pelo fato de que não votamos em juízes.

Não é demais lembrar que, além de os juízes necessitarem do conhecimento técnico da Constituição, da legislação e das demais fontes jurídicas, sua independência deve ser protegida de modo a que sua atuação seja imparcial e apartidária, caso contrário a justiça enquanto valor estará longe de ser alcançada. É por esses motivos que, via de regra, eles são escolhidos mediante procedimentos técnicos, mas democráticos, como o são os concursos públicos.

Ademais, não se deve esquecer que uma decisão estatal não se legitima apenas pelo voto, mas também pelo procedimento adotado. A legitimação pelo procedimento, portanto, é inerente à atividade judicial (LUHMANN, 1980, p. 20-21), assim como no funcionamento da legislação e da administração, ainda que estas sejam, segundo o próprio autor (LUHMANN, 1980, p. 196), sistemas com menor racionalidade e maior complexidade. Todas as atividades do Estado necessitam, tanto quanto a judicial, de fundamentação às suas decisões, e é nesse ponto que elas se legitimam perante a sociedade, não só pelo voto e participação direta dos cidadãos.

Essa legitimação pelo procedimento paralela à legitimação pelo sufrágio direto (típica dos procedimentos legislativos e administrativos), contudo, não impede que se discutam as bases constitucionais e legais de escolha dos membros das cortes constitucionais e infraconstitucionais, importante medida necessária ao equilíbrio entre os Poderes, e justificada pelo recorrente *judicial review* praticado, de modo *erga omnes*, por esses tribunais.

Nesse sentido, devem ser estimulados estudos sobre a forma de nomeação dos ministros da corte constitucional<sup>11</sup>, uma vez que no Brasil o poder de tal nomeação, inspirado desde a Constituição de 1891 no modelo estadunidense, encontra-se estritamente ligado ao chefe do Poder Executivo, o que não condiz com uma abertura democrática à participação em tal decisão, que costuma movimentar e causar celeumas em toda a sociedade.

Gustavo Sampaio Telles Ferreira, nessa mesma direção, afirma que:

Se o modelo em voga não atende mais às expectativas de conformação da instância judiciária máxima da República, com resistência de muitos a que este mecanismo se mantenha, não menos resistência é oferecida ao entendimento daqueles que postulam que a investidura de seus magistrados seja precedida do sufrágio direto pelo eleitorado nacional, atingindo-se o respaldo popular que se exige à outorga dos mandatos parlamentares federais ou mesmo à chefia do Poder Executivo. Com efeito, reconhecer plausível o voto direto para a investidura da função judicial na Suprema Corte encontra resistência no princípio da imparcialidade que dirige a prestação judicante por esta devida. A obrigatoriedade da escolha popular daqueles que são providos de mandato parlamentar parece se opor à necessidade de se ter uma magistratura imparcial, infensa a pressões que não sejam emanadas das normas constitucionais e dos axiomas condutores da vontade geral expressos no ordenamento maior. (COUTINHO; FRAGALE FILHO; LOBÃO, 2011, p. 180).

Neste sentido, é imperioso citar que: (i) nos Estados Unidos, embora a nomeação do candidato seja do presidente da República, é comum que haja debates intensos na arguição do candidato a ministro no Senado norte-americano (o que não ocorre no Brasil, onde há até certa deferência ao arguido); (ii) na Áustria, seis dos quatorze ministros da Suprema Corte são indicados pelo Parlamento; (iii) na França, de nove membros do Conselho Constitucional, três são indicados pelo Presidente da República, três pelo Presidente do Senado, e três pelo Presidente da Assembleia Nacional; (iv) na Alemanha, dez dos dezesseis membros do Tribunal Constitucional Federal são indicados por votações no Parla-

---

11 Conforme propostas de Emendas à Constituição n. 342/2009, 408/2009 e 434/2009, em trâmite na Câmara dos Deputados.

mento Federal e no Conselho Federal, e o ato de nomeação por parte do presidente é mero ato vinculado; (v) em Portugal, dez dos treze membros da corte constitucional são escolhidos pela Assembleia da República, não existindo participação do presidente da República; (vi) também na Espanha, o rei tem mera participação vinculada na nomeação, após escolha dos doze membros na seguinte proporção: quatro pelo Senado, quatro pelo Congresso dos Deputados, dois pelo governo e dois pelo Conselho Geral do Poder Judiciário.

Nenhuma prática inovadora, portanto, que venha a modificar a forma com a qual se indiquem os membros dos tribunais (sejam das cortes constitucionais, sejam das cortes inferiores) pode ser desprezada, se ela vier a representar uma diretriz democratizante de participação dos poderes eleitos pelo povo na indicação dos membros destes tribunais.

Enfim, a doutrina e os legisladores brasileiros, em medida de democratização legitimatória das decisões judiciais vinculantes dos órgãos judiciários superiores, poderiam estudar tecnologias institucionais que extirpassem a exclusividade que um único Poder como o Executivo detém para indicar membros à corte constitucional, o que permitiria uma maior legitimidade das decisões do Supremo Tribunal Federal em especial, bem como das cortes inferiores ao STF.

### 3.3 Isonomia processual

A adoção sistemática de medidas processuais que representem transparência e lealdade entre as partes no andamento do processo pode diminuir consideravelmente o número de feitos em andamento, atenuando também a litigiosidade e o tempo total do processo.

Assim, métodos racionais de cumprimento *erga omnes* de decisões administrativas que afetem uma determinada e considerável parcela da sociedade perfazem tecnologia propiciadora de igualdade, simplificação e celeridade do processo administrativo, o que, por sua vez, necessariamente afetará o andamento de processos judiciais.

Não é justo que um determinado cidadão obtenha administrativamente o pagamento de uma gratificação que antes lhe fora negada e outro cidadão, em situação fático-jurídica idêntica, tenha que aguardar o desen-

lace de um processo judicial para recebê-la, ou mesmo tenha que abrir mão de parte de seus direitos, em conciliação judicial sobre o seu processo, e um terceiro, sequer tenha a perspectiva de receber administrativa ou judicialmente a mesma gratificação, pelo desconhecimento de seus direitos. A aplicação do direito, portanto, deve ser feita de modo impessoal e uniforme pela Administração, e por consequência, também pela Justiça. São precisas as conclusões sobre o princípio da isonomia, e sua conexão com a impessoalidade na Administração Pública, delineadas em artigo de Ricardo Perlingeiro, publicado em obra coletiva:

A impessoalidade da Administração Pública nos procedimentos administrativos deve guiar o conteúdo das decisões, que não podem implicar tratamento diferenciado de cidadãos que se encontrarem em idêntica situação. Dessa maneira, o princípio da igualdade enseja a exigência de motivação sempre que a Administração Pública deixar de aplicar a jurisprudência administrativa sobre a questão (art. 50, VII, Lei n. 9.784/99) ou de seguir súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal (art. 64-A, Lei n. 9.784/99), e, também, o dever da Administração de adequar, quando necessário, às súmulas vinculantes, as futuras decisões administrativas em casos semelhantes (art. 64-B, Lei n. 9.784/99). (NOBRE, 2011, p. 432).

Como exemplo de boas práticas que poderiam ser adotadas no Brasil, devem ser valorizadas técnicas como a da extensão dos efeitos da sentença de uma ação anulatória de ato administrativo, trazido no art. 161 do Código de Processo nos Tribunais Administrativos de Portugal. Do mesmo modo, técnicas de coletivização processual em juízo poderiam ser utilizadas, como aquela atinente aos “processos em massa” do Direito Administrativo Português (art. 48 do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, Lei n. 15/2002), também existente na Espanha, com o aprimoramento da possibilidade de apensação destes processos (arts. 32, 37 e 111 da Ley de La Jurisdicción Contencioso-Administrativa, n. 129/1998) e na Itália, que permitem o julgamento conjunto e único de questões suscetíveis de serem decididas com base na aplicação de normas idênticas às mesmas situações de fato e/ou de direito, e com o número relevante de demandas. Comentando o instituto dos processos em massa de Portugal, Wladimir Brito assim expressa:

A necessidade de rápida, mas segura, resolução dos feitos submetidos à apreciação dos Tribunais administrativos foi uma das principais questões que a reforma do Contencioso teve de enfrentar. De facto, a resolução pela Administração de situações idênticas mas respeitantes a uma pluralidade de pessoas através de acto jurídico aplicador de uma mesma norma jurídica, mas julgada ilegal por todos os destinatários desse acto foi sempre uma fonte de multiplicação dos litígios causados por essa atividade de Administração e de um grande número de processos cujos pedidos têm por objeto o mesmo acto ou, se se quiser, em cujos pedidos se syndica o mesmo acto administrativo. Esta situação, produtora de um considerável e preocupante aumento das pendências judiciais suscitou a necessidade de se encontrar um mecanismo judícia capaz de resolver com maior economia processual e com maior celeridade possíveis e, ainda, com vista a permitir a uniformização jurisprudencial, mas sempre com segurança e eficácia e sem pôr em causa o direito individual de cada um a uma efectiva tutela judicial. (BRITO, 2008, p. 215).

Outra medida interessante, neste contexto, é trazida no Projeto de Lei 8046/2010, de Reforma do Código de Processo Civil. No projeto, encontra-se o “Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas”, instituto processual que foi inspirado no conteúdo do procedimento-padrão alemão (*Musterverfahren*) da legislação sobre resolução de litígios do mercado de capitais (*KapMuG*) e nas *Groups Litigation Order* e *Test Claims*, do direito inglês.

Resumidamente, de acordo com o texto do projeto do CPC, havendo uma questão comum de direito (processual ou substancial), capaz de gerar multiplicação de processos, de ofício ou a requerimento, poderá ser suscitado o incidente, que será apreciado, em termos de admissibilidade e mérito, pelo tribunal de segundo grau respectivo, com a suspensão de todos os processos de competência desse tribunal sobre a questão de direito. Segundo o texto, o julgamento do incidente poderá ser questionado por meio de recurso especial ou extraordinário, e após o trânsito em julgado do julgamento do incidente, os órgãos judiciais vinculados ao respectivo tribunal deverão aplicar a tese jurídica determinada, cabendo reclamação no caso de desobediência à decisão do incidente de resolução de demandas repetitivas.

Este incidente, portanto, não é ação autônoma. No incidente, o tribunal respectivo escolhe um processo modelo por meio do qual se es-

tabelecerá um padrão decisório igual para todos os feitos que nele se enquadrem, uniformizando a resposta estatal, ainda que denegatória, e reduzindo os riscos e custos da litigância individual.

A medida é alvissareira, mas também precisa ser pensada à luz dos direitos fundamentais à ampla defesa e ao contraditório. Uma preocupação, por exemplo, é o fato de que no procedimento-padrão alemão o tribunal não pode suscitar o incidente *ex officio*, diferentemente do que prevê o texto do Projeto do CPC brasileiro.

Outro detalhe que não pode passar despercebido é o de que o julgamento do procedimento-padrão deverá vincular os demais interessados apenas e na medida exata de sua efetiva participação no procedimento, ou da possibilidade de participação, propiciada pelo tribunal através de ampla divulgação do procedimento iniciado. Uma vez dada ao conhecimento do público em geral a existência do procedimento-padrão, e terminado seu julgamento, tratar-se-ia de extensão dos efeitos da coisa julgada do procedimento a todos os demais casos idênticos (MENDES, 2012, p. 286).

A escolha do procedimento modelo não pode ser aleatória ou discricionária por parte do órgão judiciário, haja vista a importância de que se revestirá tal decisão para a coletividade; a demanda deve ser ampla, abrangendo o maior número de questões jurídicas e argumentos possíveis acerca da matéria.

Enfim, a isonomia enquanto meta a ser buscada, de certo modo, pode ser extraída de algumas boas práticas aplicadas modernamente no Brasil, como se vê do exemplo das suspensões que são determinadas após decisões de incidentes de uniformização de jurisprudência da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais (art. 14, § 5º, da Lei n. 10.259/2001), ou em recursos especiais ou extraordinários interpostos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal (arts. 543-A, 543-B e 543-C do Código de Processo Civil). O STJ tem importante precedente que proclama essa priorização da isonomia, correlacionando-a com a razoável duração do processo:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ART. 105, III, A E C, DA CF/1988. SOBRESTAMENTO DO JULGAMENTO DA APELAÇÃO, POR FOR-

ÇA DE SUBMISSÃO DA QUAESTIO IURIS CONTROVERTIDA AO RITO PREVISTO NO ART. 543-C, DO CPC - RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. POSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICO-SISTÊMICA. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DOS PROCESSOS (ART. 5.º LXXVIII, DA CRFB/1988). 1. A submissão de matéria jurídica sob o rito prescrito no artigo 543-C, do Código de Processo Civil, inserido pela Lei n.º 11.672, de 8 de maio de 2008, justifica a suspensão do julgamento de recursos de apelação interpostos nos Tribunais. 2. A suspensão dos julgamentos das apelações que versam sobre a mesma questão jurídica submetida ao regime dos recursos repetitivos atende a exegese teleológica-sistêmica prevista, uma vez que decidida a irresignação paradigmática, a tese fixada retorna à Instância a quo para que os recursos sobrestados se adequem à tese firmada no STJ (art. 543-C, § 7.º, I e II, do CPC). 3. É que o novel instituto tem como *ratio essendi* evitar o confronto das decisões emanadas dos Tribunais da Federação com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, mercê de a um só tempo privilegiar os princípios da isonomia e da segurança jurídica. 4. A ponderação de valores, técnica hoje prevalecente no pós-positivismo, impõe a duração razoável dos processos ao mesmo tempo em que consagra, sob essa ótica, a promessa calcada no princípio da isonomia, por isso que para causas com idênticas questões jurídicas, as soluções judiciais devem ser iguais. 5. *Ubi eadem ratio ibi eadem dispositio*, na uniformização de jurisprudência, a cisão funcional impõe que a tese fixada no incidente seja de adoção obrigatória no julgado cindido, por isso que a tese repetitiva adotada pelo Tribunal competente para conferir a última exegese à legislação infraconstitucional também é, com maior razão, de adoção obrigatória pelos Tribunais locais. 6. A doutrina do tema assenta que: Outro é, pois, o fenômeno que se tem em vista quando se alude à conveniência de adotar medidas tendentes à uniformização dos pronunciamentos judiciais. Liga-se ele ao fato da existência, no aparelho estatal, de uma pluralidade de órgãos judicantes que podem ter (e com frequência têm) de enfrentar iguais questões de direito e, portanto, de enunciar teses jurídicas em idêntica matéria. Nasce daí a possibilidade de que, num mesmo instante histórico - sem variação das condições culturais, políticas, sociais, econômicas, que possa justificar a discrepância -, a mesma regra de direito seja diferentemente entendida, e a espécies semelhantes se apliquem teses jurídicas divergentes ou até opostas. Assim se compromete a unidade do direito - que não seria posta em xeque, muito ao contrário, pela evolução homogênea da jurisprudência dos vários tribunais - e não raro se semeiam, entre os membros da

comunidade, o descrédito e o cepticismo quanto à efetividade da garantia jurisdicional. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil, Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: Arts. 476 a 565. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, págs. 4 e 5) 7. Deveras, a estratégia político-jurisdicional do precedente, mercê de timbrar a interpretação dos sistemas do *civil law* e do *common law*, consubstancia técnica de aprimoramento da aplicação isonômica do Direito, por isso que para “casos iguais”, “soluções iguais”. 8. Recurso especial conhecido e desprovido. (RESP 200900345077, NANCY ANDRIGHI, STJ - CORTE ESPECIAL, DJE DATA:21/06/2010 RDDP VOL.:00089 PG:00157. DTPB:.)

Decerto, as iniciativas mencionadas podem propiciar maior celeridade, julgamentos justos e igualitários e eficiência nos processos administrativos, o que, por sua vez, representará uma racionalização adequada dos processos judiciais. Ainda, haverá um incremento da confiança dos cidadãos nos atos estatais, sejam eles administrativos ou judiciais.

### 3.4 O processo coletivo em lugar das ações atomizadas de megaconflitos

O tratamento individualizado de questões coletivas é cotidiano no Brasil, infelizmente, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes relata:

A questão não deixa de ser, também, lógica, pois, a priori, os conflitos eminentemente singulares devem ser resolvidos individualmente, enquanto os litígios de natureza essencial ou acidentalmente coletiva precisam contar com a possibilidade de solução metaindividual. A inexistência ou o funcionamento deficiente do processo coletivo dentro do ordenamento jurídico, nos dias de hoje, dá causa à multiplicação desnecessária do número de ações distribuídas, agravando ainda mais a sobrecarga do Poder Judiciário. Na verdade, são lides que guardam enorme semelhança, pois decorrem de questão comum de fato ou de direito, passando a ser decididas de modo mecânico pelos juízes, através do que se convencionou chamar de sentenças-padrão ou repetitivas, vulgarizando-se a nobre função de julgar. É o que vem ocorrendo, v.g., na Justiça Federal brasileira. Nas circunscrições do Rio de Janeiro e de Niterói, por exemplo, as sentenças-padrão representaram, no cômputo do total de sentenças cíveis de mérito, entre os anos de 1998 e 2001, respectivamente, 62,5% e 73%. A atividade judicial

descharacteriza-se, com essa prática, por completo, passando a ser exercida e vista como mera repetição burocrática, desprovida de significado e importância. (MENDES, 2012, p. 37).

Esses números podem ser atualizados, de acordo com estudo feito individualmente por este pesquisador nas sentenças de mérito proferidas na Vara Federal de Três Rios/RJ entre janeiro de 2011 e agosto de 2013 (procedimentos ordinários ou de juizados especiais)<sup>12</sup>, que demonstram que, apesar de uma redução no percentual de sentenças-padrão, elas ainda continuam sendo bastante utilizadas e corriqueiras no Poder Judiciário. Nesse sentido, foram analisadas 3737 (três mil, setecentos e trinta e sete) sentenças cujo mérito foi apreciado, tendo sido encontradas 1435 (mil, quatrocentos e trinta e cinco) sentenças-padrão (percentual de 38,4%). Ou seja, em mais de um terço dos processos a solução do feito poderia se dar, em tese, em um número significativamente menor de sentenças metaindividuais. A título comparativo, no mesmo período, dessas 3737 sentenças de mérito, apenas 359 (9,6% das sentenças de mérito) se referiam a alguma homologação de acordo feito entre as partes. Conclui-se tristemente, assim, ser muito mais fácil encontrar no cotidiano forense ações repetitivas e atomizadas de megaconflitos, passíveis de solução coletiva, do que presenciar a disposição das partes ao consenso e à conciliação.

Essa litigiosidade, premente na sociedade moderna, advém especialmente do perfil de risco a ela atinente, o que faz com que lesões ou ameaças de lesões a direitos não mais sejam vistos do ponto de vista individual, mas sim coletivo, pois um único ato praticado por alguém pode atingir uma quantidade determinada, determinável ou indeterminável de indivíduos. Ou seja, o processo e a Justiça têm que estar adaptados a essas relações de massa atuais, que progridem exponencialmente para níveis avassaladores de litigiosidade e demanda, frutos do crescimento das relações de consumo, da ampliação das redes de comunicações, dos crescimentos comerciais e industriais de empresas, países e sociedades.

---

12 O estudo foi realizado nos arquivos eletrônicos das sentenças de cada um dos processos, disponíveis no sistema de banco de dados processuais da Justiça Federal do Estado do Rio de Janeiro, conhecido como Apolo, amplamente acessível às pessoas autorizadas, como o pesquisador, em face do princípio da publicidade, respeitado o sigilo individual de dados pessoais de cada uma das partes envolvidas.

De outro lado, é preciso investigar as condições culturais, sociais e econômicas que estão no entorno dessa litigiosidade. Como afirma André Vasconcelos Roque:

O fato é que se torna preciso buscar a valorização do ordenamento jurídico em sua dimensão objetiva, abandonando a concepção de tutela exclusivamente de direitos subjetivos, algo tão arraigado na cultura brasileira que, para estruturar a tutela coletiva, criaram-se novas categorias de direitos (difusos, coletivos e individuais homogêneos). Concessionárias, grandes empresas e demais litigantes habituais em geral raciocinam a questão sob o aspecto macroeconômico. Se a perspectiva de um determinado comportamento ilícito proporcionar a estimativa de um montante de condenações judiciais inferior aos custos operacionais para a correção dessa conduta, as empresas continuarão a praticar o ilícito em questão, ensejando o ajuizamento de inúmeras demandas repetitivas. Tais agentes direcionam sua conduta não sob o código lícito/ilícito, mas sim de acordo com o código lucrativo/não-lucrativo. Assim é que serviços nunca solicitados, cobranças indevidas, mau atendimento e falhas variadas na prestação de serviços e no fornecimento de produtos se transformaram em acontecimentos corriqueiros no Poder Judiciário brasileiro. (ROQUE, 2013, p. 638).

O tratamento coletivo de ações relativas a pleitos individuais repetitivos, desse modo, é medida de modernização da Justiça, pois evitaria grande quantidade de processos, reais ou potenciais, especialmente nos casos de danos econômicos de pequena monta praticados por empresas prestadoras de serviços a consumidores. Nestes casos, p. ex., os consumidores poderiam, em vez de ingressar judicialmente com incontáveis ações individuais, optar por aguardar o desfecho prioritário de uma ação coletiva em nome dos interesses individuais homogêneos do segmento social de que fazem parte.

Ora, a priorização às ações individuais pode vir a causar evidentes inseguranças jurídicas e desigualdades, já que os órgãos jurisdicionais podem julgar as causas de modo distinto, se não houver uma uniformização do entendimento entre os órgãos julgadores. É esse o panorama no qual o Brasil se encontra atualmente, em que essas divergências propiciadas por um processo mais individualizado fazem com que o sistema obtenha índices de legitimação e aceitabilidade ruins, essencialmente conectados com uma visão egoísta de que os interesses individuais devem sempre ser

preconizados. Tudo isso leva a descrédito e desconfiança com a prestação jurisdicional, extremamente perniciosos para as relações entre a sociedade e o Estado. Aluísio Gonçalves de Castro Mendes faz esse diagnóstico:

Com a multiplicação de ações individuais, que tramitam perante diversos órgãos judiciais, por vezes espalhados por todo o território nacional, e diante da ausência, nos países da civil law, do sistema vinculativo de precedentes (*stare decisis*), os juízes chegam, com frequência, a conclusões e decisões variadas e até mesmo antagônicas. Não raramente essas decisões de variado teor acabam por transitar em julgado, diante da não interposição tempestiva de recurso cabível ou pelo não conhecimento deste em razão de outra causa de inadmissibilidade. Por conseguinte, pessoas em situações fáticas absolutamente idênticas, sob o ponto de vista material, recebem tratamento diferenciado diante da lei, decorrente tão somente da relação processual. O direito processual passa a ter, assim, caráter determinante e não apenas instrumental. E, sob o prisma do direito substancial, a desigualdade diante da lei torna-se fato rotineiro e não apenas esporádico, consubstanciando, portanto, ameaça ao princípio da isonomia. A miscelânea de pronunciamentos, liminares e definitivos, diferenciados e antagônicos, do Poder Judiciário passa a ser fonte de descrédito para a própria função judicante, ensejando enorme insegurança jurídica para a sociedade. Consequentemente, quando ocorre tal anomalia, a função jurisdicional deixa de cumprir a sua missão de pacificar as relações sociais. (MENDES, 2012, p. 39-40).

Sob essa perspectiva, portanto, algumas previsões legais acerca das ações coletivas poderiam ser revistas, para fins de aprimorar-se a jurisdição coletiva.

Uma delas é a possibilidade de ajuizamento de ação coletiva pelo indivíduo, já que a este se restringiu a ação popular, concedendo-se legitimidade ordinária para o ajuizamento de ações civis públicas, geralmente, a associações e ao Ministério Público. Nesse ponto, percebe-se que a Constituição, em momento algum, sinaliza com a vedação a esse tipo de ajuizamento, embora este não esteja previsto expressamente. Desonerar-se-ia o Ministério Público e haveria um maior senso de cidadania, com a permissão expressa de legitimidade às ações coletivas concedida ao indivíduo, o que não induziria qualquer tratamento individualizado da questão. Portugal, Estados Unidos, Austrália, Inglaterra e Canadá, por exemplo,

possuem legislação que permite aos indivíduos ingressarem individualmente para a defesa de direitos coletivos de qualquer ordem.

Outra medida que poderia colaborar para a preeminência da jurisdição coletiva seria a modificação dos efeitos da coisa julgada nas ações coletivas. Esta coisa julgada é trazida no art. 103 do Código de Defesa do Consumidor, e é *secundum eventum litis*, de acordo com a procedência ou improcedência do pedido, nos casos de direitos individuais homogêneos ou essencialmente coletivos (incs. I e III). No caso de procedência, permite-se a extensão subjetiva dos efeitos da coisa julgada. Mas, no caso de improcedência, esta coisa julgada não exercerá força vinculante perante novas ações individuais ou coletivas. Isto viola a isonomia e demonstra a priorização que o sistema concede às ações individuais. Antonio Gidi confirma essa impressão:

A única diferença relevante entre as ações coletivas em defesa dos direitos difusos e coletivos, de um lado, e as ações coletivas em defesa de direitos individuais homogêneos, de outro, é que a lei prevê notificação e autoriza intervenção individual apenas nessa última (CDC, art. 94). Em teoria, isso pode proporcionar maior controle aos membros do grupo, que podem auxiliar o legitimado a encontrar provas que desconhece. Todavia, como vimos, trata-se de uma notificação editalícia de quase nenhuma efetividade (v. item 5.2 – Notificação), e esse pequeno detalhe não justifica a radical diferença que a lei dá à coisa julgada nos diferentes tipos de ações coletivas. Ademais, não há motivo que justifique impor a notificação e autorizar a intervenção em um tipo e não em outros tipos de ação coletiva. (GIDI, 2007, p. 287).

O Projeto de Lei 5.139/2009 da Câmara tentava corrigir essa distorção acerca da coisa julgada, determinando em seu art. 38, que no caso de improcedência por falta de provas as ações individuais serão extintas e, havendo suficiência de provas, o máximo de irrisignação que será possível é o ajuizamento de uma ação revisional no prazo de um ano contado do conhecimento geral da descoberta de prova técnica nova (art. 39 do Projeto). Porém, tal Projeto foi arquivado na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, ainda no ano de 2010.

Enfim, o maior fomento à jurisdição coletiva no Brasil, evitando-se a atomização de macrolides em múltiplas e repetitivas demandas indivi-

duais, pode representar uma verdadeira renovação do direito fundamental de acesso à justiça, eliminando desequilíbrios entre as partes litigantes e propiciando mais igualdade entre os cidadãos.

### 3.5 A renovação do conceito de acesso à justiça, em face do abuso do direito de ação

Eis um direito fundamental que necessita de uma urgente releitura: o direito de acesso à justiça, insculpido no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988.

Inicialmente, foi olvidado que as disposições que descrevem direitos fundamentais são dirigidas, comumente, ao próprio Estado. Ou seja, o direito fundamental de acesso à justiça, na forma como está exposto, significa que o legislador não pode criar empecilhos para que o cidadão juridicenalize determinada problemática.

Isso, por sua vez, não significa que o julgador tenha sempre que enfrentar o mérito das questões que lhe são levadas a conhecimento. Isto é, não há a garantia ao cidadão de que o mérito de seu pedido será analisado, porquanto seu pedido deve ser juridicamente possível e a ação deve preencher determinadas condições, sob pena de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267, VI, do Código de Processo Civil). Daqui nasce a importância da assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados e das funções essenciais à Justiça, especialmente do advogado, para que os juízes tenham condições de analisar o mérito das demandas a eles distribuídas, e com isso a parte possa auferir a tutela que pleiteia, seja de que natureza ela for. Enfim, o Poder Judiciário nunca foi, nem nunca será, um simples balcão de reclamações.

Sob esse viés, o último Relatório Justiça em Números, publicado pelo Conselho Nacional de Justiça, em 2011, nos apresenta a seguinte realidade:

[...] tramitaram, ao longo de 2011, quase 90 milhões de processos, sendo que, desse quantitativo, 71% (63 milhões) já estavam pendentes desde o início do ano e os 26 milhões restantes ingressaram durante o ano. Foram

baixados aproximadamente 26 milhões de processos, quase o mesmo quantitativo ingressado, e foram proferidas 23,7 milhões de sentenças e decisões<sup>13</sup>.

Ora, em algum percentual dessa plethora não estaria ocorrendo algum abuso do direito de demandar? O exercício do direito de acesso à justiça não possui limitações?

Parece que o “abuso” é patente, em alguns casos. E essa recorrência não é fenômeno restrito ao Brasil. Michele Taruffo além de conceituar o abuso do direito de ação, traz importantes exemplos ocorridos em algumas democracias já firmadas, socorrendo-se de colaborações e relatórios investigativos de outros autores internacionais:

Em termos gerais, o abuso do direito de ação ocorre quando um autor promove uma demanda sem qualquer interesse legítimo em fazê-lo (Taelman fala do descuido pré-processual referindo-se à inadequada preparação do caso). Isto ocorre em diversos casos nos quais a ação é conduzida sem qualquer base legal ou fática (ver, e.g., Andrews, Taelman, Taniguchi), ou valendo-se de uma alegação frívola de violação (Hazard), ou com o propósito de obter um mero conselho legal da corte ou com qualquer outro propósito impróprio ou ilegítimo (ver Mancini, Hess e Andrews), ou a fim de perturbar ou intimidar a outra parte (Taelman). Esta subclasse provavelmente inclui também o caso das disputas fictícias que está presente em vários sistemas, mas ele foi especificamente assinalado na experiência da Corte Europeia de Justiça (ver Mancini). Outros casos concernem a tentativas de violar os princípios da *res judicata* pela reapresentação em juízo de questões que já foram decididas (ver, e.g., Beaumont, Taniguchi e Mancini), ou a tentativa de pleitear um direito além do prazo previsto pelo estatuto de limitação. Esses tipos de abuso do direito de ação estão presentes, grosso modo, em todos os países considerados. (TARUFFO, 2009, p. 168).

O direito de ação não pode ser exercido de modo absoluto, sem restrições. Nos casos em que se veiculam pretensões contrárias à finalidade do processo, ou ainda pretensões estranhas, utilizando-se da ação como um meio distorcido de se obter direito ou vantagem fora de seu tempo,

---

13 Relatório disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros/relatorios>>. Vide as considerações finais e as recomendações, especialmente à fl. 447.

interesse não previsto em lei ou alguma vantagem indevida, que sem a pressão exercida pela existência de um processo não se obteria, estar-se-á diante do fenômeno do “abuso do processo”. Helena Abdo analisa os limites do direito de ação:

[...] a liberdade de que gozam os sujeitos processuais é relativa e não absoluta. Assim, a liberdade no exercício do poder de ação está limitada pela vedação ao abuso do processo. É certo que, hoje em dia, o processo civil busca garantir o acesso pleno à justiça, principalmente a partir da universalização da tutela jurisdicional, com a redução ao máximo do número de conflitos não-jurisdicionalizáveis e o tratamento adequado àqueles jurisdicionalizados. Todavia, é igualmente certo que não basta apenas universalizar a tutela. A ciência processual contemporânea está preocupada com os resultados do processo. Dessa forma, a teoria do abuso em nada conflita com a garantia do acesso à justiça, mas apenas deixa claro que o abuso no exercício das situações subjetivas que compreendem a garantia de acesso à justiça ou da inafastabilidade do controle jurisdicional, esse sim, é repudiado pela ordem jurídica. (ABDO, 2007, p. 191).

Marcio Lamonica Bovino complementa essa vedação ao uso abusivo do direito de ação, com a conceituação objetivista do que se denomina falta de seriedade da demanda:

De qualquer forma, o elemento essencial caracterizador do abuso do processo somado à aparência da legalidade consiste a nosso ver no desvio de finalidade do ato. Não basta, por exemplo, simplesmente errar (do ponto de vista eminentemente técnico) na decisão de ingressar com a ação A ao invés da B. O importante para presença do abuso do direito processual consiste no resultado causado por conta do desvio da finalidade do ato praticado dentro do processo. Aqui adotamos a teoria objetiva ou finalista importada do direito privado em que a intenção (elemento subjetivo) não é relevante para caracterizar o abuso. É o que a doutrina chama de falta de seriedade da demanda diante da ausência de fundamento do pedido formulado pelo autor. Alguns elementos externos devem ser observados para evidenciar esta falta de seriedade da demanda, a saber: erro quanto a direito; impossibilidade do pedido; irrelevância da controvérsia em relação às consequências externas almejadas e finalmente a inverossimilhança dos fatos em relação às máximas de experiência e à notoriedade dos fatos afirmados (BOVINO, 2012, p. 73).

A jurisprudência já possui diversos precedentes que confirmam o combate ao exercício abusivo do direito de ação. Neste sentido, listam-se alguns oriundos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que bem demonstram como a sociedade é demasiadamente litigiosa:

0004590-53.2012.8.19.0209 – APELACAO, REL.: DES. MARIO ASSIS GONCALVES - Julgamento: 21/08/2013 - TERCEIRA CAMARA CIVEL Cobrança de cotas condominiais. Ilegitimidade passiva. Extinção. Pedido contraposto. Abuso do exercício do direito de ação. Dano moral. Configuração. O débito condominial é modalidade de ônus real, constituindo-se em obrigação propter rem e caracterizando-se, conseqüentemente, pela ambulatoriedade. Admite-se que sejam demandadas para a satisfação das cotas não pagas, aquelas pessoas às quais foram transferidos os “direitos pertinentes à aquisição” do bem e sua posse direta, diante do que estabelece o artigo 4º da Lei 4.591/64. No caso em análise, restou comprovado o ajuizamento de demanda pelo réu, em outubro de 2009, visando a rescisão do contrato de promessa de compra e venda firmado na qual foi determinada, em antecipação de tutela, a transferência da obrigação de pagamento das cotas condominiais à empresa Brookfield Rio de Janeiro Empreendimentos Imobiliários. Embora o condomínio réu não seja parte no referido processo, foi inequivocamente notificado da referida decisão, antes do ajuizamento da presente demanda, por diversas correspondências enviadas pelo réu e sua esposa, seja por meio eletrônico ou convencional. Assim, afastada a responsabilidade do réu pela decisão interlocutória e posteriormente pela sentença proferida, ainda que não transitada em julgado, patente sua ilegitimidade passiva para responder pelo débito. Ademais, é fato incontroverso, eis que não contestado pelo autor, que o réu nunca teve a posse do imóvel, pois não houve entrega das chaves a este, sendo indevida a cobrança. Em princípio, não dá ensejo à responsabilização por danos morais a propositura de demanda visando o pagamento de cotas condominiais em atraso, tratando-se de nítido exercício do direito abstrato de ação. Entretanto, como qualquer outro direito conferido ao jurisdicionado, o direito de ação deve ser exercido dentro dos limites da boa-fé e com observância dos princípios constitucionais e processuais pertinentes, sob pena de configuração de exercício abusivo. Não poderá a parte, portanto, exercer o referido direito como meio temerário para alcançar seus interesses. No caso em análise, como anteriormente afirmado, ficou comprovado que o autor tinha conhecimento inequívoco do afastamento da responsabilidade do réu de pagamento das despesas condominiais, mostrando-se abusivo o exercício do

direito de ação no caso concreto. Danos morais configurados, em especial levando-se em consideração os diversos avisos remetidos e constrangimento sofrido pelo réu ao figurar no polo passivo em ação de cobrança, notadamente em razão da função pública que exerce. O montante de R\$ 30.000,00 mostra-se compatível com a repercussão dos fatos narrados e com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Primeiro recurso provido e segundo recurso ao qual se nega provimento.

0402733-51.2009.8.19.0001 - APELACAO REL.: DES. TERESA CASTRO NEVES - Julgamento: 07/08/2013 - SEXTA CAMARA CIVEL. APELAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. LIDE TEMERÁRIA. PROSSEGUIMENTO DE EXECUÇÃO SUSPensa EM RAZÃO DE ACORDO FIRMADO ENTRE AS PARTES. REGULAR CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES POR PARTE DO EXECUTADO. ABUSO DO DIREITO DE AÇÃO. BOA-FÉ OBJETIVA PROCESSUAL. DANOS MATERIAIS CONFIGURADOS. 1. Cinge-se a controvérsia a verificar a responsabilidade civil do Réu face ao prosseguimento indevido de execução que se encontrava suspensa diante do acordo firmado entre as partes e que vinha sendo cumprido regularmente pela Autora. 2. Relação mantida entre as partes que não se submete à incidência das normas do CDC, seja pelo fato de a sociedade empresária Autora não se apresentar como destinatário final dos serviços oferecidos pelo Réu, seja por não existir qualquer situação de vulnerabilidade que justifique a aplicação do regime protetivo dirigido à parte mais frágil da relação. Precedentes do STJ. Aplicação da sistemática do CC/02. Responsabilidade civil extracontratual. Necessidade de se investigar a presença de todos os elementos da responsabilidade civil ordinária, subjetiva por natureza, nos termos do art. 186 c/c art. 927 do Código Civil. 3. Abuso do direito de ação por parte do Exequente, no caso, já em fase executiva, com o prosseguimento temerário da demanda mesmo diante do cumprimento das obrigações assumidas pela Executada. Conduta que, embora sem indícios de má-fé, caracteriza-se como culposa, ante a negligência do Exequente. Quebra da boa-fé objetiva, retratada como a legítima expectativa esperada pela parte contrária. 4. Danos materiais provados, na medida em que houve efetiva perda patrimonial da vítima ao arcar com os custos relativos aos serviços advocatícios contratados para a defesa judicial de seus interesses. 5. Danos morais. Inocorrência. 6. Lapso temporal entre a conduta lesiva e a propositura da demanda reparatória que não desqualifica o dano suportado pela Autora. Exercício do direito de ação que cabe exclusivamente ao titular do direito subjetivo violado. 7. Recurso a que se dá provimento parcial.

0041835-18.2009.8.19.0205 – APELACAO REL.: DES. AGOSTINHO TEIXEIRA DE ALMEIDA FILHO - Julgamento: 06/08/2013 - DECIMA TERCEIRA CAMARA CIVEL. XXX ajuizou ação indenizatória contra UNIVERSO ON LINE S.A. Narra que houve débito de em sua conta-corrente de R\$ 90,55, referentes a serviço não contratado. Diz que a ré somente devolveu R\$ 70,75. Pede a restituição, em dobro e reparação moral. A sentença julgou procedente em parte os pedidos para condenar a ré a devolver, em dobro, a importância ainda não restituída. Apela a autora insistindo na reparação moral. Contrarrrazões em prestígio do julgado. É o relatório. Verifico que houve cobrança indevida de R\$ 90,55, referentes a serviço não contratado e a devolução de R\$ 70,75, antes do ajuizamento da ação. Essa cobrança, por si só, não gera dano moral. Não ocorreu a inclusão da autora no cadastro de devedores ou outro fato que possa ter causado maiores repercussões em sua esfera psicológica. Talvez a autora desconheça, mas o Brasil atingiu, em 2011, a marca de 90 milhões de processos judiciais em tramitação. Desse total, 26,2 milhões foram casos novos levados aos tribunais. O Poder Judiciário contabilizou despesas de R\$ 50,4 bilhões e quase 90% desse montante gastos com recursos humanos (dados do Relatório Justiça em Números 2012, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça) Nesse contexto, mostra-se inadmissível que a demandante, alheia a essa realidade, prolongue o litígio apresentando recurso para perseguir intento completamente excêntrico, como é o presente, em verdadeiro abuso do direito de ação. A sentença determinou a restituição em dobro da quantia ainda não devolvida. Mas a autora, valendo-se da circunstância de ser beneficiária da gratuidade de justiça, insistiu no prosseguimento do feito, em descompasso com a índole instrumental do processo. Ante o exposto, monocraticamente, com aplicação do art. 557, caput, do CPC, nego seguimento ao recurso.

Por fim, podem ser listadas várias medidas legais que nos últimos anos encorpam o combate ao abuso no direito de ação, na modernidade brasileira: a) a modificação do art. 253, inc. II<sup>14</sup>, do CPC, feita pela Lei 11.280/2006, que coibiu a distribuição sucessiva de demandas idênticas em juízos distintos em locais com mais de uma Vara, para que se permitisse a ‘escolha’ do órgão jurisdicional, prática que violava o princípio do juiz

---

14 Art. 253. Distribuir-se-ão por dependência as causas de qualquer natureza: (Redação dada pela Lei n. 10.358, de 27.12.2001): [...] II - quando, tendo sido extinto o processo, sem julgamento de mérito, for reiterado o pedido, ainda que em litisconsórcio com outros autores ou que sejam parcialmente alterados os réus da demanda; (Redação dada pela Lei n. 11.280, de 2006)

natural; b) a caracterização da abusividade de um pedido de falência feito com base no art. 94 da Lei de Falências, e utilizado para fins de coação a fim de cobrança de dívida, na forma do art. 101<sup>15</sup> da Lei 11.101/2005; c) a disposição impedindo ao adquirente o ajuizamento de ação com base na evicção, se este sabia que a coisa era alheia ou litigiosa (art. 457, Código Civil); d) as vedações e punições em processos ajuizados que tratem de dívidas já pagas ou não vencidas (arts. 938 e 939 do Código Civil).

### 3.6 Argumentação jurídica e o discurso judicial

Algumas fontes de incerteza e desconfiança perante o Poder Judiciário são provenientes de distorções havidas no discurso judicial. Geralmente ou elas provêm de erros judiciários; ou elas provêm de interpretações carregadas de pré-compreensões individuais condenadas por setores insatisfeitos; ou, ainda, originam-se de descompassos entre a fundamentação, plexo normativo e opinião pública.

Casos de erro judiciário, nos últimos anos, têm causado alvoroço no seio das sociedades. Eles causam, também, forte abalo no nível de confiança que as pessoas depositam no Poder Judiciário. Apesar de não haver um grande número de feitos que padeçam de erro judiciário, a conduta havida no discurso judicial de um único processo pode afetar a reputação de uma magistratura inteira. São exemplos de erro crasso do Poder Judiciário, no Brasil e no mundo: o caso do mecânico pernambucano Marcos Mariano da Silva, que passou 19 anos preso porque tinha o mesmo nome do verdadeiro autor do crime, e faleceu de infarto logo após a confirmação no STJ de que seria indenizado pelo erro<sup>16</sup>; o caso dos irmãos Joaquim e Sebastião Naves, ocorrido em Araguari/MG, e que rendeu até filme; a condenação à prisão perpétua do boxeador Rubin Carter, por parte da Justiça dos Estados Unidos, relatado no filme 'Hurricane' e na canção de mesmo nome de Bob Dylan. Há outros casos, de pessoas mais simples,

15 Art. 101. Quem por dolo requerer a falência de outrem será condenado, na sentença que julgar improcedente o pedido, a indenizar o devedor, apurando-se as perdas e danos em liquidação de sentença.

16 Notícia disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u121119.shtml>>. Acesso em: 13 set. 2013.

que não apareceram ao público nos meios de comunicação de massa, e sobre os quais pouco é sabido<sup>17</sup>.

O combate a esse tipo de malogro é feito pela garantia ao cidadão de indenização pela ocorrência do erro judiciário, como se vê no art. 5º, LXXV, da CF/88, destinado a réus de processo penal. Uma Proposta de Emenda à Constituição, de n. 14/2012, que tramita no Senado Federal, prevê a ampliação destas hipóteses para todas as sentenças que comportem tal erro, em processos trabalhistas, tributários, civis etc.

A despeito de a responsabilidade civil do Estado, em qualquer situação, estar prevista no art. 37, § 6º, da CF/88, a ocorrência de falhas e erros judiciais é um erro qualificado na Constituição, e pode ser combatido por meio de outros mecanismos processuais, especialmente analisando-se a forma como se desenvolvem a argumentação e a fundamentação no discurso judicial.

Neste sentido, além de inspiração nas regras positivas existentes no ordenamento, as argumentações e interpretações realizadas no âmbito do discurso judicial não podem estar alheias à existência de princípios que precisam ser sopesados na fundamentação decisória do caso concreto, o que enriquece o rol de possibilidades argumentativas e fortalece a adesão às decisões judiciais. Como afirma Marcelo Neves:

Em nossa formulação, ao contrário, os princípios têm o caráter de Hidra, enquanto as regras são hercúleas. Essa questão não diz respeito à existência ou não de discricionariedade, tema ao qual retornaremos no correr desta tese. Ela relaciona-se à flexibilização que os princípios ensejam ao sistema jurídico, ao ampliarem as possibilidades da argumentação. Conforme essa compreensão, os princípios atuam como estímulos à construção de argumentos que possam servir a soluções satisfatórias de casos, sem que estas se reduzam a opções discricionárias. Tendo em vista a sua pluralidade ou, metaforicamente, o seu caráter policéfalo, eles enriquecem o processo argumentativo entre os envolvidos (juízes e partes ou interessados), abrindo-o para uma diversidade de pontos de partida. (NEVES, 2013, introdução, p. XVII).

---

17 Leia-se, por exemplo, as notícias disponíveis nos sítios: <<http://www.jeancarlos.com.br/index.php/especial2/5387-erros-na-justica-fazem-crescer-o-numero-de-condenados-injustamente-no-rn>> Acesso em: 13 set. 2013; <<http://noticias.r7.com/minas-gerais/noticias/preso-injustamente-luta-na-justica-por-indenizacao-20200926.html>>. Acesso em: 13 set. 2013.

Este raciocínio conecta-se, portanto, à premissa de que, em qualquer argumentação jurídica apresentada por um dos intérpretes da sociedade aberta da Constituição, se não se fizer presente um raciocínio com bases principiológicas e axiológicas consistentes, em maior ou em menor grau haverá a violação de pilares constitucionais do Estado democrático. A responsabilidade pela aferição da correção desses raciocínios, para além de um dever individual em uma lógica de entendimento social, todavia, é encargo do Poder Judiciário, na fundamentação de suas decisões.

Neste ponto, vale destacar Robert Alexy (2011) e sua teoria do “discurso prático geral”, em que cria alguns grupos de regras de validade para uma comunicação embasada na verdade e na correção dos argumentos utilizados pelos homens em suas relações sociais, e nas quais, entre os princípios fundamentais estão os da não contradição e da sinceridade.

Assim, se o magistrado busca no discurso prático geral a máxima justificação de seus argumentos, ainda que estes não sejam os mais adequados à solução do problema posto ao juiz, a falibilidade deste poderá ser corrigida mediante o próprio ordenamento, e do exercício prudente da judicatura.

Imperfeições e erros, deste modo, não impediriam o exercício do poder por parte do magistrado. Eles existem e não retiram a validade do sistema e do discurso geral praticado. Inclusive, o que hoje se entende como um argumento jurídico imperfeito pode ser tratado como a divergência natural que representará o entendimento correto do futuro. Os órgãos da Justiça, portanto, até podem cometer erros. O que eles não podem fazer é laborar na omissão, falsidade, arrogância ou na contradição, pois estes comportamentos institucionais indevidos apenas provocam imprevisibilidade, insegurança sistêmica e graves insatisfações dos cidadãos com os atos estatais e jurisdicionais, o que deve ser evitado pelos agentes públicos.

De outro lado, grife-se que as teorias da argumentação se destinam a investigar formas pelas quais o ordenamento poderá corrigir ultrapassadas visões do fenômeno jurídico consistentes, por exemplo, no determinismo jurídico (as decisões jurídicas não precisariam ser justificadas pois

precederiam de uma autoridade legítima e/ou provêm de simples sub-sunção de fatos a normas gerais) e no decisionismo jurídico (as decisões jurídicas não podem ser justificadas pois são atos de pura vontade).

É neste momento que se insere uma importante discussão acerca da pré-compreensão que é imanente ao processo decisório e que foi trazida, sobretudo, por representantes do realismo jurídico norte-americano: os juízes decidem de forma irracionalmente retrospectiva e depois submetem suas decisões a um processo de racionalização? Manuel Atienza responde essa questão, distinguindo os contextos de explicação e justificação:

É possível que, de fato, as decisões sejam tomadas, pelo menos em parte, como eles sugerem, isto é, que o processo mental do juiz vá da conclusão às premissas e inclusive que a decisão seja, sobretudo, fruto de preconceitos; mas isso não anula a necessidade de justificar a decisão e tampouco converte essa tarefa em algo impossível; do contrário seria preciso negar também que possa ocorrer a passagem das intuições às teorias científicas ou que, por exemplo, cientistas que ocultam certos dados que se ajustam mal às suas teorias estejam por isso mesmo privando-as de justificação. (ATIENZA, 2003, p. 23).

Ou seja, é falsa a premissa de que o juiz decide sem levar em conta sua pré-compreensão sobre o tema. Neste ponto, é importante observar, com Michael Walzer, que o juiz é um ser humano como qualquer outro, não nascendo necessariamente literalmente livre e igual aos outros seres humanos, mas sim gerando sua análise dos fenômenos sociais a partir das restrições advindas de suas associações involuntárias, que ele enumera em quatro (WALZER, 2008, p. 6): restrições familiares e sociais; restrições referentes à determinação cultural das formas associativas possíveis; restrições referentes à política realizada no local de nascimento; e as restrições advindas da moral estabelecida pela comunidade local.

Enfim, a opinião pública é outro fator que pode influenciar sensivelmente a decisão judicial. Não pode é determiná-la ou pautá-la com exclusividade. Nesse aspecto, Marcelo Novelino, embasado em Lawrence Baum, apresenta cinco hipóteses que explicam faticamente a ligação entre a opinião pública e a fundamentação judicial. Segundo Novelino: a) quanto maior o prestígio institucional da Corte, maior a probabilidade

desta adotar uma postura mais ativista; b) quanto mais forte a ideologia do juiz, menor a probabilidade de influência da opinião pública no raciocínio decisório; c) quanto mais ideologicamente dividido o tribunal, maior a probabilidade de influência da opinião pública; d) quanto maior o grau de indeterminação jurídica, maior a probabilidade de influência da opinião pública; e) quanto maior a repercussão social do caso, maior a probabilidade de influência da opinião pública. É importante a citação de trecho do artigo publicado sobre o tema pelo professor Marcelo Novelino, em obra coletiva:

As investigações empíricas realizadas em outros países demonstram ser de grande ingenuidade pensar que o comportamento judicial é determinado exclusivamente pelo Direito e que os juízes conseguem ficar totalmente imunes à interferência dos pontos de vista predominantes na sociedade. É importante ressaltar, contudo, que o fato de o comportamento judicial ser influenciado pela opinião pública em determinados contextos decisórios não significa que ele seja necessariamente determinado por ela. Se por um lado, dificilmente algum juiz, por mais experiente que seja, consegue ficar totalmente indiferente à opinião pública nos casos de alta saliência social e midiática; por outro, também é bastante improvável que o indivíduo com sólida formação profissional e 'notável saber jurídico' decida pura e simplesmente com base na vontade popular. (FELLET; NOVELINO, 2013, p. 321).

Nada impede que o julgador, a partir de suas associações involuntárias, se utilize de sua pré-compreensão ao decidir. Também nada pode determinar a inocorrência de erros e falhas do magistrado. Porém, estas possibilidades podem ser atenuadas com a justificação que ele deve conceder a suas decisões.

Isto necessariamente faz com que ele deva se obrigar à percepção das limitações cognitivas, conscientes ou inconscientes, impostas pela associação involuntária de que faz parte; bem como atue com sinceridade e correção na análise das provas realizadas na instrução. Quanto mais ele for consciente de suas limitações e do conteúdo dos processos, melhor fundamentada estará sua decisão e maior será a sua capacidade de justificá-la adequadamente. Ocorrerá, decerto, um incremento na confiança do cidadão na Justiça.

### 3.7 Uma questão de poder: a execução fiscal

Recentemente, o IPEA realizou pesquisa sobre a gestão da execução fiscal da União, a qual resultou na publicação de um livro sobre o tema<sup>18</sup>, e demonstrou números que merecem reflexão acerca da necessidade do processo jurisdicional de execução fiscal.

Inicialmente, é importante ressaltar que a execução fiscal responde por 34,8% dos processos que tramitam na Justiça Federal, segundo dados de 2010, provenientes do Conselho Nacional de Justiça. Isto é, mais de um terço da energia dispensada pela Justiça Federal se dá com o processo jurisdicional de execução das dívidas de tributos federais.

A União, seja por meio dos órgãos da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, seja por meio dos órgãos da Procuradoria Geral Federal, responde por cerca de 59,2% dos processos de execução fiscal que tramitam na Justiça Federal, enquanto os Conselhos de fiscalização das profissões liberais são responsáveis por 36,4% desses processos. O valor médio das ações ajuizadas pela PGFN é de R\$ 26.303,81, enquanto o das ações dos Conselhos profissionais é mais que dez vezes inferior, no valor de R\$ 1.540,74.

Outros dados tipicamente processuais: apenas 3,5% dos executados apresentam-se voluntariamente ao juízo após a citação; em 47,4% dos processos ocorre pelo menos uma tentativa de citação inexitosa; em 36,9% dos processos não há qualquer citação válida e em 6,4% dos feitos fiscais é necessária citação por edital; em 15% dos processos há penhora de bens e em apenas 5% dessas penhoras ocorre a apresentação voluntária de bens para pagamento. A regra é a extinção da execução fiscal pelo pagamento (33,9% dos processos), não sendo comum a apresentação voluntária de bens para penhora ou o oferecimento de defesa/embargos, o qual somente ocorre em 10,3% dos casos. A prescrição ou a decadência costuma justificar a extinção do feito em cerca de 27,7% dos processos, e é muito comum ocorrer casos de prescrição intercorrente havida pelo grande lapso entre a propositura do feito e a citação do devedor (art. 174

---

18 Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/livro\\_gestaoejurisdicao.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/livro_gestaoejurisdicao.pdf)>. Acesso em: 2 set. 2013.

do Código Tributário Nacional c/c o art. 40 da Lei 6.830/80). A procedência de embargos ou alguma outra defesa (exceção, v.g.) responde por apenas 1,6% dos processos. Enfim, somente 2,6% dos processos fiscais redundam em algum leilão judicial, que poderá ter êxito ou não (em apenas 0,2% dos processos fiscais o pregão gera recursos suficientes para quitar a dívida).

A partir desses dados, foi feito individualmente por este pesquisador um estudo nas sentenças prolatadas nos processos de Execução Fiscal da Vara Federal de Três Rios, entre janeiro de 2011 e agosto de 2013<sup>19</sup>, onde vem exercendo suas funções jurisdicionais, juntamente com outros magistrados. Os números são similares. Foram prolatadas 762 sentenças nesses feitos, durante este período, por todos os magistrados com jurisdição na Vara. Dessas sentenças, 246 referiam-se à extinção por pagamento (32,28% das sentenças), 158 à extinção do feito por cancelamento administrativo (20,73%), 115 sentenças referiam-se à extinção por prescrição da cobrança (15,09%), e 87 processos foram extintos por remissão da dívida (11,42%). De outro lado, em apenas 21 sentenças foi reconhecida a nulidade do título executivo, após a defesa do executado (0,28% dos processos). De todas essas 762 sentenças, foram interpostos somente 22 recursos (0,29% dos casos), sendo 9 deles tidos como improcedentes, e havendo 13 recursos pendentes de análise nas instâncias superiores.

Os números podem variar entre os diversos juízos que exercem a competência para julgar processos de execução fiscal. Mas, eles não negam a realidade de que, do mesmo modo que os processos podem redundar no pagamento da dívida, pode o feito fiscal não ser bem-sucedido e terminar com o não pagamento da dívida cobrada, como nos casos de prescrição/decadência. Vale afirmar, de outro lado, que o pagamento da dívida fiscal é a causa mais comum de extinção dos processos de execução não necessariamente por que foi ajuizado um processo jurisdicional, mas também pela adesão aos rotineiros programas de parcelamento das dívidas, elaborados pelo Governo, através de sua Administração Tributária.

---

19 O estudo foi realizado nos arquivos eletrônicos das sentenças de cada um dos processos de Execução Fiscal, disponíveis no sistema de banco de dados processuais da Justiça Federal do Estado do Rio de Janeiro, conhecido como Apolo, amplamente acessível às pessoas autorizadas, como o pesquisador, em face do princípio da publicidade, respeitado o sigilo individual de dados pessoais de cada uma das partes envolvidas.

A pesquisa redundou, ainda, nas seguintes conclusões: o tempo médio de tramitação dos processos de execução fiscal, entre sua autuação e a baixa, é de oito anos, dois meses e nove dias; e o custo médio total de um processo de execução fiscal (aí não incluído o custo com embargos/recursos) chega ao valor de R\$ 4.685,39. Ora, se a cada processo de execução fiscal no Brasil se arrecada em média R\$ 9.960,48, em cálculos da mesma pesquisa, como justificar que em mais de um terço dos processos se aguarde tanto tempo para a finalização do processo, para que se arrecade, em valores líquidos, pouco mais de R\$ 5.000,00 por feito? Não haveria maior racionalidade e economicidade na gestão dos recursos públicos da Justiça se esses processos tramitassem administrativamente?

A atividade de execução de dívidas é eminentemente de natureza administrativa, não havendo praticamente nenhuma atividade de cunho jurisdicional, no julgamento de processos de execução. A existência de mecanismos de execução extrajudicial, consagrados na legislação e na jurisprudência, basta à confirmação de que os atos de execução forçada não são exclusividade do Poder Judiciário. Neste diapasão, citem-se os procedimentos de execução extrajudicial existentes no Sistema Financeiro de Habitação (art. 1º da Lei 5.741/71, c/c os arts. 31 e 32 do Decreto-Lei n. 70/66) e no Sistema de Financiamento Imobiliário (arts. 19, 26 e 27 da Lei n. 9.514/97).

Como visto nas pesquisas acima, se a maioria das sentenças desses feitos se referem a extinções (por pagamento, por prescrição/decadência, por cancelamento administrativo da dívida, ou por remissão desta), como justificar a necessidade de uma análise judicial, se em apenas pouco mais de 10% dos casos há a propositura de embargos ou o oferecimento de defesa pelo devedor? Note-se que, se fosse restringida a possibilidade de manejo judicial de executivos fiscais apenas nos casos de embargos, haveria uma redução significativa de cerca de 27% de **todos** os processos da Justiça Federal, e esta poderia se dedicar com mais qualidade aos demais feitos.

O Congresso Nacional está atento a esses fatos, havendo em tramitação na Câmara dos Deputados um projeto de lei do parlamentar Régis Fernandes de Oliveira, de n. 2.412/2007, sobre a execução administrativa da Dívida da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios

(ao qual foram apensados os Projetos 5.080/2009, 5.081/2009 e 5.082/2009). Neste projeto, resumidamente, é previsto que a Procuradoria da Fazenda Nacional, no caso das dívidas em favor da União, teria competência para inscrever e executar o título da dívida, por meio de notificações, intimações e citações ao devedor, arrestos e penhoras administrativas, registro, avaliação, adjudicação e arrematação de bens. Tal projeto, assim, apenas deslocaria a competência para a execução estrita das medidas de recuperação de créditos tributários para o âmbito administrativo.

Algumas críticas são sempre realizadas, quando se trata de execução fiscal administrativa. Uma delas é a questão de poder a Administração obter diretamente informações bancárias dos devedores e de realizar penhora de numerário e decretação de indisponibilidade em seus bens, sem ordem judicial. Ocorre que o art. 1º, § 3º, III, da LC 105/2001 já estabelecia que não constituía violação de sigilo o fornecimento de informações bancárias pelas instituições financeiras a agentes da Receita Federal, já que a busca de informações será restrita ao montante do débito fiscal, o que é diferente de se quebrar o sigilo de alguém para saber o quanto ela possui. Apesar de existirem ações diretas de inconstitucionalidade contra tal Lei Complementar, não foi concedida medida liminar e seus méritos ainda não foram julgados, de modo que a jurisprudência sobre essa questão indica o entendimento de que não é inconstitucional a obtenção direta de informações bancárias por parte da Administração Tributária:

EMENTA: TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA PESSOA FÍSICA. APURAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO NÃO ATACADO. SÚMULA 283/STF. SIGILO BANCÁRIO. APLICAÇÃO RETROATIVA DA LC N. 105/01 E DA LEI N. 10.174/01. POSSIBILIDADE. ART. 144 DO CTN. ORIENTAÇÃO ADOTADA EM SEDE DE RECURSO REPETITIVO (RESP 1.134.665/SP). ANÁLISE DE VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE. [...] O Tribunal de origem firmou entendimento no sentido de que a quebra do sigilo bancário, prevista na Lei Complementar n. 105/01 e na Lei n. 10.174/01, independe de prévia autorização judicial, e que é possível sua aplicação, até mesmo retroativa. 4. O entendimento firmado está em harmonia com a jurisprudência do STJ, inclusive firmada em sede de recurso repetitivo, no sentido de que “as leis tributárias procedimentais ou formais, conducentes à constituição do crédito tributário não alcançado pela decadência, são aplicáveis a fatos pretéritos, razão pela qual a Lei 8.021/90 e a Lei Com-

plementar 105/2001, por envergarem essa natureza, legitimam a atuação fiscalizatória/investigativa da Administração Tributária, ainda que os fatos imponíveis a serem apurados lhes sejam anteriores.” (REsp 1.134.665/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 25.11.2009, DJe 18.12.2009).  
5. Não cabe ao STJ conhecer sobre eventual violação a princípios constitucionais, sob pena de usurpar a competência do Supremo Tribunal Federal. Recurso especial não conhecido. (RESP 201100239044, HUMBERTO MARTINS, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA: 8/11/2011)

PENAL - PROCESSO PENAL - APELAÇÃO CRIMINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - ART. 1º, DA LEI Nº 8.137/90 - SENTENÇA QUE EXTINGUE O FEITO SEM O JULGAMENTO DO MÉRITO - AUSENTE CONDIÇÃO OBJETIVA VÁLIDA - CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO EM DESACORDO COM NORMA CONSTITUCIONAL QUE PROTEGE DIREITO À INTIMIDADE - LC 105/01 - QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO DIRETAMENTE PELA RECEITA FEDERAL - INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA EM PRECEDENTE CONSTITUÍDO EM PROCESSO SUBJETIVO - EFEITO INTER PARTES - DESRESPEITO À RESERVA DE PLENÁRIO - RECURSO PROVIDO. I - A presunção de constitucionalidade da norma regularmente introduzida no ordenamento jurídico reveste-se de força tal que exige solenidade prevista também na Constituição para a retirada de sua eficácia ou para proferir a sua inexistência. O precedente citado foi constituído em controle difuso de constitucionalidade e sem obedecer aos ditames constitucionais da reserva de plenário e ao quórum qualificado. II - Necessária para o acolhimento da abstratização do controle de constitucionalidade difuso a alteração o art. 52, X, da CF/88, visando a retirar a competência do Senado para suspender a execução da lei declarada inconstitucional; além do que será necessário ouvir o Advogado-Geral da União na qualidade de defensor da norma questionada e, além disso, propiciar a presença do *amicus curiae* no sentido de democratizar o processo objetivo, ou seja, adotar o mesmo procedimento das ações objetivas de controle de constitucionalidade. III - O tema é objeto das ADIs 2386/DF, 2390/DF e 2397/DF, cujos méritos não foram julgados e nas quais não foram concedidas medidas liminares, o que só reforça a presunção de constitucionalidade da norma questionada. IV - Apelo do Ministério Público Federal provido. (ACR 200950010145447, Desembargador Federal MESSOD AZULAY NETO, TRF2 - SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R - Data: 21/9/2012 - Página: 114.)

Outra crítica é a de que, transformando-se o rito de cobrança dos executivos fiscais em processo administrativo, estar-se-ia colocando em

risco o patrimônio de cidadãos, que se veriam sem garantias do devido processo legal e do respeito às regras acerca da impenhorabilidade dos bens (Lei 8.009/90 e art. 649 do CPC). Essa é uma crítica que carece de fundamentos, pois a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal também são direitos fundamentais do cidadão que é sujeito de um processo administrativo, nos termos do art. 5º, LV, da CF/88, de modo que através das impugnações e recursos administrativos seria possível ao agente da Administração decidir questões do mérito executivo, como a prescrição e a impenhorabilidade. De outro lado, restaria assegurado ao cidadão/executado o direito de ingressar em juízo para a solução de todas as questões litigiosas acerca do objeto do executivo fiscal administrativo, por meio de objeções à executividade, ações de suspensão ou anulação do executivo fiscal, embargos à execução, embargos de terceiro, recursos ou mesmo do mandado de segurança, para proteção de direito líquido e certo (art. 5º, LXIX, CF/88). De outro lado, também será possível a convocação de credores, para aferição da ordem dos concursos creditícios.

Algumas democracias da Europa já se utilizam dessa espécie de processo de execução fiscal administrativa com sucesso. Como exemplo, pode ser citado o art. 62.5 da Ley Geral Tributaria da Espanha (Ley 58/2003), que prevê o “procedimiento de apremio”, através do qual cabe à Administração apreciar defesas, julgar e executar dívidas com o Fisco. Em Portugal, a execução fiscal também é eminentemente administrativa, pois, segundo o art. 149 do Código de Procedimento e de Processo Tributário daquele país, “considera-se, para efeitos do presente Código, órgão da execução fiscal o serviço da administração tributária onde deva legalmente correr a execução ou, quando esta deva correr nos tribunais comuns, o tribunal competente”, devendo ser ressaltado que “a instauração e os actos da execução são praticados no órgão da administração tributária designado” (art. 150.2., do referido Código Português). Na Itália, por outro lado, onde se permite a transação tributária (tema do PL 5.082/2009 no Brasil) em sede administrativa desde 1994, em dez anos o número de processos na Justiça sobre a matéria tributária caiu de 2,2 milhões em 1996 para cerca de 500 mil em 2006.

Ainda, ressalte-se importante paradoxo existente, quando não se permite a execução fiscal administrativa pela simples alegação de que a

Administração deteria poderes em demasia. É que o Estado tem o poder de intervir na propriedade, para os fins do cumprimento de sua função social e de outras finalidades públicas, podendo requisitar, limitar ou ocupar bens alheios, ou até mesmo desapropriar a propriedade (art. 5º, XXIII, XXIV, XXV, art. 182, §§ 2º, 3º e 4º, e arts. 184 a 186, todos da CF/88), imitando-se em sua posse liminarmente. Ao Poder Judiciário, inclusive, é vedada a análise de questões acerca de oportunidade, conveniência ou utilidade de atos administrativos tão extremos como a desapropriação (o que não impede, *a priori*, questionamentos judiciais sobre o preço oferecido, entre outros temas), como se extrai, v. g., do art. 9º do Decreto-Lei n. 3.365/41.

Ou seja, a Justiça tem que intervir e controlar prioritariamente os executivos fiscais, em detrimento da atuação da Administração, mesmo não existindo lide ou havendo um inadimplemento de obrigação tributária, precedida geralmente de confissão do débito; mas a esta mesma Justiça é subtraído o conhecimento de determinados aspectos de atos expropriatórios extremos como a desapropriação. Ora, não é coerente que essa mesma Administração possa expropriar um bem de um cidadão ou pessoa jurídica que não deve nenhum valor ao Estado sem qualquer intromissão judicial; e, ao mesmo tempo, não detenha a atribuição do processo executivo acerca dos débitos fiscais de uma outra pessoa, física ou jurídica, inadimplente com relação ao Estado.

Enfim, pensar que somente o Judiciário deteria condições de proteger direitos processuais do cidadão e que a Administração não mereceria confiança pois excederia seus poderes, é um preconceito que ofende a separação de poderes, e, principalmente, o princípio da eficiência (art. 37, CF/88) na gestão dos recursos públicos dispensados na satisfação dos executivos fiscais.

Conclui-se, em concordância com as considerações finais da pesquisa do IPEA mencionada no início do capítulo, que:

Pode-se inclusive colocar em discussão o modelo processual atualmente utilizado na recuperação de créditos da Fazenda Pública. Neste cenário, propostas já em debate oscilam entre a reforma mais ou menos profunda da Lei de Execução Fiscal e a descaracterização da natureza judicial do procedimento.

Ou seja, é preciso que a sociedade discuta qual é o modelo de execução fiscal que deseja, se judicial ou administrativo, tendo em vista que os números divulgados na pesquisa do IPEA não omitem o alto grau de congestionamento que esses processos (de cunho marcadamente administrativo) causam na Justiça. Este debate acerca da pertinência de manter a execução fiscal judicial, portanto, se trata de uma questão de harmonia entre os Poderes. Uma questão de poder e política, que precisa de respostas, que certamente influenciarão a percepção que a sociedade detém de seu Poder Judiciário.

### 3 Os arquétipos de Têmis: o aprimoramento da justiça para além da justiça. O papel das demais instituições não judiciárias, especialmente das funções essenciais à justiça e a importância da sociedade civil

O presente capítulo intenta discutir os diversos arquétipos que se encontram permeando o imaginário das pessoas, da sociedade e das diversas instituições sobre o funcionamento da Justiça, e que nesta não estão envolvidas, a fim de se possibilitar o aprimoramento do funcionamento de tal instituição e da relação entre a Justiça e os demais atores institucionais e sociais.

Arquétipos nada mais são que o equivalente às ideias, no sentido platônico clássico, de representação ordenada dos fenômenos em geral. Ou seja, um arquétipo da Justiça nada mais é que uma ideia inconsciente que cada um faz do que venha a ser justiça, antes de se deparar como participante real de tal fenômeno social. Os arquétipos da justiça podem provir tanto dos comportamentos dos diversos cidadãos, como também de ma-

nifestações colegiadas ou institucionais, que representem o pensamento de determinado órgão ou pessoa. Somados e coerentes entre si, podem vir a sinalizar o inconsciente coletivo de determinada parcela social acerca tanto da justiça, como de qualquer outro fenômeno.

O arquétipo é, portanto, espécie de pensamento *a priori* sobre como se forma determinado fenômeno humano, e, nesse sentido, não representa o conteúdo de tal fenômeno, pois esse conteúdo não pode ser conhecido aprioristicamente, sem a percepção da experiência; de outro lado, o contato com esse conteúdo já passa a corporificar um comportamento consciente por parte do sujeito cognoscente, não mais um arquétipo. Desse modo, se tal sujeito possui consciência do conteúdo do fenômeno justiça, não se restringindo ao conceito apriorístico que possui sobre a forma desse mesmo fenômeno, já não se fala mais de arquétipos inconscientes de justiça, mas sim de experiências reais e conscientes acerca do que é justo ou não. É como ensina Carl G. Jung:

Sempre deparo de novo com o mal-entendido de que os arquétipos são determinados quanto ao seu conteúdo, ou melhor, são uma espécie de 'ideias' inconscientes. Por isso devemos ressaltar mais uma vez que os arquétipos são determinados apenas quanto à forma e não quanto ao conteúdo, e no primeiro caso, de um modo muito limitado. Uma imagem primordial só pode ser determinada quanto ao seu conteúdo, no caso de tornar-se consciente e, portanto, preenchida com o material da experiência consciente. Sua forma, por outro lado, como já expliquei antes, poderia ser comparada ao sistema axial de um cristal, que pré-forma, de certo modo, sua estrutura no líquido-mãe, apesar de ele próprio não possuir uma existência material. Esta última só aparece através da maneira específica pela qual os íons e depois as moléculas se agregam. O arquétipo é um elemento vazio e formal em si, nada mais sendo do que uma *facultas praeformandi*, uma possibilidade dada a priori da forma da sua representação. O que é herdado não são as ideias, mas as formas, as quais sob esse aspecto particular correspondem aos instintos igualmente determinados por sua forma. Provar a essência dos arquétipos em si é uma possibilidade tão remota quanto a de provar a dos instintos, enquanto os mesmos não são postos em ação in concreto. (JUNG, 2000, p. 91).

Isto dito, é devida a análise dos diversos arquétipos existentes em torno da Justiça, sua forma, funções e finalidades. Vale dizer, necessário

delimitar não apenas os elementos hermenêuticos e suas ferramentas linguísticas, mas avançar em contexto semiótico e interdisciplinar, na apuração empírica de sentenças e na percepção simbólica que diferentes extratos sociais associam a esse conjunto. Em análise correlata, no contexto da Alemanha nazista, Mauss destaca:

Ao mesmo tempo, nessas formulações moralizadoras fica claro que o critério do “sentimento nacional sadio”, introduzido no direito penal nazista com consequências devastadoras, não é, acaso, um critério empírico. O juiz não tem que atuar como porta-voz de um sentimento nacional qualquer, mas ensinar a um povo “doente” um sentimento “sadio” – é justamente em que consiste sua função de superego. Nem o próprio conceito pressuposto de povo é empírico: quando o juiz – como formulam as “Cartas aos juízes”, publicadas pelo Ministério da Justiça do Reich desde 1942 – é empregado como “protetor dos valores de um povo e [...] destruidor dos desvalores”, o povo torna-se, como “unidade”, como povo “verdadeiro”, o objetivo e o produto da atividade decisória judicial. (MAUSS, 2010, p. 33).

Profundar relações arquetípicas, simbólicas e perceptivas significa, portanto, o desafio de estudar o fenômeno jurídico por via de suas cosmologias culturais.

Ora, todo o poder é uno, emana do povo e é separado em funções independentes e harmônicas, que se equilibram e compensam através das técnicas constitucionais dos *checks and balances*, *ex vi* do art. 1º, parágrafo único, e art. 2º, *caput*, da Constituição Federal. Assim, há um único Poder, e suas três funções básicas: legislativa, executiva e judiciária.

Os processos de argumentação jurídica devem ser realizados não só pelo Poder Judiciário, mas também pelos outros Poderes e pelos demais entes desta sociedade aberta de intérpretes da Constituição, pois se eles têm participação ativa na interpretação das regras e princípios constitucionais, esta participação não pode ocorrer sem a responsabilidade de, em cada um de seus campos, haver a busca por esta “resposta mais correta”, sob pena de se ferir a representatividade destes entes e a legitimidade da interpretação constitucional por eles construída. Não atuando com a responsabilidade devida em cada uma de suas funções, os membros de cada poder podem causar um desequilíbrio institucional entre os poderes. Isto é um ponto de partida.

Assim, sintomáticas de como esse dever de argumentação jurídica adequada não vem sendo bem conduzido são tanto a ocorrência de uma grave crise de representatividade do Poder Legislativo como a hiperlativização das funções do Poder Executivo que o leva por vezes à ineficiência; ocorrência que, no caso brasileiro, em face do livre e amplo acesso à Justiça determinado como direito constitucional fundamental, conduz ao Poder Judiciário diversas questões que poderiam ser resolvidas internamente pelos Poderes – inobstante todas as críticas que se devem fazer às condutas do próprio Judiciário, relacionadas a possíveis deturpações, sistêmicas ou conjunturais, como morosidade, corrupção e elitismo, com ideias abordadas nas medidas endojudiciais mencionadas no capítulo terceiro.

Além dos próprios problemas do Poder Judiciário, não se nega que, cada vez mais, a sociedade tem buscado no Poder Judiciário as soluções para os problemas que o Estado – aqui representados por todos os seus Poderes, não tem conseguido solucionar, mormente em um Estado com tantos problemas sociais como o Brasil. Assim, o Direito tem invadido todas as relações sociais, ensejando a que o Judiciário seja chamado a aplicá-lo em espaços outrora despercebidos pelo Estado ou restritos aos meios autônomos de resoluções de conflitos. Desta forma, os juízes são chamados a concretizar diretrizes constitucionais ao aplicar o Direito, de modo que a quantidade de demandas judiciais só vem crescendo. Ora, o perigo de identificar o Judiciário enquanto superego social traz em si implícitos os arquétipos de um Estado do Bem-Estar Social, com laivos oligárquicos.

Neste aspecto, percebe-se que o STF constantemente é instado a se pronunciar acerca da instalação de CPIs por requerimento da minoria parlamentar (STF, MS 24831 e ADI 3619) e da regularidade das decisões tomadas no seio destas (STF, MS 23576, HC 71039 e HC 71261), bem como acerca da constitucionalidade das recorrentes medidas provisórias editadas pelo Poder Executivo (seja pelo controle concentrado, ou pelo controle difuso).

Paulo Bonavides deslinda essa crise de representatividade do Poder Legislativo e os excessos e fechamentos sistêmicos causados pela tecnocracia que comanda o Poder Executivo:

Em todo o século XX a evolução não foi outra senão esta: o estreitamento gradual das possibilidades de participação efetiva do povo no processo decisório. O sufrágio universal dera-lhe a alentadora ilusão do governo. Com essa forma de sufrágio vieram, porém, os partidos políticos e arrebatarem ao cidadão uma parte considerável daquela soberania eleitoral de que ele concretamente se julgava titular. [...] afinal a distância do cidadão se alargou de maneira estonteante com a formação do clube tecnocrático, que fechou ainda mais o círculo já estreito da intervenção democrática e levantou questões de aguda atualidade relativas à sobrevivência da democracia, onde o povo se sente frustrado e ausente do processo decisório, feito em seu nome mas sem a sua real participação. (BONAVIDES, 2011, p. 478).

Extrai-se do excerto supracitado importante paradoxo social. Trata-se da pulverização da vontade popular, coarctada por formas de indução exercidas por grupos sociais de pressão política, grupos estes que no momento do exercício do poder fecham-se, tecnocraticamente e sob as mais variadas formas, à participação deste mesmo corpo social do qual são uma minoria de representantes.

Esta minoria que exerce o poder e representa o povo, no momento em que se faz necessária a manifestação de vontade do povo (leia-se: eleição), introduz elementos de identidade entre ela e seus representados; entretanto, posteriormente, quando exerce o poder que lhe foi repassado pelos cidadãos, não permite a estes a continuidade do exercício de seus direitos de participação e cidadania.

Por isso que é importante analisar o grau de legitimidade e representatividade que os representantes eleitos atualmente detêm, investigando se os trabalhos desenvolvidos pelas casas legislativas estão a respeitar uma abertura hermenêutica perante a sociedade, principalmente diante dos diversos meios de participação política popular direta existentes, em especial os referendos, os plebiscitos, os orçamentos participativos e as leis de iniciativa popular. Essas experiências de abertura hermenêutica utilizadas pelos Poderes e pelos entes organizados, decerto aumentam o grau de efetividade das decisões e manifestações de cada um destes. Um exemplo bastante significativo é colhido através da prolação de decisões colegiadas e passíveis de referendo no seio dos tribunais, por meio de seus Conselhos de Administração, como já ocorre

nos Conselhos de Saúde, Conselhos Tutelares, Conselhos Penitenciários etc. Ora, esta ideia de “coletivização decisional” deve ser aplicada nos demais Poderes e organizações sociais formadoras de opinião, em uma mudança de paradigmas que se destina ao aumento de legitimidade da interpretação constitucional.

No mundo, este panorama de crise e de desconstrução da representatividade das funções estatais também é visível ao menos desde a derrocada do nazi-fascismo ao fim da Segunda Grande Guerra, em resposta às demandas por “direitos humanos” em detrimento das “tirantias de maioria” verificadas outrora nos governos fascistas eleitos democraticamente. E mais atualmente, a crise econômica europeia tem demonstrado o grande descompasso que está havendo entre as vontades de representantes e representados, a desconstruir a legitimidade e a racionalidade da ação daqueles, a partir do conceito weberiano de legitimação. Simone-Goyard-Fabre bem delinea este panorama universal de crise nas instituições e poderes do Estado:

Admitindo-se que a força de uma legitimação depende da capacidade de fundação e de justificação que ela contém, ou seja, do tipo de razões que ela é capaz de produzir, constata-se que hoje se abre uma brecha entre o crédito que o Poder reclama e as justificações que dá das exigências impostas por ele aos cidadãos. Essa falha, que Paul Ricoeur chama de ‘brecha de legitimação’, significa que o Poder que se diz democrático está habitado por uma crise fundamental, que nada mais é que uma crise de identidade: o povo soberano não se reconhece mais no aparelho do Estado que o governa. (GOYARD-FABRE, 2003, p. 282).

Vale ressaltar, especialmente no Brasil, que a crise de representatividade que permeia o Poder Legislativo advém especialmente da existência de um sistema eleitoral deficiente e de um “presidencialismo de coalizão”, figura criada pelos partidos políticos com fins à “governabilidade”, de modo que os parlamentares não conseguem dialogar com os diversos setores da sociedade, principalmente com aqueles alijados do sistema ou que não são representados proporcional e adequadamente (VIANNA et alii, 1999, p. 50). Não é por outro motivo que no Brasil há anos tanto se discute acerca da necessidade de uma reforma política em cujo debate nunca se chegou à conclusão alguma.

Ademais, a judicialização da política também é representada pela judicialização das políticas públicas, em face de omissões do Poder Executivo e da má prestação dos serviços públicos, seja por si próprio ou por meio de suas concessionárias e permissionárias. E isto tem ocorrido de modo cada vez mais intenso, haja vista as constantes ações judiciais buscando a tutela coletiva para implantação ou correção na prestação de serviços públicos essenciais, como implantação de escolas e creches, fornecimento de medicamentos e realização de cirurgias, regulação das relações entre usuários e concessionárias de serviço público (ante a atuação ineficiente das agências reguladoras). Mais uma vez, Luiz Werneck Vianna traz importante colaboração para o tema:

Na sociedade brasileira, um caso de capitalismo retardatário e de democracia política incipiente, a presença expansiva do direito e de suas instituições, mais do que indicativa de um ambiente social marcado pela desregulação e pela anomia, é a expressão do avanço da agenda igualitária em um contexto que, tradicionalmente, não conheceu as instituições da liberdade. Neste sentido, o direito não é 'substitutivo' da República, dos partidos e do associativismo – ele apenas ocupa um vazio, pondo-se no lugar deles, e não necessariamente como solução permanente. Décadas de autoritarismo desorganizaram a vida social, desestimularam a participação, valorizando o individualismo selvagem, refratário a cidadania e à idéia de bem-comum. A intervenção normativa e a constituição de uma esfera pública vinculada direta ou indiretamente ao Judiciário, como no caso das ações públicas e dos Juizados Especiais, em vez de manterem os indivíduos à parte da república, pode se constituir, dependendo dos operadores sociais, em uma pedagogia para o exercício das virtudes cívicas. (VIANNA et al., 1999, p. 150-151).

Identificados esses três importantes fenômenos institucionais e sociais – hiperlativização do Poder Executivo, crise de representatividade do Poder Legislativo e judicialização – que estão conectados entre si no Brasil, a ideia nesse momento é identificar formas pelas quais os Poderes devem se utilizar da argumentação jurídica adequada, para permitir aos cidadãos uma maior confiança nas instituições estatais e, em especial, no Poder Judiciário.

Por sua vez o Judiciário convive com as heranças de uma oligarquia que retoma laivos monarquistas, atuando como verdadeiro Poder Mode-

rador, assumindo, para além de suas também insuficientes máquinas administrativas – onde a ausência de celeridade em processos alcança, não raro, três gerações, onde o juscoronelismo grassa no interior do país, e onde a corrupção, inclusive de desembargadores, assusta a sociedade – a função “barroca” de centralização da governança.

Inclusive, é por essa acumulação de funções sociais que modernamente já se entende o direito à manifestação jurisdicional não só como direito fundamental de acesso à justiça, mas também como um serviço público<sup>20</sup>, uma utilidade material destinada à satisfação de interesses sociais, dever do Estado e fruível pelos particulares. Essa concepção atravessa as mais diversas camadas sociais e faz do Poder Judiciário um dos maiores motes de manchetes e notícias divulgadas pelas mídias de massas e pelas modernas redes sociais de comunicação interpessoal.

Desse modo, essa visão parcial que relaciona a justiça com a prestação de um serviço público, também permeará diversos arquétipos inconscientes de Justiça existentes nos mais distintos estratos sociais, de modo que no presente capítulo foi necessário apreender, desse imaginário social retratado diariamente nos órgãos das mídias de massas, quais são os mais recorrentes comportamentos da sociedade em geral, em relação à justiça.

Por esses motivos, foram selecionados os tópicos a seguir apresentados, que representam, em maior ou menor grau, os comportamentos sociais ou institucionais externos à própria estrutura jurisdicional, que poderiam ser aperfeiçoados, em busca da redução de descrédito na Justiça. Não é demais ressaltar que essa redução de causas de descrédito implicaria em menores níveis de complexidade social e insegurança jurídica.

O tópico inicial refere-se à relevante percepção social de que segurança pública seria matéria de tratamento estatal e judicial, havendo uma queixa sistêmica e reiteradamente presente na imprensa de casos de impunidade, que levam ao descrédito da Justiça. O segundo tópico apresentado é a insegurança causada pela produção permanente de nor-

---

20 Leia-se, por exemplo, artigo doutrinário do juiz federal Giovanni Bigolin, intitulado “O acesso à justiça visto como serviço público e os novos desafios impostos pelo processo eletrônico”, publicado em: <[http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/apg\\_Giovani%20Bigolin.pdf](http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/apg_Giovani%20Bigolin.pdf)>. Acesso em: 25 maio 2013.

mas dos mais variados níveis e portadoras das mais intensas contradições materiais e formais. Poucos juristas sabem a legislação que está ou não em vigor. Após, é apresentado um dos tópicos mais importantes, que é a ampliação do acesso à informação no seio da sociedade, especialmente por aqueles que a detêm. O uso de meios alternativos à resolução judicial de conflitos é abordado no tópico seguinte, na tentativa de estimular uma redução da litigiosidade. O tópico seguinte aborda tema dos mais importantes na análise da relação entre o Estado e os cidadãos, que é a questão transconstitucional do princípio da proteção à confiança legítima. Por fim, o último tópico escolhido, muito caro à realidade nacional, trata da possibilidade de pacificação social em uma sociedade em que há contraditoriamente uma cultura da demanda e uma litigiosidade contida, amplificados por uma desigual distribuição de ônus e encargos entre os tipos diversos de litigantes.

## 4.1 Uma questão de poderes: segurança pública e impunidade

A segurança pública consiste em um estado de preservação e manutenção da ordem que permite aos cidadãos o gozo de seus direitos em clima de tranquilidade e confiança, exercendo suas atividades sem perturbações, com as ressalvas constitucionais e legais. É preservada por meio de medidas repressivas e preventivas de vigilância e combate aos crimes.

Um dos males que mais atormenta uma população é ter segurança pública deficiente e vivenciar a impunidade em relação à prática de delitos. Em pesquisa de abril de 2007<sup>21</sup> com 1.068 pessoas em 130 municípios, a Secretaria Especial de Comunicação Social do Senado Federal constatou que a impunidade era mencionada por 30% dos entrevistados, e entendida como a principal causa da violência no Brasil. Outros dados interessantes dessa pesquisa refletem o inconformismo dos cidadãos com a pena máxima de 30 anos (69%), com a inexistência de prisão perpétua

---

21 Pesquisa disponível em: <<http://www.senado.gov.br/noticias/dataSenado/pdf/Pesquisa%20Viol%C3%Aancia%20no%20Brasil%20-%20comunicado%20C3%A0%20imprensa.pdf>>. Acesso em: 2 set. 2013.

(75%), com o uso de celular nas penitenciárias (77%), com a distinção na punição do adulto criminoso e do menor infrator (87%) e com a concessão de benefícios penais a quem comete crimes hediondos (93%).

Essas questões que maciçamente incomodam a população brasileira parecem ser pontos a serem resolvidos pelo Congresso Nacional e por realinhamentos gerenciais dos órgãos administrativos de segurança pública. Mas, também possuem relação intrínseca com a visão que os cidadãos têm do Poder Judiciário, uma vez que este virá a julgar tais casos.

Neste passo, os relatórios do Índice de Confiança da Justiça da FGV demonstraram, especialmente no primeiro trimestre de 2011, que apenas alguns entrevistados (15%) se lembravam de alguma notícia sobre o Poder Judiciário, e a maior parte desse pequeno percentual se referia a notícias sobre processos criminais. Afirma o relatório: “[...] verifica-se que a principal faceta da Justiça que é mais lembrada pelos entrevistados é aquela relacionada ao direito penal, isto é, à ocorrência de crimes que são diariamente veiculados no noticiário policial”.

Decerto, tais lembranças ocorreram devido à Ação Penal 470 do STF (o Mensalão), bastante televisionado; mas também em virtude de famosos julgamentos criminais (homicídios como os conhecidos casos Eloá, Mércia Nakashima, Bruno, Elise Matsunaga, Pimenta Neves, João Hélio, Suzane Richthofen etc.) em curso ou não; da atuação policial em operações complexas (Anaconda, Satiagraha, Porto Seguro, Hurricane, Sanguesuga) de cobertura televisionada; e da corrupção e improbidade ocorridas nas diversas esferas de poder do Estado, também midiaticamente apresentadas à população.

Toda essa percepção da segurança pública demonstra um ponto de vista acerca de um serviço público como qualquer outro, que estaria sendo prestado de modo deficiente. Mas, é possível outra abordagem, mais amplificada. Assim, basta uma sutil comparação entre a forma com a qual a Constituição de 1988 trata a segurança pública (art. 144, *caput*: dever do Estado e direito e responsabilidade de todos) e a educação (art. 205, *caput*: dever do Estado e da família e direito de todos).

Nisto reside importante conclusão: o Estado não pode se eximir de seu dever constitucional de prestar segurança pública (uma vez que ele reservou a si próprio o monopólio da atividade policial de combate ao

crime, ostensivamente ou por meio de processos investigativos); mas a responsabilidade pela segurança pública também é da sociedade, das pessoas, do indivíduo, já que estes, na medida do possível, podem contribuir na prevenção de delitos e na investigação daqueles que já houverem ocorrido, denunciando atividades e pessoas suspeitas. Trata-se de importante e imprescindível medida de abertura democrática dos órgãos de poder e combate ao crime, que ainda não foi exercida plenamente pela população brasileira. José Afonso da Silva anota importante traço histórico da abordagem constitucional da segurança pública:

Mas a segurança pública não é só repressão e não é problema apenas de polícia, pois a Constituição, ao estabelecer que a segurança é dever do Estado, direito e responsabilidade de todos (art. 144), acolheu a concepção do I Ciclo de Estudos sobre Segurança, segundo a qual é preciso que a questão da segurança seja discutida e assumida como tarefa e responsabilidade permanente de todos, Estado e população. Daí decorre também a aceitação de outras teses daquele certame, tal como a de que 'se faz necessária uma nova concepção de ordem pública, em que a colaboração e a integração comunitária sejam os novos e importantes referenciais' [...] (SILVA, 2007, p. 636).

Há tentativas de se observar tal perspectiva de partilha de responsabilidades por parte dos órgãos estatais que tratam da segurança pública. Uma importante iniciativa foi adotada em 2002, com a Lei n. 10.446, que prevê a responsabilidade conjunta dos órgãos de segurança pública estaduais com o Departamento da Polícia Federal na investigação de infrações penais (como sequestro; cárcere privado; furto, roubo ou receptação de cargas etc.) cuja repressão tenha que ser uniforme em todo o país, de acordo com a repercussão interestadual ou internacional.

O incidente de deslocamento de competência, introduzido pela EC 45/2004, no art. 109, inc. V-A e § 5º da CF/88, é outra dessas medidas de comunhão de esforços no combate à criminalidade e à impunidade. Tal incidente foi intensamente combatido na doutrina e na jurisprudência por aqueles que viam na medida uma ofensa à competência dos órgãos de polícia e justiça estaduais, mas, apesar de a medida não ter sido analisada pelo STF, já possui um importante julgado favorável no STJ, como se colhe da ementa do IDC n. 2:

EMENTA: INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇAS ESTADUAIS DOS ESTADOS DA PARAÍBA E DE PERNAMBUCO. HOMICÍDIO DE VEREADOR, NOTÓRIO DEFENSOR DOS DIREITOS HUMANOS, AUTOR DE DIVERSAS DENÚNCIAS CONTRA A ATUAÇÃO DE GRUPOS DE EXTERMÍNIO NA FRONTEIRA DOS DOIS ESTADOS. AMEAÇAS, ATENTADOS E ASSASSINATOS CONTRA TESTEMUNHAS E DENUNCIANTES. ATENDIDOS OS PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS PARA A EXCEPCIONAL MEDIDA. 1. A teor do § 5.º do art. 109 da Constituição Federal, introduzido pela Emenda Constitucional n. 45/2004, o incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal fundamenta-se, essencialmente, em três pressupostos: a existência de grave violação a direitos humanos; o risco de responsabilização internacional decorrente do descumprimento de obrigações jurídicas assumidas em tratados internacionais; e a incapacidade das instâncias e autoridades locais em oferecer respostas efetivas. 2. Fatos que motivaram o pedido de deslocamento deduzido pelo Procurador-Geral da República: o advogado e vereador pernambucano MANOEL BEZERRA DE MATTOS NETO foi assassinado em 24/01/2009, no Município de Pitimbu/PB, depois de sofrer diversas ameaças e vários atentados, em decorrência, ao que tudo leva a crer, de sua persistente e conhecida atuação contra grupos de extermínio que agem impunes há mais de uma década na divisa dos Estados da Paraíba e de Pernambuco, entre os Municípios de Pedras de Fogo e Itambé. 3. A existência de grave violação a direitos humanos, primeiro pressuposto, está sobejamente demonstrado: esse tipo de assassinato, pelas circunstâncias e motivação até aqui reveladas, sem dúvida, expõe uma lesão que extrapola os limites de um crime de homicídio ordinário, na medida em que fere, além do precioso bem da vida, a própria base do Estado, que é desafiado por grupos de criminosos que chamam para si as prerrogativas exclusivas dos órgãos e entes públicos, abalando sobremaneira a ordem social. 4. O risco de responsabilização internacional pelo descumprimento de obrigações derivadas de tratados internacionais aos quais o Brasil anuiu (dentre eles, vale destacar, a Convenção Americana de Direitos Humanos, mais conhecido como “Pacto de San Jose da Costa Rica”) é bastante considerável, mormente pelo fato de já ter havido pronunciamentos da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, com expressa recomendação ao Brasil para adoção de medidas cautelares de proteção a pessoas ameaçadas pelo tão propalado grupo de extermínio atuante na divisa dos Estados da Paraíba e Pernambuco, as quais, no entanto, ou deixaram de ser cumpridas ou não foram efetivas. Além do homicídio de MANOEL MATTOS, outras três testemunhas da CPI da Câmara

dos Deputados foram mortos, dentre eles LUIZ TOMÉ DA SILVA FILHO, ex-pistoleiro, que decidiu denunciar e testemunhar contra os outros delinquentes. Também FLÁVIO MANOEL DA SILVA, testemunha da CPI da Pistolagem e do Narcotráfico da Assembleia Legislativa do Estado da Paraíba, foi assassinado a tiros em Pedra de Fogo, Paraíba, quatro dias após ter prestado depoimento à Relatora Especial da ONU sobre Execuções Sumárias, Arbitrárias ou Extrajudiciais. E, mais recentemente, uma das testemunhas do caso Manoel Mattos, o Maximiano Rodrigues Alves, sofreu um atentado a bala no município de Itambé, Pernambuco, e escapou por pouco. Há conhecidas ameaças de morte contra Promotores e Juízes do Estado da Paraíba, que exercem suas funções no local do crime, bem assim contra a família da vítima Manoel Mattos e contra dois Deputados Federais. 5. É notória a incapacidade das instâncias e autoridades locais em oferecer respostas efetivas, reconhecida a limitação e precariedade dos meios por elas próprias. Há quase um pronunciamento uníssono em favor do deslocamento da competência para a Justiça Federal, dentre eles, com especial relevo: o Ministro da Justiça; o Governador do Estado da Paraíba; o Governador de Pernambuco; a Secretaria Executiva de Justiça de Direitos Humanos; a Ordem dos Advogados do Brasil; a Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado da Paraíba. 6. As circunstâncias apontam para a necessidade de ações estatais firmes e eficientes, as quais, por muito tempo, as autoridades locais não foram capazes de adotar, até porque a zona limítrofe potencializa as dificuldades de coordenação entre os órgãos dos dois Estados. Mostra-se, portanto, oportuno e conveniente a imediata entrega das investigações e do processamento da ação penal em tela aos órgãos federais. 7. Pedido ministerial parcialmente acolhido para deferir o deslocamento de competência para a Justiça Federal no Estado da Paraíba da ação penal n. 022.2009.000.127-8, a ser distribuída para o Juízo Federal Criminal com jurisdição no local do fato principal; bem como da investigação de fatos diretamente relacionados ao crime em tela. Outras medidas determinadas, nos termos do voto da Relatora. (IDC 200901212626, LAURITA VAZ, STJ - TERCEIRA SEÇÃO, DJE DATA:22/11/2010)

Outra medida bastante interessante foi a criação da Estratégia Nacional de Justiça e Segurança Pública (ENASP), constituída em 22/02/2010, por ato conjunto do Ministro de Justiça, do presidente do Conselho Nacional de Justiça e do presidente do Conselho Nacional do Ministério Público.

Por meio dessa Estratégia o CNMP fixou Metas para o trabalho das instituições de segurança pública, dentre as quais pode ser citada a im-

portante Meta 2 do CNMP, destinada à conclusão de todos os inquéritos policiais instaurados até 31/12/2007. Após estudo do CNMP<sup>22</sup> relacionado a essa Meta 2, verificou-se que em 2012 havia no país quase 135 mil inquéritos criminais ainda não concluídos. O acompanhamento do cumprimento dessa Meta pode ser feito no 'inqueritômetro', pela internet<sup>23</sup>.

Outros resultados da ENASP foram a criação de sistemas de consulta processual aberta e de metas para o Poder Judiciário e demais órgãos de segurança pública, como a Meta n. 3 do CNMP (superar a fase da pronúncia em todas as ações penais por crime de homicídio doloso ajuizadas até 2008), a Meta n. 4 do CNMP (julgar as ações penais relativas a homicídios dolosos distribuídas até 2007) e a Meta n. 18 do CNJ (julgar, até o fim de 2013, todas as ações de improbidade e crimes contra a administração pública ajuizados até 31/12/2011).

Como qualquer meta a ser obtida, aquelas apresentadas pelo CNJ ou pelo CNMP podem não ser atingidas. Mas podem sinalizar interessantes caminhos para a melhoria da persecução e do processo penal, em busca de se extirpar a sensação de impunidade e insegurança pública que se espalha no Brasil, diante do avanço da criminalidade.

Ainda, o combate à impunidade teve um incremento com o advento de importante reforma no procedimento ordinário, mediante diversas modificações no texto do Código de Processo Penal, feitas pela Lei n. 11.719, de 2008. Entre elas está a previsão de concentração dos atos de instrução criminal, bem como atos postulatórios (alegações finais) e decisórios (sentença) em uma única audiência; e também a possibilidade de gravação magnética audiovisual da audiência, sem necessidade de degravação, medidas que agilizam sobremaneira o andamento desse tipo de processo.

Porém, uma mácula ainda remanescente no país, no âmbito do Direito Penal, é a existência de foro por prerrogativa de função para o julgamento de infrações penais, conforme leitura do art. 84, *caput*, do Código

---

22 Estudo disponível em: <[http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Enasp/relatorio\\_enasp\\_FINAL.pdf](http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Enasp/relatorio_enasp_FINAL.pdf)>. Acesso em: 13 set. 2013.

23 Conferir no sítio: <<http://inqueritometro.cnmp.gov.br/inqueritometro/home.seam>>. Acesso em: 13 set. 2013.

de Processo Penal, e de diversas disposições constitucionais (como, por exemplo, o art. 102, I, b, e o art. 105, I, a, da CF/88). Destinada indistintamente a quem ocupa cargos ou funções permanentes (como no caso de magistrados: art. 108, I, a, da CF/88), ou temporários (como políticos eleitos ou Ministros de Estado), e para qualquer espécie de crime comum, essa medida ofende o princípio de que todos são iguais perante a lei, e também propicia inconsistências nas manifestações judiciais. Basta que o réu de um processo criminal perca seu mandato, cargo ou função que o processo que está respondendo na instância superior seja remetido à instância inferior, causando insegurança e dificultando a punibilidade de crimes. Eugenio Pacelli aborda essa problemática:

Observe-se que, mesmo que a infração penal tenha sido praticada antes do exercício da função ou cargo público, enquanto o acusado estiver exercendo-o terá assegurado o foro privativo. Por isso, a ação penal em relação a tais pessoas pode apresentar caráter itinerante, acompanhando tanto o início quanto o fim do exercício do cargo ou função pública, isto é: eleito o réu de determinada ação penal para o mandato de deputado federal, os autos deverão ser remetidos ao Supremo Tribunal Federal para o prosseguimento do processo, ainda que já sentenciado, cabendo àquela Egrégia Corte, nesta última hipótese, apreciar o recurso então aviado, podendo a tanto, reexaminar toda a matéria de fato e de direito, inclusive com a repetição da fase probatória. E, do mesmo modo que foram, os autos poderão voltar, quando a hipótese for inversa, isto é, quando encerrado o mandato ou o exercício de cargo ou função pública, antes de concluído o processo ou julgamento. (OLIVEIRA, 2012, p. 218).

O foro por prerrogativa de função possibilita, portanto, grave crise de confiança no Poder Judiciário, na medida em que permite excrescências como esta citada na obra acima, e parte do equívoco de que os juízes de instância inferior não poderiam ser responsáveis pelo processamento de ações penais em face destes agentes. Está, por conseguinte, longe de incrementar a dignidade das funções exercidas pelos cargos ocupados pelos beneficiários da prerrogativa. Todavia, qualquer modificação deste panorama depende de modificação constitucional, o que não se avizinha.

Por fim, não é demais ressaltar que no âmbito do Direito Penal, no qual é permanente o império da lei no seu sentido mais estrito, algumas perplexidades atribuídas aos cidadãos não podem ser resolvidas pelo

Poder Judiciário. Assim, o inconformismo com o tempo máximo de cumprimento das penas privativas de liberdade de 30 anos (art. 75 do Código Penal), com a inexistência de prisão perpétua (vedada pelo art. 5º, XLVII, b, da CF/88), com o uso de celular nas penitenciárias, com a distinção na punição do adulto criminoso e do menor infrator (art. 228 da CF/88 e art. 121, § 3º da Lei n. 8.069/90) e com a concessão de benefícios penais a quem comete crimes hediondos não são passíveis de controle por parte do julgador. São, sim, medidas que devem ser discutidas no âmbito do Congresso Nacional, ou então medidas administrativas de controle dos atos de execução penal, por parte do Poder Executivo.

## 4.2 A fúria nomocrática (de todos os poderes)

Legislar, no Brasil, sempre foi uma panaceia. Sempre se acreditou que qualquer problema social se resolveria através da criação de uma lei, que se imporia perante a sociedade, verdadeira tutelada do Estado brasileiro nomocrático moderno. Cria-se e reformam-se leis, sem se pensar se o problema realmente existe em magnitude social digna de resposta estatal; sem se pensar se não poderia ser resolvido a longo prazo por meio de educação, cidadania e participação; e sem se pensar acerca de diagnósticos mais precisos de tais problemas e da discussão sobre a idoneidade das ações concretas possíveis para suas resoluções. Jean Cruet, há mais de cem anos, já anunciava:

Ora, é talvez o caracter relativo da lei que permite à sociedade evoluir sob esta carapaça rígida, sem abandonar, no seu conjunto, o regime da legalidade, tutelar da liberdade individual. E sem dúvida convem respeitar bastante a lei, mas não respeitá-la muito: a ilegalidade, como o crime, segundo o sr. Durkheim, é uma manifestação do individualismo, e é pelo indivíduo que tudo começa, até o direito. Depois, a ilegalidade, enquanto se conserva individual, não põe a lei seriamente em perigo. Tornando-se colectiva, constitue uma advertencia ao legislador: indica-lhe o desacordo crescente da sociedade e da lei. Demonstra-lhe pelo facto 'que o mundo social, como disse Spencer, está muito longe de ser uma massa à qual a cozinheira pode dar a fôrma que mais lhe agradar: a de pastel ou a de torta.'. (sic) (CRUET, 1908, p. 332).

Desta forma, os problemas deixam de ser sociais e passam a ser jurídicos, excluindo o cidadão da solução de seus problemas. A solução, portanto, é sempre legiferada, estatal. Tenta-se, sempre, corrigir uma distorção social pela via do direito, no Brasil especialmente. Só que nem sempre a legislação é capaz de modificar a sociedade. Esta modifica seus comportamentos mediante determinadas ocorrências sociais, como a comunicação, a educação e a cultura, e não pela mera imposição normativa.

Não será, por exemplo, tipificando condutas as mais diversas como crimes que se obterá a pacificação social e a diminuição da prática de delitos. Eles continuarão ocorrendo, apesar das leis que as criminalizam. A demonstrar que esse problema é mundial, David Harsanyi traz o panorama estadunidense sobre a febre legiferante que também atinge seu país:

Os Estados Unidos tiveram início com três leis federais: referentes à traição, falsificação e pirataria. Em 1998, a American Bar Association contabilizou mais de 3.300 delitos criminais federais separados nos registros, mais de 40 por cento do que havia sido registrado nos últimos 30 anos. Essas novas leis cobrem mais de cinquenta títulos do Código dos EUA e abrangem mais de 27 mil páginas', escreveu Rebecca Hagelin, vice-presidente da conservadora Heritage Foundation, em 2003. Obviamente, conforme o mundo evolui, o mesmo ocorre com a necessidade de novas regulamentações, mas o Congressional Research Service, de acordo com Hagelin, não consegue sequer informar quantos crimes federais existem. 'Somos tão mais diabólicos do que éramos há duzentos anos para precisarmos de tantas leis que nos protejam uns dos outros? Ou o estado babá saiu totalmente do controle, criando crimes onde não havia criminosos, inserindo culpa onde não havia intenção de prejuízo?' A explosão das leis é certamente um dos fatores que contribui para a falta de confiança do americano no governo. [...] Esses americanos são os preocupados com o número absoluto de regulamentações e têm um sentimento crescente de que não têm mais o controle nem mesmo dos aspectos mais comuns de suas vidas. E existe os que acreditam em um governo enérgico e envolvido, mas logo se defrontam com o fato de que é impossível para o governo cumprir suas promessas. (HARSANYI, 2011, p. 232-233).

Ora, é comum que as casas legislativas, o poder Executivo, e mesmo a Justiça, deparando-se com uma determinada problemática social, praticamente imponham à sociedade uma lei ou uma Emenda Constitucional

(Poder Legislativo), uma regulamentação ou medida provisória (Executivo), um precedente ou uma decisão judicial de perfil obrigatório e vinculante (Judiciário).

Como exemplo, pode ser citado o regime constitucional e os precedentes acerca da força vinculante de mandados de injunções decididos pelo Supremo Tribunal Federal, nos quais este Tribunal vem evoluindo seu entendimento para entender que cabe à decisão injuncional o suprimento à omissão normativa. Neste sentido, leia-se o seguinte julgado do STF, que cristaliza essa mutação constitucional nomogenética:

EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. ART. 5º, LXXI DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. CONCESSÃO DE EFETIVIDADE À NORMA VEICULADA PELO ARTIGO 37, INCISO VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. LEGITIMIDADE ATIVA DE ENTIDADE SINDICAL. GREVE DOS TRABALHADORES EM GERAL [ART. 9º DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL]. APLICAÇÃO DA LEI FEDERAL N. 7.783/89 À GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO ATÉ QUE SOBREVENHA LEI REGULAMENTADORA. PARÂMETROS CONCERNENTES AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE PELOS SERVIDORES PÚBLICOS DEFINIDOS POR ESTA CORTE. CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO. GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO ANTERIOR QUANTO À SUBSTÂNCIA DO MANDADO DE INJUNÇÃO. PREVALÊNCIA DO INTERESSE SOCIAL. INSUBSSISTÊNCIA DO ARGUMENTO SEGUNDO O QUAL DAR-SE-IA OFENSA À INDEPENDÊNCIA E HARMONIA ENTRE OS PODERES [ART. 20 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL] E À SEPARAÇÃO DOS PODERES [art. 60, § 4o, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL]. INCUMBE AO PODER JUDICIÁRIO PRODUZIR A NORMA SUFICIENTE PARA TORNAR VIÁVEL O EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS, CONSAGRADO NO ARTIGO 37, VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O acesso de entidades de classe à via do mandado de injunção coletivo é processualmente admissível, desde que legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano. 2. A Constituição do Brasil reconhece expressamente possam os servidores públicos civis exercer o direito de greve --- artigo 37, inciso VII. A Lei n. 7.783/89 dispõe sobre o exercício do direito de greve dos trabalhadores em geral, afirmado pelo artigo 9º da Constituição do Brasil. Ato normativo de início inaplicável aos servidores públicos civis. 3. O preceito veiculado pelo artigo 37, inciso VII, da CB/88 exige a edição de ato normativo que integre sua eficácia. Reclama-se, para fins de plena incidência do preceito, atuação legislativa que dê concreção ao comando positivado no texto da Constituição. 4.

Reconhecimento, por esta Corte, em diversas oportunidades, de omissão do Congresso Nacional no que respeita ao dever, que lhe incumbe, de dar concreção ao preceito constitucional. Precedentes. 5. Diante de mora legislativa, cumpre ao Supremo Tribunal Federal decidir no sentido de suprir omissão dessa ordem. Esta Corte não se presta, quando se trate da apreciação de mandados de injunção, a emitir decisões desnutridas de eficácia. 6. A greve, poder de fato, é a arma mais eficaz de que dispõem os trabalhadores visando à conquista de melhores condições de vida. Sua auto-aplicabilidade é inquestionável; trata-se de direito fundamental de caráter instrumental. 7. A Constituição, ao dispor sobre os trabalhadores em geral, não prevê limitação do direito de greve: a eles compete decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dela defender. Por isso a lei não pode restringi-lo, senão protegê-lo, sendo constitucionalmente admissíveis todos os tipos de greve. 8. Na relação estatutária do emprego público não se manifesta tensão entre trabalho e capital, tal como se realiza no campo da exploração da atividade econômica pelos particulares. Neste, o exercício do poder de fato, a greve, coloca em risco os interesses egoísticos do sujeito detentor de capital --- indivíduo ou empresa --- que, em face dela, suporta, em tese, potencial ou efetivamente redução de sua capacidade de acumulação de capital. Verifica-se, então, oposição direta entre os interesses dos trabalhadores e os interesses dos capitalistas. Como a greve pode conduzir à diminuição de ganhos do titular de capital, os trabalhadores podem em tese vir a obter, efetiva ou potencialmente, algumas vantagens mercê do seu exercício. O mesmo não se dá na relação estatutária, no âmbito da qual, em tese, aos interesses dos trabalhadores não correspondem, antagonicamente, interesses individuais, senão o interesse social. A greve no serviço público não compromete, diretamente, interesses egoísticos do detentor de capital, mas sim os interesses dos cidadãos que necessitam da prestação do serviço público. 9. A norma veiculada pelo artigo 37, VII, da Constituição do Brasil reclama regulamentação, a fim de que seja adequadamente assegurada a coesão social. 10. A regulamentação do exercício do direito de greve pelos servidores públicos há de ser peculiar, mesmo porque “serviços ou atividades essenciais” e “necessidades inadiáveis da coletividade” não se superpõem a “serviços públicos”; e vice-versa. 11. Daí porque não deve ser aplicado ao exercício do direito de greve no âmbito da Administração tão-somente o disposto na Lei n. 7.783/89. A esta Corte impõe-se traçar os parâmetros atinentes a esse exercício. 12. O que deve ser regulado, na hipótese dos autos, é a

coerência entre o exercício do direito de greve pelo servidor público e as condições necessárias à coesão e interdependência social, que a prestação continuada dos serviços públicos assegura. 13. O argumento de que a Corte estaria então a legislar --- o que se afiguraria inconcebível, por ferir a independência e harmonia entre os poderes [art. 2º da Constituição do Brasil] e a separação dos poderes [art. 60, § 4º, III] --- é insubsistente. 14. O Poder Judiciário está vinculado pelo dever-poder de, no mandado de injunção, formular supletivamente a norma regulamentadora de que carece o ordenamento jurídico. 15. No mandado de injunção o Poder Judiciário não define norma de decisão, mas enuncia o texto normativo que faltava para, no caso, tornar viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos. 16. Mandado de injunção julgado procedente, para remover o obstáculo decorrente da omissão legislativa e, supletivamente, tornar viável o exercício do direito consagrado no artigo 37, VII, da Constituição do Brasil. (MI 712, Relator (a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007, DJe-206 DIVULG 30/10/2008 PUBLIC 31/10/2008 EMENT VOL-02339-03 PP-00384)

Outro exemplo monogenético advém de um específico problema do Estado brasileiro: o regime das medidas provisórias, que desviam o debate regular das matérias sociais do local adequado que é o Parlamento, flexibilizando conceitos como urgência e relevância ao prazer dos que comandam a Presidência da República.

Ora, como sucessora do decreto-lei criado com a Constituição Polaca de 1937, e inspirado no modelo italiano dos 'decreto-legge'<sup>24</sup>, a medida provisória tinha sua razão de existir apenas porque ao Chefe do Poder Executivo seria permitido editar medidas que tivessem força de lei, para situações relevantes de nítida necessidade ou urgência (art. 62 da CF/88). Só que tal norma foi imediatamente desvirtuada de suas origens históricas, pois enquanto no direito italiano, a edição de tais medidas depende da participação direta e referendo do Conselho de Ministros<sup>25</sup>, e o parlamento é imediatamente comunicado para analisar a medida legislativa; no direito brasileiro o ato não é colegiado e os conceitos de urgência e relevância são extremamente fluidificados pela interpretação constitucio-

---

24 Constituição Italiana de 1947, art. 77.

25 Constituição Italiana de 1947, art. 89.

nal, tanto daqueles que emanam a medida provisória, como do próprio STF (no exercício do controle de constitucionalidade). Manoel Gonçalves Ferreira Filho expõe críticas a esse instrumento:

Cumprê relembrar que a Constituição em vigor prevê, no processo legislativo, instrumentos para a aceleração da prestação legislativa. Um é a lei delegada (art. 68). Esta, ademais, poderia até suprir a necessidade do sigilo em certas matérias. Sim, porque não trairia o conteúdo ou a oportunidade das providências a serem editadas. Outro é o procedimento de urgência (art. 64 e parágrafos). Por força deste, em cem dias, pouco mais, pouco menos, o Governo poderá ter a lei que demandar, se com o proposto estiver de acordo o Congresso. Ora, quantas não são as regras editadas por medidas provisórias que poderiam aguardar cem dias? Assim, a medida provisória parece desnecessária. [...] Ademais, cabe indagar como sobrevivem países, como os Estados Unidos da América, onde não existe legiferação de urgência, mas que não estão imunes a emergências...Roosevelt, por exemplo, enfrentou a grande depressão sem medidas provisórias com força de lei...De qualquer forma, o argumento da imprevisibilidade serve para justificar a restrição da medida provisória ao caso de urgência comprovada, não suposta. Justifica uma redação mais clara do texto constitucional, para impedir a falsa urgência...E reclama a previsão expressa do exame pelo controle de constitucionalidade da condição de urgência. [...] E também é preciso reconhecer que a medida provisória faz do Presidente um legislador, o principal legislador *de facto*. (FERREIRA FILHO, 2011, p. 318-320).

Somem-se a isso os flagrantes desvios de técnica legislativa, com a inserção de temas alheios ao tema principal das medidas provisórias, a trair expectativas de debate legislativo na seara adequada, que é o Congresso Nacional. É necessário, assim, aprofundar o debate em torno do incremento de poderes destinado ao chefe do Poder Executivo. É preciso discutir urgentemente formas de se evitar tanta concentração de poderes no chefe do Executivo, o que, decerto, fragiliza a caracterização equilibrada das forças de poder, em especial se observada a prática política inadequada do conhecido presidencialismo de coalizão<sup>26</sup> voltado

---

26 Cfe. Luiz Werneck Vianna (org.): "A democracia e os três poderes no Brasil", e entrevista do mesmo autor em: <<http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/512316-as-aliancas-sao-absolutamente-necessarias-entrevista-especial-com-luiz-werneck-vianna>> e a obra de Sérgio Abranches: Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro.

à governabilidade<sup>27</sup>, que tolhe iniciativas independentes por parte do Poder Legislativo.

Geralmente, em quaisquer dessas situações de fúria normativa, não há discussões ou debates que demonstrem a todos os cidadãos qual é a melhor forma de solucionar determinada problemática social. As soluções ocorrem como medidas de tutela, premial ou sancionatória, que o cidadão deve cumprir/exigir, e a sociedade deve discuti-las apenas posteriormente, sem qualquer participação. A participação do cidadão, em geral, é medida através de manifestações de desagrado, que podem vir a culminar na revogação, total ou parcial, de determinada legislação, mas não sem antes causar alguma balbúrdia social entre aqueles que defendem a norma imposta e aqueles que gostariam de ter participado de sua elaboração antes de sua vigência.

Todo esse panorama fático é olvidado pelas instituições estatais, especialmente pelos parlamentares e pelo Poder Executivo, que, na ânsia de demonstrar para seus eleitores que fizeram algo para tentar resolver o problema posto, terminam produzindo normas de eficácia duvidosa e gerando novos problemas com aqueles que não concordaram com a norma determinada, ou que deliberadamente descumprem a norma e permanecem na ilegalidade – o que também vai causar problemas com aqueles que concordaram com a norma, insatisfeitos com o Estado tutelar que não fiscaliza o cumprimento de suas normas. Além disso, não será incomum que as diversas leis produzidas nos parlamentos acabem conflitando diretamente com o poder regulamentar adstrito ao Executivo, causando insegurança jurídica e mais balbúrdia e insatisfação.

Essa fúria legislativa é também detectada por Rodolfo de Camargo Mancuso:

O vezo de responder às ocorrências da vida em sociedade com (novas) normas, ao invés de, antes e superiormente, analisar cumprimamente os fatos, em ordem a adotar providências idôneas e eficazes, acaba por

---

27 Como exemplo de busca da governabilidade a qualquer preço, basta lembrar que restou assentado no acórdão da Ação Penal n. 470 do STF (o famoso caso do Mensalão), a prática de crimes contra a Administração, oriundos da “compra” de votos no Congresso Nacional por parte de representantes dos partidos que detinham o poder, a fim de que confirmassem os planejamentos adotados pelo Poder Executivo.

frustrar as expectativas, porque a norma, isoladamente, desacompanhada de condutas concretas e apropriadas, não consegue alterar ou corrigir substancialmente a situação objetivada; além disso, não raro, a norma concorre para piorar a situação preexistente, quando não é clara em seu enunciado ou quando se sobrepõe ambigualmente a texto já em vigor ('posta la legge è fatto l'imbroglio), por aí se compreendendo, dentre nós, a referência popular às 'leis que não pegam'. A essa carência de eficácia prática da 'solução normativa' se soma, como externalidade negativa, a exasperação do ordenamento positivo, já de per si espreado por uma vera floresta normativa, densa, intrincada e inexpugnável, permeada de textos que tentam 'regular' temas irrelevantes, a par de outros prechos de enunciados contraditórios, de que há exemplos na legislação tributária (casos de dupla incidência tributária sobre um mesmo fato gerador) e na ambiental (determinação para uma certa conduta – v.g., fazer aceiro junto às cercas da propriedade rural, durante os meses de estiagem – em confronto com outra norma, que pune com multa o corte de vegetação rasteira). São igualmente abundantes as normas e regulamentos voltados a 'regular' situações e ocorrências banais e óbvias da vida cotidiana, para as quais bastaria o mais corriqueiro senso comum ou a mais básica noção de razoabilidade [...] (MANCUSO, 2011, p. 66).

Presente esta fúria legislativa, a consequência é o assoberbamento do Poder Judiciário, que, na sua função de preservação de justiça e resolução de conflitos por meio da interpretação dos diversos dispositivos normativos existentes (das mais diversas posições hierárquicas), passa a ser entendido como o portador da 'última palavra' sobre qual disposição normativa deve incidir no caso concreto. Chega a ser comum a impetração imediata de medidas judiciais contestando a constitucionalidade de normas logo no primeiro dia de suas vigências, fazendo com que o cumprimento e a eficácia das normas passe a depender diretamente de uma manifestação judicial. Exemplo notório desse fenômeno é a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4917, ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal pelo Estado do Rio de Janeiro, referente à turbulenta discussão acerca da redistribuição dos *royalties* do petróleo entre os diversos entes federativos feita pela Lei n. 12.734/2012, e que foi distribuída no mesmo dia da promulgação da Lei (15 de março de 2013), conforme a própria decisão de concessão de liminar (proferida em 18 de março de 2013) por parte da Min. Carmen Lúcia atesta, no seguinte excerto:

[...] A extraordinária urgência demandada para o exame da cautelar, na espécie em foco, é realçada pelo Autor na petição apresentada, na qual faz constar valores vultosos e imprescindíveis para o prosseguimento dos serviços públicos essenciais estaduais e dos Municípios situados no Estado do Rio de Janeiro, e que seriam desidratados com a aplicação imediata do novo regramento. Estados e Municípios planejaram e orçaram seus desempenhos segundo as normas antes vigentes, sem a alteração advinda com a promulgação das normas inicialmente vetadas. Com a superação dos vetos apostos pela Presidente da República ao Projeto de Lei votado pelo Congresso Nacional, foram promulgadas e publicadas as novas normas em 15.3.2013, mesma data em que ocorreu o ajuizamento da presente ação.<sup>28</sup>

Ou seja, essa externalidade negativa da fúria legislativa do ordenamento brasileiro acarreta novos problemas: a geração de manifestações judiciais que, necessitando apresentar ao jurisdicionado a justiça do caso concreto (proibição do *non liquet*), terminam impondo soluções não previstas em lei, representando, assim, medidas que acrescentam respostas normativas ao sistema, como se percebe, por exemplo, das súmulas vinculantes e das sentenças aditivas produzidas no Supremo Tribunal Federal, em sede de controle de constitucionalidade, ou da produção de súmulas persuasivas com poderes de precedentes por parte do mesmo STF e também dos demais tribunais superiores nacionais como o STJ e o Tribunal Superior do Trabalho. A fúria normativa gera mais respostas normativas, inclusive do Poder Judiciário; e, nesse círculo vicioso, todos os Poderes acabam participando desse malogro que é a ilimitada nomocracia compartilhada, causadora de insegurança e insatisfação entre cidadãos, representados e jurisdicionados.

Esse panorama depõe contra a segurança jurídica e a confiança do cidadão nas instituições, de modo que é imperiosa a busca de soluções que corrijam essa plethora vultosa de plexos normativos a confundir os cidadãos e a abarrotar as prateleiras do Poder Judiciário. Importante, para concluir, a contribuição direta e objetiva de Rodolfo de Camargo Mancuso:

A fim de preservar o que resta de força coercitiva na legislação, hoje desgastada, seja por conta da sua produção desmesurada, ou pela dispersão

---

28 Conforme decisão disponível em: <[www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi4917li-minar.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi4917li-minar.pdf)>.

na sua exegese, ou mesmo pela deficiente expressão vernacular, torna-se necessário e urgente um esforço conjunto e concentrado dos três Poderes da República. Para tanto, caberia a constituição de uma poderosa força-tarefa, encarregada de proceder um levantamento geral do ordenamento positivo vigente, a começar pelo da União, cabendo, numa segunda etapa, uma criteriosa revisão constitucional acerca das competências legislativas (exclusiva, concorrente, comum) em ordem a uma distribuição mais equânime entre os entes políticos, e mais condizente com o desenho republicano-federativo. De parte do Judiciário, caberia um esforço concentrado no sentido do levantamento geral das súmulas, a começar pelas do STF e do STJ, com vistas a: (a) suprimir as que se encontram de todo defasadas ou superadas, seja pelo advento de direito novo, seja pelo assentamento de entendimento diverso; (b) alterar, no cabível, o enunciado daquelas ainda parcialmente aproveitáveis; (c) proceder a uma republicação do acervo assim atualizado, renumerando-se os enunciados. (MANCUSO, 2011, p. 73).

Por oportuno, é imperioso citar que em 2013 a mesma Fundação Getúlio Vargas inaugurou um importante estudo acerca do Índice de Percepção do Cumprimento da Lei (IPCL)<sup>29</sup>, pretendendo estudar como o brasileiro percebe o comportamento da sociedade em relação às leis de seu país (*compliance with the law*). Na apresentação desta pesquisa, afirmou-se:

É senso comum afirmar que o brasileiro não respeita as leis, ou que no Brasil muitas leis são criadas e pouco as obedece. É fácil constatar que produzimos muitas leis: considerando o período de dez anos, de 2000 a 2010, 75.517 novas leis estaduais e federais foram aprovadas. Porém, sobre o quanto nós aderimos a essas leis, não há evidências empíricas. Outra afirmação comum é que no país há 'leis que pegam', ou seja, são seguidas, e 'leis que não pegam', ou viram letra morta. [...] E, como consequência, o descumprimento da lei não seria visto como moral ou socialmente reprovável. No nosso país, esse comportamento, identificado por Roberto da Matta como o 'jeitinho brasileiro', é uma característica cultural por meio da qual driblamos as determinações legais, para defendermos interesses particulares ou públicos. Com base nessas afirmações poder-se-ia argumentar que no Brasil há um excesso de formalismo, ou seja, há muitas leis que estabelecem padrões de comportamento, mas no dia a dia, de forma geral, os cidadãos não levam em conta as leis. (FGV. IPCL, 2013, p. 2).

---

29 Disponível em: <[http://cpja.fgv.br/sites/cpja.fgv.br/files/ipcl\\_\\_relatorio\\_4tri2012\\_1tri2013\\_0.pdf](http://cpja.fgv.br/sites/cpja.fgv.br/files/ipcl__relatorio_4tri2012_1tri2013_0.pdf)>. Acesso em: 13 set. 2013.

De certo modo, portanto, essa fúria normativa finda por causar a impressão de que a sociedade brasileira vive em um ordenamento jurídico temerário, de leis que “pegam” e que “não pegam”, dificultando a sua aplicação principalmente pelo Judiciário, o que deteriora a eficácia e validade do próprio ordenamento. Assim, portanto, se justifica a necessidade de uma readequação do aparato estatal para reverter essa perda de segurança com tanta “norma”, no sentido mais amplo dessa palavra.

### 4.3 Acesso à informação

Muitas pessoas recorrem ao Judiciário sem possuírem qualquer informação, às vezes litigam apenas para saber se possuem um determinado direito, acreditando que a Justiça seria o único local em que poderiam obter tal informação de modo confiável, em detrimento das instâncias adequadas do Executivo e do Legislativo. Isso é muito nítido, por exemplo, quando alguém ajuíza uma ação na Justiça Federal contra o INSS acreditando que possui direito à revisão de seu benefício com base no índice do salário mínimo (falta de informações acerca da existência ou inexistência de direitos); ou requerendo a não utilização do fator previdenciário no cálculo de seu benefício (incredulidade no trabalho do Poder Legislativo); ou sem requerer administrativamente o benefício desejado (incredulidade no trabalho da Administração Pública, leia-se Poder Executivo).

Ana Paula de Barcelos trata do problema da desinformação no acesso à justiça:

É possível existir uma estrutura bem montada de assistência jurídica integral e gratuita, incluindo o patrocínio de advogados, mas que simplesmente não é utilizada pelos indivíduos em função do total desconhecimento, em primeiro lugar, de seus direitos materiais, e em segundo, da própria estrutura que lhe proporcionaria acesso à Justiça. Afora o artifício das formas de tutela coletiva, pelos quais é possível que terceiros, legitimados extraordinariamente, demandem em nome e em benefício de muitos desses cidadãos inteiramente desinformados (e que assim continuam), não se vislumbra solução jurídica específica e imediata para a desinformação. A médio e longo prazo, a generalização do ensino fundamental por toda a população brasileira e a inclusão em seu conteúdo curricular de noções

sobre o Judiciário e seu papel, o acesso à Justiça e os mecanismos postos à disposição do cidadão para o exercício de seus direitos serão capazes de proporcionar um nível geral ao menos razoável de informação cívica. (BARCELOS, 2002, p. 300).

Ou seja, a desinformação, a informação errônea, ou a falta de acesso à informação, são males que acarretam distensões na relação entre o cidadão e o Poder Judiciário.

A base constitucional para o direito de acesso à informação está no rol de direitos fundamentais do art. 5º, em seus incs. IV, X, XII, XIV, XXXIII, XXXIV, 'b', LX, LXXII; bem como no art. 37, § 3º, inc. II; no art. 93, inc. IX; no art. 216, § 2º; e no art. 220, *caput* e parágrafos.

Primeiramente, observa-se a matriz individual do direito de acesso à informação, por sua ótica individual, por meio do art. 5º, IV, que tutela a livre manifestação de pensamento. De outro lado, a dimensão coletiva do direito de acesso à informação vem traduzida nos incs. XIV e XXXIII, do art. 5º e no art. 220 e parágrafos; enquanto nos incs. X, XII, XXXIV, 'b', LX e LXXII do art. 5º se observam a tutela processual (direito de petição e *habeas data*) e material da intimidade e dos dados pessoais (autodeterminação informativa), importante base axiológica que por vezes conflitará com o direito de acesso à informação. Por fim, tutela-se o acesso à informação no âmbito da Administração Pública nos arts. 37, § 3º, inc. II e 216, § 2º, da Constituição; enquanto o acesso à informação no Poder Judiciário encontra-se protegido pelo art. 93, inc. IX, da CF/88.

Para os fins do presente estudo, é importante ressaltar, especialmente no que toca à relação entre cidadão e Administração Pública, que se houvesse uma melhor divulgação dos bancos de dados e maior disposição das autoridades para apresentar ao cidadão e às demais organizações sociais toda essa miríade de informações de que dispõem, decerto vários processos judiciais poderiam ser evitados.

Nesse aspecto, é preciso destacar que, no dia a dia forense há importantes práticas processuais que confirmam essa hipótese, no que atine à extinção de processos sem o julgamento de seu mérito. Citam-se quatro causas desse tipo de extinção de processos: o indeferimento da petição inicial pela falta de documentos e informações essenciais à lide que a parte autora deveria ter buscado com a Administração

antes do ajuizamento; a negligência das partes por período superior a um ano e/ou o abandono do processo pelo autor, ambos relacionados à percepção de que as partes não detêm a informação adequada que justifique seus pleitos; a falta de interesse de agir (pressuposta ou superveniente); e a desistência processual (incs. I, II, III, VI e VIII do art. 267 do Código de Processo Civil).

Ora, subsumindo-se a hipótese a algum desses incisos, em processos que envolvam a Administração Pública, é comum que ocorra a extinção desses feitos, simplesmente pelo fato de que o cidadão, apenas após o ajuizamento do processo e especialmente após alguma determinação judicial, obteve a informação ou mesmo o direito que pretendia, diretamente com a Administração, o que poderia ser feito administrativamente, sem a necessidade da movimentação da máquina judiciária.

Em seguida a essa obtenção, é comum que o cidadão desista do feito, o abandone ou o negligencie, ou o juiz identifique que a parte não teria o devido interesse de agir em face da Administração ou não realizara os atos que lhe competiria a instruir devidamente o processo. Isto costuma ocorrer, por exemplo, quando o cidadão busca uma aposentadoria sem todos os documentos necessários, ou quando deixa de demonstrar que é o real titular de uma conta poupança em que se requer uma atualização monetária de seu saldo, ou quando deixa de apresentar os documentos necessários para o levantamento de seu FGTS (Fundo de Garantia do Tempo de Serviço), ou quando desiste da ação pelo simples fato de ter obtido as informações necessárias que o convenceram de que não tinha o direito pleiteado, entre diversas outras hipóteses apresentadas na prática forense.

Ora, deve ser protegido o direito fundamental de acesso à justiça, mas um acesso exercido precipitadamente, como nesses casos, diminui a importância coletiva desse mesmo direito de acesso à justiça, já que utiliza a máquina judiciária sem necessidade, e faz com que o Judiciário, em vez de atuar resolvendo conflitos, passe a exercer uma função consultiva que substancialmente nunca lhe competiu.

Ademais, deve ser citada a recente pesquisa conjunta do CEJ e do IPEA sobre o acesso aos juizados especiais federais, na qual se confirmou que apenas em 12% dos processos desse tipo de procedimento a parte

ajuíza o feito sem o acompanhamento de advogado (CEJ, 2012, p. 117). Isto induz à constatação, não tão surpreendente, de que a ausência de informação não é apenas da parte, mas também dos advogados militantes. Ou seja: deve ser adotada uma permanente política de formação e preparação profissional contínua de advogados e procuradores por instituições como a Ordem dos Advogados do Brasil, a fim de que se corrija tal distorção. A preocupação com a formação e com a informação de cidadãos e profissionais do Direito deve ser diuturna.

Neste sentido, inovações como o acesso ampliado à internet e outros meios de divulgação também permitem um melhor acesso à informação, de modo que atualmente qualquer Tribunal possui tecnologia e recursos para a criação e manutenção de sítios na internet para divulgação de seus julgamentos e jurisprudência. Isso deve ser fomentado; mas somente a permanência desses sítios não é o bastante. Eles devem ser alimentados com os dados forenses ao extremo, não sendo possível aos funcionários responsáveis pela inserção de dados, escolher por amostragem se divulgam as teses e argumentos havidos nos julgamentos. Ainda, também devem realizar essa alimentação prontamente, para que a atualização seja diária. A população deve ter condições de saber exatamente o que e o quanto pensa o Tribunal pesquisado sobre cada problemática que decide, e esse objetivo somente pode ser alcançado com um acervo de julgamentos e jurisprudência atualizado e real. Grife-se que esses sistemas de divulgação pela internet ou redes sociais não se confundem com as devidas comunicações das decisões às partes. O Supremo Tribunal Federal já tem decisão esclarecendo essa diferença, e ressaltando a importância desses meios de pesquisa e acesso à informação nos tribunais:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DISPONIBILIZAÇÃO DAS DECISÕES NOS SISTEMAS DE PESQUISA DO SÍTIO ELETRÔNICO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. A disponibilização das decisões nos sistemas de pesquisa do sítio eletrônico desta Casa de Justiça tem por finalidade, apenas, facilitar o acesso às informações processuais. 2. A comunicação do resultado do julgamento ainda se faz, em regra, mediante a publicação, no Diário de Justiça Eletrônico, do dispositivo do acórdão, cujo inteiro teor

fica à disposição das partes nos autos do processo. 3. Agravo regimental desprovido. (AI 602475 AgR-AgR-AgR, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 06/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-057 DIVULG 19-03-2012 PUBLIC 20-03-2012)

De outro lado, no âmbito desta dissertação, este pesquisador realizou individualmente um minucioso e ilustrativo estudo em todas as sentenças prolatadas por todos os magistrados que de alguma forma julgaram na 1ª Vara Federal de Três Rios/RJ entre janeiro de 2011 e agosto de 2013, onde este pesquisador tem atuação direta, e encontraram-se alguns dados interessantes, especialmente no Juizado Especial Federal adjunto<sup>30</sup>. Nas 3700 sentenças prolatadas cujo procedimento era o do Juizado Federal, observou-se um número bastante significativo de sentenças relacionadas à falta de informação por parte do cidadão ou de seu advogado. Tratam-se de equívocos evitáveis, em casos onde há a prolação de sentenças de extinção do processo sem o julgamento do mérito, relativas, por exemplo, à incompetência (relativa ou absoluta) do juízo onde a causa foi ajuizada, ou à existência de litispendência ou coisa julgada, impedindo o rejuízo de causa já pendente, bem como ao indeferimento da petição inicial, pela falta de documentos essenciais à lide, como contratos e documentos pessoais indispensáveis. De todas essas sentenças, lidas uma a uma, encontraram-se 189 sentenças que correspondiam exatamente a esse perfil, conectado aos incs. I, IV e V do art. 267 do Código de Processo Civil.

Ou seja, levando-se em conta que a Vara Federal de Três Rios é uma Vara de competência plena e única no seu território de jurisdição, realizando todos os tipos de procedimentos de competência da Justiça Federal, de modo que pode perfeitamente simbolizar um microcosmos do que ocorre, com o devido temperamento, nos demais órgãos judiciais. Assim, é relevante perceber que mais de 5% dos processos de competência dos juizados especiais federais poderiam ser evitados

---

30 O estudo foi realizado nos arquivos eletrônicos das sentenças de cada um dos processos dos juizados especiais federais, disponíveis no sistema de banco de dados processuais da Justiça Federal do Estado do Rio de Janeiro, conhecido como Apolo, amplamente acessível às pessoas autorizadas, como o pesquisador, em face do princípio da publicidade, respeitado o sigilo individual de dados pessoais de cada uma das partes envolvidas.

se as partes e os advogados tivessem mais informação acerca daquilo que estão pleiteando. Certamente, isso já causaria uma redução estimada de 5,1% no número de processos, o que é um número bastante significativo.

A análise dos índices acima apresentados induz, portanto, à conclusão de que um melhor acesso à informação poderia propiciar uma menor litigiosidade, permitindo ao Judiciário dedicar um tempo mais qualificado para o exercício da jurisdição, nos casos mais complexos.

#### 4.4 Meios alternativos de resolução de conflitos com a administração pública e sua adequada promoção

Uma importante forma de se propiciar desjudicialização é buscar a resolução de seus conflitos com a Administração Pública pelas vias alternativas à sentença judicial, seja no próprio processo judicial, seja extrajudicialmente; seja pelos meios de autocomposição ou de heterocomposição (em especial a mediação, a conciliação e a arbitragem). Neste particular, são extremamente bem-vindas as sugestões legislativas trazidas no Código Modelo de Processos Administrativos para Ibero-América<sup>31</sup>, aprovado recentemente em 8/6/2012 nas Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual, ocorridas em Buenos Aires, em especial seu Capítulo VII, arts. 71 a 78.

Importantes pontos iniciais podem ser debatidos por intermédio principalmente de seu art. 72, onde se delinea uma pauta principiológica do uso de meios alternativos com a Administração (princípios da legalidade, isonomia e transigibilidade). Não obstante a importância dos dois primeiros princípios, mormente por seus aspectos instrumentais e finalísticos, o princípio que mais causa celeumas é o da transigibilidade, diante do caráter *a priori* de indisponibilidade do patrimônio público.

Contudo, nesse aspecto, deve ser diferenciada a disponibilidade da afetação de bens públicos, pois apenas quando afetados (bens de uso

---

31 Disponível em: <<http://iibdp.org/index.php/pt/documentos-uteis.html>>. Acesso em: 9 jul. 2012.

especial ou de uso comum) a algum serviço ou destinação pública direta é que os bens podem ser tidos como indisponíveis; nestes casos, tratar-se-ia de verdadeira indisponibilidade material. Do contrário, devem ser entendidos como desafetados, disponíveis e passíveis de transação, o que tem relação inclusive com a capacidade de disposição patrimonial que é inerente às prerrogativas das autoridades estatais no exercício de suas funções.

Deste modo, ao propor qualquer espécie de resolução alternativa de conflitos, o administrador não está atuando de modo inadvertido, abdicando de patrimônio; ao contrário, estará proporcionando pacificação social e celeridade processual, em seu poder de gestão da *res publica*. É ao não propor a resolução alternativa, em determinadas situações em que transpareça patente o erro administrativo, que a Administração poderá cometer severa violação ao patrimônio público. Citando o professor Eduardo Talamini:

O Poder Público não estará abdicando do direito material eventualmente existente em seu favor quando reconhece e dá cumprimento a direito do particular. Isso porque, nessa hipótese, na medida em que não haverá direito em favor da Administração, não há que se falar em interesse público (pelo menos não em favor do Poder Público). (TALAMINI apud AMARAL, 2012, p. 69).

Na prática, a utilização destes meios alternativos vem sendo bem-sucedida, como se comprova por meio da Lei 9.469/97, que descreve diversas situações em que, sopesando os fatores jurídicos e econômicos de cada caso concreto, a Administração Pública estará autorizada a realizar acordos e transações, judicial e extrajudicialmente (a fim de evitar litígios ou o prolongamento destes).

Tradicionalmente, o Tribunal de Contas da União vem entendendo que não é possível o manejo da cláusula compromissória de arbitragem com a Administração Pública se não houver autorização legal para tanto (acórdãos 1271/2005 e 537/2006). Mas, antes disso, a fim de se caracterizar a possibilidade de disposição de patrimônio público desafetado, é importante distinguir entre arbitragem administrativa em sentido estrito (quando a Administração atua em nome de interesse

público primário e se submete à arbitragem), da arbitragem privada com a Administração (quando esta não está defendendo interesse público primário e se submete à arbitragem), e da atividade arbitral da Administração (quando ela atua como árbitro). Nessa distinção, bem se observa que a arbitragem administrativa estrita será pouco utilizada, diferentemente das outras situações.

Em sede legislativa, há previsão de aplicação da arbitragem na Lei das parcerias público-privadas (art. 11, III, Lei 11.079/2004) e também no art. 23-A da Lei 8.987/95, incluído pela Lei 11.196/2005. Além disso, nas leis das agências reguladoras há diversos dispositivos que impõem que as agências poderão dirimir, como árbitros, controvérsias entre as prestadoras de serviço público, como se vê do art. 3º, V, da Lei 9.427/96 (Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL), do art. 19, inc. XVII, da Lei 9.472/97 (Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL), do art. 20 da Lei 9.478/97 (Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP) e do art. 20, inc. II, da Lei 10.233/2001 (Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT e Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ). Deve ser ressaltado que as arbitragens levadas a efeito por essas agências têm sido acatadas pelo Poder Judiciário tranquilamente, à luz do princípio da deferência técnico-administrativa, como se colhe do precedente do STJ no REsp 1.171.688, de 23/6/2010. Estes não são casos específicos de arbitragem administrativa estrita, mas de atuação arbitral da Administração.

Outro instrumento interessante é a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal, atualmente regulada pelo art. 18 do Decreto 7.392/2010, e que tem como atribuição, basicamente, dirimir, por meio de conciliação, as controvérsias entre órgãos e entidades da Administração Pública Federal, bem como entre esses e a Administração Pública dos Estados, do Distrito Federal, e dos Municípios; e buscar a solução de conflitos judicializados, nos casos remetidos pelos ministros dos tribunais superiores e demais membros do Judiciário, ou por proposta dos órgãos de direção superior que atuam no contencioso judicial, podendo inclusive haver arbitragem a cargo do Consultor Geral da União, em conflitos entre União e demais entes federativos. São também casos nítidos de atuação arbitral da Administração.

Cite-se, ainda, apenas a título de referência, a existência da Lei de Arbitragem Administrativa do Estado de Minas Gerais (Lei 19.447/2011), a comprovar a plena aplicação da arbitragem no âmbito da Administração Pública.

Já no Direito Comparado, percebe-se a ampla aplicação dos meios alternativos envolvendo a Administração Pública em diversos ordenamentos, como pode se perceber: a) em Portugal, através da leitura do art. 180, item 1, alínea a, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, e da criação do Centro de Arbitragem Administrativa criado pelo Decreto-Lei n. 10, de 20/1/2011; b) na Itália, onde é possível a arbitragem de controvérsias relativas inclusive a posições estatais indisponíveis, como nos institutos de processo tributário “*accertamento con adesione*” e “*conciliazione giudiziale*”, conforme os acordos sejam pré-judiciais ou não; c) na Espanha, pela leitura do art. 107.2 da *Ley de Procedimiento Administrativo Común*, em que se permite o uso de arbitragem e outros meios alternativos em sede de recurso administrativo; e principalmente d) nos Estados Unidos da América, onde há leis que disciplinam programas de resolução alternativa de conflitos tanto em sede administrativa (ADRA – *Administrative Dispute Resolution Act of 1996*, 5 USCA, 571 et seq) quanto em sede judicial (ADR - *Alternative Dispute Resolutions Act of 1998*, 28 USCA, 651-658), que respondem pela prestação jurisdicional célere deste país, havendo inclusive disputas entre os órgãos administrativos para apresentação das melhores práticas (*best practices*) relativas à resolução dos conflitos no âmbito de cada órgão.

Ainda, no âmbito dos relatórios do Índice de Confiança da Justiça da FGV feitos a partir do quarto trimestre de 2010, é imperioso citar o bom indicativo de que a concordância com o uso dos meios alternativos à jurisdição está tomando vulto e importância. Trata-se da constatação de que os entrevistados, no patamar médio de 64%, aceitariam procurar meios alternativos de solução de conflitos, e de que esse número aumentava quanto mais jovens fossem os entrevistados (o que indica um bom prognóstico para o futuro dessas ações). O seguinte gráfico denota esse significativo percentual:

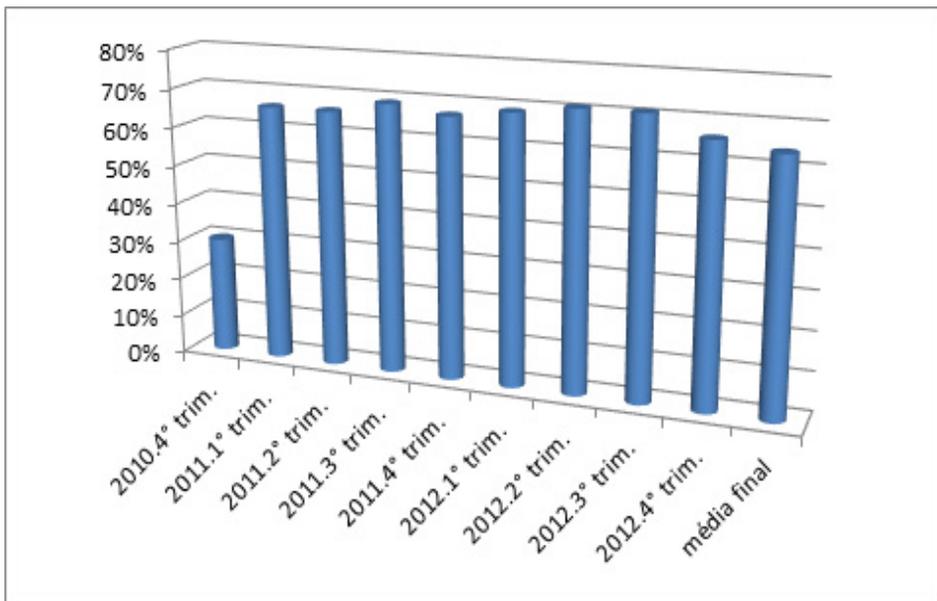


Figura 2: Evolução da concordância com a utilização de meios alternativos à jurisdição, segundo o ICJ/FGV.

Por fim, deve ser citada a Resolução 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça, que, inspirada na figura das ADRs (*Alternative Dispute Resolution*) do *common law*, instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesse, determinando que os órgãos judiciários deveriam, além da prestação jurisdicional mediante sentença, “oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação” (parágrafo único do art. 1º). Por meio dessa Resolução, os tribunais brasileiros foram obrigados a criar Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos e Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania e a promover a capacitação de juízes e servidores nos métodos consensuais de resolução de conflitos, tudo a demonstrar a importância dos meios alternativos à jurisdição, a fim de se atingir maior segurança jurídica e pacificação social. Acerca dessa Resolução e de seus resultados estatísticos no acompanhamento da pacificação social, vale destacar a percepção do magistrado e membro do Conselho Nacional de Justiça, José Guilherme Vasi Werner:

Não há dúvida de que a conciliação, a mediação e todos os métodos consensuais de solução de conflitos vêm ganhando espaço e credibilidade. Todos os tribunais do país, salvo algumas raras exceções, já vinham, antes mesmo da edição da Resolução n. 125, dedicando esforços para o desenvolvimento desses métodos. Arriscamos dizer que a sociedade está pronta para adotá-los. Os tribunais também estão preparados, e o Grupo Gestor da Conciliação os vem auxiliando nas adaptações para atendimento ao disposto na Resolução. Por isso mesmo é importante que desde o início os serviços relacionados aos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania sejam acompanhados e medidos, e que seus resultados sejam estatisticamente considerados no trabalho do Judiciário. Por certo que nem todas as informações precisam constar do Relatório Justiça em Números, cujo objetivo é apresentar uma visão macro do sistema judiciário. No entanto, a carga de trabalho e a taxa de congestionamento, por exemplo, podem sofrer significativas reduções por conta de um maior esforço em prol dos métodos consensuais de solução de conflitos, de modo que esses mereçam ser considerados de alguma forma no relatório. (PELUSO; RICHA, 2011, p. 294).

## 4.5 Segurança jurídica e a proteção da confiança

A ideia da fragilidade humana é também um produto cultural – que gerou, entre outros, a estética do medo e a teoria do contrato social. O homem busca sempre proteger-se e estar livre e seguro perante ameaças externas e internas, como a violência em todas as suas formas, o simples medo, as doenças, a dor, a morte ou o crime.

Pressuposta essa realidade, busca o homem confiar em outras pessoas e nos atos destas, além de confiar nas relações econômicas, comportamentais e políticas havidas em uma sociedade determinada. Não fosse essa confiança, reflexo da busca por maior segurança, e a sociedade atual deteria muito maior grau de complexidade, pela baixa previsibilidade do futuro. Como afirma Luhmann:

*La confianza, en el más amplio sentido de la fe en las expectativas de uno, es un hecho básico de la vida social. Por supuesto que en muchas situaciones, el hombre puede en ciertos aspectos decidir si otorga confianza o no. Pero una completa ausencia de confianza le impediría incluso levantarse en la mañana. Sería víctima de un sentido vago de miedo y de temores paralizantes. Incluso no sería capaz de formular una desconfianza definitiva*

*y hacer de ello un fundamento para medidas preventivas, ya que esto presupondría confianza en otras direcciones. Cualquier cosa y todo sería posible. Tal confrontación abrupta con la complejidad del mundo al grado máximo es más de lo que soporta el ser humano.* (LUHMANN, 2005, p. 5).

Mas não é dessa segurança que trata esse capítulo. Essa confiança de que se fala acima é a percepção individual acerca da segurança mínima que o homem deve ter. Segurança jurídica é outra coisa. É a dimensão social e intersubjetiva desse mesmo valor e princípio que é a confiança, proporcionada por um determinado ordenamento. Desse modo, alguém pode estar seguro de ameaças externas, em plena saúde, em sua casa, protegido da violência, mas viver em um Estado em que não haja qualquer proteção às suas legítimas expectativas de planejar sua vida conforme o ordenamento vigente. Essa segurança, estritamente jurídica, é delimitada preventivamente pelo Direito, e deve ser aplicada diariamente pela Administração e pelo Judiciário, na efetivação de direitos e solução de conflitos, respectivamente.

Ora, na sociedade atual, em que a velocidade da comunicação e do acesso à informação demonstram a relativização integral dos conceitos de tempo e espaço, é de se esperar que se almeje a maior segurança jurídica possível. Nesse mundo de espaço e tempo relativizados, os órgãos de quaisquer dos Poderes, em seus relacionamentos com os cidadãos, assumem compromissos públicos das mais diversas formas, em relação aos quais os cidadãos criam expectativas legítimas em seus cumprimentos.

Entretanto, por motivos diversos (independência decisória, mudança de gestão, erros administrativos, erro judiciário, morosidade, discricionariedade administrativa consistente em motivação econômica, política, financeira, social, internacional etc.), estes mesmos órgãos de poder, passado um determinado lapso de tempo, dão novo direcionamento a estes compromissos (modificando, anulando ou revogando seus atos), deliberando, ou sendo impostos, a outras escolhas que afetam diretamente a boa-fé e a confiança das pessoas nos atos estatais.

Assim, no estudo da segurança jurídica, especialmente no que atine à aferição da legalidade/constitucionalidade e legitimidade destas novas escolhas se faz necessário o estudo do princípio da proteção da

confiança, agregado ao cuidado de não se afetar o pleno exercício de qualquer das funções estatais, o que pode vir a prejudicar o interesse público primário.

### 4.5.1 O princípio da proteção da confiança e suas origens

Primeiramente, é indispensável diferenciar, na origem alemã, a segurança jurídica da proteção à confiança, confusão terminológica bastante comum no Brasil, pois enquanto a segurança jurídica (*Rechtssicherheit*) é de caráter objetivo, a proteção à confiança (*Vertrauensschutz*) é subjetiva. A respeito, J. J. Gomes Canotilho:

O princípio do Estado de direito, densificado pelos princípios da segurança e da confiança jurídica, implica, por um lado, na qualidade de elemento objectivo da ordem jurídica, a durabilidade e permanência da própria ordem jurídica, da paz jurídico-social e das situações jurídicas; por outro lado, como dimensão garantística jurídico-subjectiva dos cidadãos legitima a confiança na permanência das respectivas situações jurídicas. Daqui a idéia de uma certa medida de confiança na actuação dos entes públicos dentro das leis vigentes e de uma certa protecção dos cidadãos no caso de mudança legal necessária para o desenvolvimento da actividade de poderes públicos. (CANOTILHO, 1993, p. 374-375).

Segundo Hartmut Maurer, o princípio da proteção à confiança tem sua origem na sentença do Tribunal Administrativo de Terceira Instância de Berlim, de 14/11/1956, DVBl., 1957, 503., em que, no embate entre a segurança jurídica e o princípio da legalidade (sempre alegado pela Administração para se permitir a invalidação de atos administrativos com efeitos *ex tunc*) até então prevalecente, passou-se a privilegiar a limitação da retratabilidade e invalidação de atos administrativos com efeitos benéficos a terceiros, respeitando-se a necessidade de proteção à confiança dos administrados, que teria assento axiológico tanto na certeza jurídica, quanto na boa-fé e na lealdade, que devem permear a ética do estado de direito social. Posteriormente ele seria consagrado no § 48 da Lei de Processo Administrativo Alemã de 1976 (*Verwaltungsverfahrensgesetz*).

Segundo esse dispositivo, a Administração não poderia, em um processo de invalidação de ato dela emanado, sob o *argumentum ad verecundiam* da necessidade de se respeitar irrefletidamente a legalidade, desconsiderar a confiança do cidadão e os efeitos práticos do ato a ser invalidado, por mais invalidade que este detenha. Deve ser compatibilizada a proteção objetiva à segurança jurídica com a proteção da legalidade, a evitar a permanência no ordenamento de um ato ilegal e nulo (§ 1º do art. 48 da VwVfg), e também com a proteção subjetiva da confiança legítima, que pode até ser vedada (§§ 2º, 3º, 4º e 5º do art. 48 da VwVfg), como em situações em que o administrado induza a Administração a erro ou atue com dolo ou má-fé, ou não tenha qualquer atuação positiva a ser protegida. E como essa participação do administrado no ato invalidado ocorre excepcionalmente na vida real, não há fundamentação adequada na regra que determina a nulidade e a não produção de quaisquer efeitos do ato administrativo nulo sem considerar a confiança incutida no administrado, pois do contrário a norma estaria distante da realidade. A invalidação de um ato administrativo (permitida pela ótica objetiva da segurança jurídica) deveria, portanto, ser diferenciada da invalidação dos efeitos por ele produzidos (permitida com efeitos *ex nunc* em regra, pela ótica subjetiva da proteção da confiança).

Posteriormente ao início de sua aplicação em terras alemãs, o princípio da proteção da confiança foi acolhido e disperso pelo direito comunitário europeu e pelos direitos nacionais dos países europeus. O princípio é sistematizado por Hartmut Maurer<sup>32</sup>:

Proteção à confiança deve ser então aceita, quando (1) o beneficiado confiou na existência do ato administrativo, (2) sua confiança é digna de proteção e (3) seu interesse de proteção perante o interesse público prepondera no restabelecimento da legalidade. A dignidade da proteção da confiança deve ser negada, (a) quando o beneficiado deixou o ato administrativo cair em desuso ou o obteve por outro meio desleal, (b) quando ele conhecia a antijuridicidade ou devesse conhecê-la ou (c) quando a antijuridicidade situa-se em seu âmbito de responsabilidade (por exem-

---

32 Deve ser salientado que o conceito de retratação da doutrina alemã é correlato ao nosso conceito lato de invalidação, abrangendo os institutos brasileiros da anulação e da revogação, mencionando a existência de retratação de atos administrativos jurídicos (revogação) e de atos administrativos antijurídicos (anulação).

plo, porque ele deu declarações errôneas, em que é insignificante se nisso lhe toca uma culpa ou não). Ademais, em regra, proteção à confiança somente é concedida, quando o beneficiado “atuou” sua confiança, ao ele tomar medidas ou disposições correspondentes (BVerwGE 24, 294, 296; comparar, porém, também – ainda duvidadora – BverwGE 48, 87, 93). A ponderação conduz, em atos administrativos com efeito de duração, regularmente a isto, que o ato administrativo, sem dúvida, pode ser retratado *ex nunc*, mas não *ex tunc*. Mas também excepcionalmente pode uma retratação *ex nunc* ser inadmissível, ou seja, então, quando o beneficiado, em confiança na existência do ato administrativo, alterou suas condições de vida incisiva e duradouramente e não mais corrigível [...]. Uma diferenciação correspondente entra em consideração junto a atos administrativos que, sem dúvida, têm como objeto uma prestação única, mas até agora somente em parte estão executados (retratação parcial, comparar BVerwGE 10, 308). Em decisões mais recentes, finalmente, ainda é direcionado a isto, se a retratação para o beneficiado é exigível (comparar BVerwGE 40, 147, 149) (sic). (MAURER, 2006, p. 325).

O princípio da proteção da confiança deve ser aplicado a quaisquer atos dos entes estatais, de quaisquer dos Poderes, contudo, de acordo com as especificidades e o tempo de cada Poder, como bem acentua Valter Shuenquener de Araújo:

O princípio da proteção da confiança pode provocar sérias objeções quando manejado de uma forma que impeça o pleno exercício de qualquer das funções estatais. Quando empregado para proteger o particular diante de atos legislativos, o princípio acaba interferindo na liberdade de configuração política desse poder. Em face do administrador público, ele demanda uma revisão no exercício da sua discricionariedade. E, quando atua em relação aos atos jurisdicionais, a proteção da confiança pode ameaçar a independência do magistrado. Não é possível, do ponto de vista teórico e prático, estudar e aplicar o princípio da proteção da confiança uniformemente em relação a todos os tipos de manifestação do poder estatal. Cada uma das funções primordiais dos poderes republicanos é capaz de criar e frustrar a confiança do particular de uma maneira específica. Cada poder tem feições próprias. Aliás, isso tem relação direta com o fato de cada poder estatal dirigir sua atenção primordialmente para um determinado momento temporal. Usualmente, o Poder Legislativo se ocupa do futuro, o Executivo se volta para o presente, enquanto que o Judiciário se preocupa com o passado. (ARAÚJO, 2009, p. 165).

Lembre-se que a proteção à confiança (ainda que confundida com segurança jurídica) não é novidade no ordenamento, já que desde a edição das Leis n. 9.868/99 (art. 27) e 9.882/99 (art. 11), existe e é amplamente utilizada pelo Supremo Tribunal Federal a prerrogativa de restringir, em processos de controle concentrado de constitucionalidade, e tendo em vista por exemplo razões de segurança jurídica, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo (invalidação *lato sensu*), afirmando que a eficácia desta invalidação só se dará a partir do trânsito em julgado ou a partir de qualquer outro momento a ser fixado, posterior ou anterior à decisão.

Ou seja, claramente se extrai do ordenamento que o processo de verificação de inconstitucionalidade de determinado ato normativo (conceito no qual se inserem alguns atos administrativos) é distinto dos efeitos do ato tido por inconstitucional. Do mesmo modo, não faz sentido que no processo administrativo o mesmo raciocínio não seja adotado e continuem sendo confundidas a invalidação em si com os efeitos do ato invalidado – que podem e devem ser protegidos, de acordo com a confiança legítima dos cidadãos em tais atos. Ora, se um ato considerado inconstitucional pode, mesmo após a decisão do STF, manter efeitos prospectivos no tempo, por que o ato administrativo nulo, invalidado pela própria Administração, ou o ato legislativo do qual decorra efeitos concretos, posteriormente anulado, não poderiam ter seus efeitos benéficos ao cidadão respeitados?

Ora, a finalidade do princípio da proteção da confiança é exatamente assegurar ao cidadão a estabilidade de suas expectativas legítimas em face de mudanças de posturas estatais que surpreendam o cidadão e/ou retroajam em seu desfavor, pois normas e atos emanados do Estado não podem ter um olhar oblíquo e único para o presente e projetar um futuro que desconsidere por completo as consequências dos atos individuais realizados sob um contexto passado, até então autorizado.

Assim, não sendo possível a manutenção destes atos estatais, e devendo a confiança do cidadão ser protegida, tal princípio demanda ou por regras claras de transição ou por indenizações compensatórias justas, ampliando a estabilidade e a proteção jurídica do cidadão perante a Ad-

ministração Pública e demais órgãos estatais, e sem cercear as funções destes, como afirma Patrícia Baptista<sup>33</sup>:

Embora o princípio em causa não se preste a garantir a permanência das normas revogadas, por seu intermédio se assegura ao menos que as novas regras não incidam abruptamente. Trata-se de dar, ao particular que confiou, um tempo para que ele possa se adaptar às novas regras por meio da previsão de um regime transitório, minimizando seus prejuízos (BAPTISTA, 2007, p. 12).

## 4.5.2 A proteção da confiança nos atos da Administração

Algumas vezes as mutações de direcionamento dos compromissos assumidos pelos órgãos do poder administrativo têm como concausa a participação do indivíduo, como costuma ocorrer quando há má-fé ou dolo de sua parte, fazendo o Estado, em especial a Administração, incidir em erro. Porém, na grande maioria das ocorrências, as instituições estatais é que procedem à alteração, sem qualquer participação do cidadão, a ensejar esta modificação de vontade. E, nestas ocasiões, o que costuma ocorrer é que, sob a fundamentação de que o ato ofenderia o princípio da legalidade e que o Estado teria que autotutelar o interesse público, dever-se-ia invalidar o ato administrativo, desconsiderando quaisquer efeitos produzidos pelo ato inquinado de nulo. Ocorre, porém, que essa é uma premissa insuficiente.

Ora, sabe-se que a diferença entre atos nulos e atos anuláveis provém do Direito Privado, sendo descritas as duas categorias nos arts. 166 e 171 do Código Civil. Assim, segundo este diploma, duas notas básicas diferenciariam os dois tipos de atos inválidos: os atos nulos podem ser invalidados *ex officio* e não admitem confirmação ou convalidação, enquanto os anuláveis admitem convalidação e precisam de manifestação do interessado para decretar sua anulabilidade. Essa dicotomia entre atos nulos e anuláveis também foi abordada nos arts. 2º e 3º da Lei 4.717/65, e de-

---

33 Conferir tese de doutorado defendida em 2006, na USP, cujo título é Segurança jurídica e proteção da confiança legítima no Direito Administrativo: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro.

monstra nítida transposição acrítica de institutos do direito privado para o direito público, sem a devida atualização e constitucionalização.

Com base nessa diferenciação, presente desde os tempos do Código Civil de 1916, o Supremo Tribunal Federal editou, na longínqua data de 03/12/1969, a súmula 473, em que se diz que:

A Administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque dele não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Desde então, tanto a jurisprudência como a doutrina, têm afirmado majoritariamente que dos atos administrativos nulos, invalidados pela própria Administração, em exercício de autotutela, não se gerariam direitos a serem protegidos. Esta súmula 473 do STF ditou o entendimento que prevaleceu na edição da Lei de Processo Administrativo, pois segundo a Lei 9.784/99: a Administração tem o poder-dever de anular seus atos quando ilegais, ou revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, sempre se respeitando os direitos adquiridos (art. 53); para invalidar atos nulos de que decorram efeitos favoráveis aos destinatários a Administração terá o prazo de 5 (cinco) anos, salvo comprovada má-fé (art. 54), ocasião em que este prazo da Administração não será observado; de outro lado, se estes atos forem sanáveis, poderão ser convalidados, desde que não afetem interesse público (*lato sensu*) nem prejudiquem terceiros (art. 55). Deste modo, segundo a Lei 9.784/99, tem-se que atos administrativos ilícitos podem ser anulados ou revogados, e também convalidados.

Mas, a despeito dos questionamentos acerca do largo prazo de cinco anos para anulação de atos administrativos<sup>34</sup>, diante da sistemática adotada no ordenamento brasileiro pergunta-se: atos administrativos nulos podem ser convalidados? Podem ter seus efeitos preservados, ainda que tais atos não sejam sanáveis? Uma vez anulado o ato, o que fazer com a

---

34 Antonio do Passo Cabral (2010, p. 266) nos lembra que “Frederico Marques buscou adaptar solução da jurisprudência francesa, identificando o prazo para o Estado anular seus atos com aquele para o respectivo recurso contencioso, ou seja, o prazo para o mecanismo processual que o interessado teria para alegar a invalidade e impugnar o ato administrativo. O prazo desse ‘recurso’ contencioso no Brasil seria o do mandado de segurança, ou seja, 120 dias. Ao contrário da opção anterior [os cinco anos da Lei n. 9.784/99], esta solução prezaria pela celeridade”.

confiabilidade do administrado que acreditou na aparência de legalidade e na presunção de legitimidade daquele, e pautou ativamente sua conduta através das emanções daquele ato, como por exemplo no caso de um servidor público exonerado do cargo que ocupava por alguma nulidade em sua nomeação, três anos após tal ato?

Em síntese, a dogmática alemã desse princípio poderia ser transposta dogmaticamente ao Brasil, incursionando-se no manejo do princípio da proteção da confiança sempre que se analisar a invalidação de atos estatais e os efeitos jurídicos destes. Isto induz, por sua vez, a uma releitura ampla da Súmula 473 do STF e à aceitação de que, embora seja em regra permitida a invalidação de um ato a qualquer tempo (respeitado o prazo decadencial de 5 anos do art. 54 da Lei 9.784/99 ou de 10 anos do art. 103-A da Lei 8.213/91) a contar da data do ato administrativo a ser invalidado, os efeitos desta invalidação quando o ato for favorável ao administrado, devem ser diferenciados da invalidação em si, em nome da segurança jurídica e da confiança legítima. É como demonstra Bruno Aurélio:

[...] comprovada a boa-fé do destinatário do ato sob invalidação, a segurança jurídica, especialmente quanto à proteção da confiança e da boa-fé, imporá sua proteção, resguardando os efeitos jurídicos já produzidos e fixando o dever de ressarcimento. A incidência desses princípios resultou na consequente e imprescindível reavaliação dos possíveis efeitos que a invalidação pode gerar. Desta sorte, a vetusta posição no sentido de que a invalidação apenas opera efeitos *ex tunc* não deve mais prevalecer sobre os atos ampliativos de direito, para os quais a retirada deverá operar efeitos *ex nunc*. Isso porque tais atos, pressupondo-se válidos antes de ocorrida sua retirada, produziram efeitos positivos sobre a esfera de direitos do particular de boa-fé, situação jurídica protegida pelo sistema normativo. (AURÉLIO, 2011, p. 224-225).

Conseqüentemente, em nome da segurança jurídica, os efeitos da invalidação do ato administrativo em regra não deverão retroagir, independentemente de o ato ser nulo ou anulável; salvo se, em juízo de ponderação de princípios, perceber-se que a proteção à confiança deve ser negada, o que ocorrerá, como já se viu, quando: (a) o ato caiu em desuso; (b) o ato administrativo adveio de dolo ou má-fé do administrado; (b) a ilegalidade do ato era conhecida do administrado; (c) a ilegalidade do ato

(ou erro da administração) foi causada pelo administrado, ainda que sem culpa; e (d) o administrado não tomou positivamente qualquer atitude ou iniciativa correspondente ao ato administrativo que mereça proteção. Por fim, se comprovada a má-fé do interessado, o prazo decadencial não mais será contado da data em que o ato administrativo a ser invalidado foi praticado, mas sim a partir do momento em que a autoridade administrativa toma conhecimento desse ato, o que explicaria a expressão “salvo comprovada má-fé”.

O estudo e a aplicação prática do princípio da proteção da confiança legítima podem colaborar na resolução desse dilema, que ainda está longe de ser respondido adequadamente no Brasil. Contudo, apesar de algumas dificuldades doutrinárias e jurisprudenciais, o princípio da proteção à confiança legítima tem sido defendido em recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, como se vê dos seguintes julgados:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO. REVISÃO. FILHA SOLTEIRA MAIOR DE 21 ANOS. QUESTÃO DECIDIDA PELO TRIBUNAL A QUO EXCLUSIVAMENTE À LUZ DE INTERPRETAÇÃO DE LEI LOCAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 280 DO STF. REPERCUSSÃO GERAL AFASTADA PELO PLENÁRIO VIRTUAL NO JULGAMENTO DO RE 610220 RG. 1. A repercussão geral pressupõe recurso admissível sob o crivo dos demais requisitos constitucionais e processuais de admissibilidade (art. 323 do RISTF). Consectariamente, se o recurso é inadmissível por outro motivo, não há como se pretender seja reconhecida a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso (art. 102, III, § 3º, da CF). 2. A ofensa ao direito local não viabiliza o apelo extremo (Súmula 280 do STF). Precedentes: AI 835.748-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, Dje de 01.08.2011; AI 461.855-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, Dje de 30.4.2010 e AI 544.721-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Dje de 31.10.2007; AI 694.656-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, Dje de 12.03.2009. 3. A violação reflexa e oblíqua da Constituição Federal decorrente da necessidade de análise de malferimento de dispositivo infraconstitucional torna inadmissível o recurso extraordinário. 4. Ademais, a controvérsia sub examine – direito a percepção de pensão por filha solteira maior de 21 anos com fulcro em lei estadual - já fora objeto de análise pelo Plenário Virtual da Corte, no julgamento do RE n.º 610.220, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, o qual rejeitou a repercussão geral da matéria por entendê-la como de índole in-

fraconstitucional, restando assim ementado, in verbis: “ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. DIREITO À PENSÃO PARA FILHA SOLTEIRA MAIOR DE 21 ANOS. LEI ESTADUAL 7.672/82 DO RIO GRANDE DO SUL. APLICAÇÃO DOS EFEITOS DA AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL TENDO EM VISTA TRATAR-SE DE DIVERGÊNCIA SOLUCIONÁVEL PELA APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESTADUAL. INEXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL”.

5. In casu, o acórdão recorrido assentou: “AGRAVO LEGAL QUE ALVEJA DECISÃO DO RELATOR QUE DEU PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO DO ORA AGRAVADO. PENSÃO POR LEGADO. O REGRAMENTO VIGENTE À EPOCA DOS FATOS RECONHECIA O DIREITO AO PENSIONAMENTO EM TELA. NECESSIDADE DE SE RESPEITAR O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA, NA SUA VERTENTE SUBJETIVA QUE É A PROTEÇÃO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA, NOTADAMENTE PORQUE A CONDIÇÃO DE PENSIONISTAS FOI RECONHECIDA EM 19/09/86. A PENSÃO DO REGIME ESPECIAL DE PREVIDÊNCIA DEVE CORRESPONDER AO PERCENTUAL DE 100% DOS VENCIMENTOS OU PROVENTOS PERCEBIDOS PELO SERVIDOR FALECIDO COMO SE VIVO ESTIVESSE. EXEGESE DOS §§ 7º E 8º DO ART. 40 DA CF, COM A REDAÇÃO ATRIBUÍDA PELA EC 20/98. HONORÁRIOS FIXADOS COM APREÇO À RAZOABILIDADE E AO COMANDO DO ARTIGO 20, § 4º, DO CPC. APLICAÇÃO DA SÚMULA 68 DESTA CORTE. TAXA JUDICIÁRIA DEVIDA, NA FORMA DA SÚMULA 76 DO TJRJ. DECISÃO PROLATADA DENTRO DA PRERROGATIVA CONFERIDA AO RELATOR NO CAPUT DO ART. 557 DO CPC. AUSÊNCIA DE ABUSO, EXCESSO OU DESVIO DE PODER. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.”

6. Agravo regimental a que se nega provimento. (ARE 704882 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 18/12/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-032 DIVULG 18-02-2013 PUBLIC 19-02-2013)

EMENTA: ATO ADMINISTRATIVO. Terras públicas estaduais. Concessão de domínio para fins de colonização. Área superior a dez mil hectares. Falta de autorização prévia do Senado Federal. Ofensa ao art. 156, § 2º, da Constituição Federal de 1946, incidente à data dos negócios jurídicos translativos de domínio. Inconstitucionalidade reconhecida. Nulidade não pronunciada. Atos celebrados há 53 anos. Boa-fé e confiança legítima dos adquirentes de lotes. Colonização que implicou, ao longo do tempo, criação de cidades, fixação de famílias, construção de hospitais, estradas, aeroportos, residências, estabelecimentos comerciais, industriais e de serviços, etc. Situação factual consolidada. Impossibilidade jurídica de anulação dos negócios, diante das consequências desastrosas que, do ponto de vista pessoal e socioeconômico, acarretaria. Aplicação dos

princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança legítima, como resultado da ponderação de valores constitucionais. Ação julgada improcedente, perante a singularidade do caso. Votos vencidos. Sob pena de ofensa aos princípios constitucionais da segurança jurídica e da proteção à confiança legítima, não podem ser anuladas, meio século depois, por falta de necessária autorização prévia do Legislativo, concessões de domínio de terras públicas, celebradas para fins de colonização, quando esta, sob absoluta boa-fé e convicção de validade dos negócios por parte dos adquirentes e sucessores, se consolidou, ao longo do tempo, com criação de cidades, fixação de famílias, construção de hospitais, estradas, aeroportos, residências, estabelecimentos comerciais, industriais e de serviços, etc.. (ACO 79, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-103 DIVULG 25/5/2012 PUBLIC 28/5/2012)

### 4.5.3 A proteção da confiança nos atos do legislador

Os atos legislativos existem com a finalidade de criar, delimitar ou extinguir direitos. Mas, sempre com vistas ao futuro, e atrelados ao direito já existente, em especial às normas constitucionais de controle de constitucionalidade. Desse modo, a atividade legislativa deve ter um espaço de liberdade criativa maior, sob pena de cerceamento daqueles que exercem mandatos representativos dos interesses da sociedade.

Todavia, isso não significa que o legislador tenha uma ‘carta branca’ e não deva ter o cuidado com a segurança jurídica, no exercício de sua competência constitucional. Disso resulta o dever de que o legislador não desconsidere as expectativas que serão frustradas com a prática do ato normativo que se propõe, preocupando-se, sempre que possível, com a criação de normas de transição para as mudanças que causem impactos nas expectativas alheias. Não o fazendo, provocará incerteza jurídica indesejada, e, provavelmente, mais dificuldades para o exercício das demais funções do Estado, especialmente na atividade regulamentadora do Poder Executivo, e na solução de conflitos inerente ao Poder Judiciário. Por esse motivo e também pelo fato de que não se deve fazer experiências inseguras com o direito à democracia, não é aceitável o argumento de que

é possível e razoável a provocação de mutações ou reformas constitucionais por meio da tese do experimentalismo democrático, como defende Thamy Pogrebinski:

Em tese, portanto, se um governo sabe que detém maioria no Legislativo, mas não pode controlar as variáveis das quais depende o seu sucesso no Judiciário, talvez ele prefira fazer suas políticas através da Constituição e não da legislação ordinária. A prática política brasileira está repleta de situações que estabelecem paradoxos para a teoria. Uma apreciação qualitativa dos fatos permite perceber que há circunstâncias nas quais votar uma emenda à Constituição pode ser preferível a votar uma lei complementar, a despeito da extensão da constitucionalização do direito e a despeito da dinâmica interna e do sucesso estimado das coalizões majoritárias existentes para dar sustentação ao governo. Pode ser bastante racional e razoável que o Legislativo prefira colocar em votação uma emenda constitucional em vez de um projeto de lei complementar, a despeito das preferências específicas das maiorias e minorias envolvidas. Há casos, como o analisado nas últimas páginas, em que há um ator aparentemente invisível em jogo, travando com o Legislativo um diálogo silencioso. Há casos, como este, em que a opção pela emenda constitucional pode ser um expediente consensual justamente destinado a possibilitar que aquelas preferências se reorganizem com o tempo. Não obstante a incerteza que cerca seja o desfecho do silencioso diálogo institucional, seja a protelação da definição das preferências legislativas, o Poder Legislativo parece apostar que, em qualquer caso, sua decisão se beneficiará de mais deliberação. Isso não se chama consequências do ativismo judicial. Isso tampouco se chama estratégia legislativa. Isso se chama experimentalismo democrático. (POGREBINSCHI, 2011, p. 160-161).

Portanto, o Poder Legislativo também deve observar o princípio da confiança. O legislador não detém um 'cheque ao portador legiferante' para modificar as leis que presidem o Estado sem observar o ordenamento em vigor, e principalmente a Constituição que lhe delimita a atuação. O direito às mutações legislativas não é soberano e absoluto. As leis que já existem, tão somente pelo fato de já serem o que são, devem ser minimamente respeitadas, e maiorias de momento não podem mudar o perfil legiferante do Estado ao arrepio da segurança jurídica daqueles que se encontravam autorizados pelo panorama anterior à modificação das maiorias.

E, se ainda assim tiver que ser modificado o corpo legislativo, o parlamento deverá calcular o impacto e as consequências de seus atos por meio, como já se disse, do estabelecimento de regimes de transição ou de medidas reparatórias àqueles que se encontravam sob o pálio do regime predecessor. O Supremo Tribunal Federal, na análise da aplicabilidade da Lei da Ficha Limpa (LC 135/2010) às eleições de 2010, defendeu a proteção da confiança legítima como justificativa para impedir sua eficácia imediata, respeitando-se a anterioridade das normas eleitorais:

**Ementa:** RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. LEI COMPLEMENTAR Nº 135/10 (LEI DA FICHA LIMPA). INAPLICABILIDADE ÀS ELEIÇÕES GERAIS OCORRIDAS EM 2010. PRECEDENTE FIRMADO NO JULGAMENTO DO RE Nº 633.703, SESSÃO PLENÁRIA DE 23.03.2011. AUTORIZAÇÃO PARA APLICAÇÃO MONOCRÁTICA DA TESE. INDEFERIMENTO DE REGISTRO DE CANDIDATURA A SENADOR DA REPÚBLICA. CONDENAÇÃO PROFERIDA POR ÓRGÃO COLEGIADO FUNDADA EM CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. PROCESSUAL. ARGUIÇÃO DE NULIDADE DE ATOS PROCESSUAIS PRATICADOS APÓS SUSCITADA A SUSPEIÇÃO DE MINISTRO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ALEGADA CAUSA DE SUSPENSÃO DO PROCESSO (CPC, ART. 265, III). SUSPEIÇÃO DESINFLUENTE PARA O JULGAMENTO MONOCRÁTICO DO RECURSO, DE VEZ QUE NÃO DIRIGIDA AO RELATOR. MANIFESTA IMPERTIÊNCIA QUE AFASTA A SUSPENSÃO AUTOMÁTICA DO PROCESSO. PUBLICAÇÃO DE ACÓRDÃO “EM SESSÃO” NO ÂMBITO DA JUSTIÇA ELEITORAL. AUSÊNCIA DE INTEIRO TEOR DO ACÓRDÃO RECORRIDO OU DE NOTAS TAQUIGRÁFICAS NOS AUTOS. DEFEITO NÃO IMPUTÁVEL AO RECORRENTE. JUNTADA POSTERIOR DO ACÓRDÃO EM RESPOSTA A OFÍCIO EXPEDIDO À PRESIDÊNCIA DO TSE. INOCORRÊNCIA DE INADMISSIBILIDADE. GARANTIA DA IMPARCIALIDADE. ALEGAÇÃO DE IMPEDIMENTO DE MINISTRO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUE PARTICIPOU DE VOTAÇÃO EM LEADING CASE NO QUAL SE FIRMOU A TESE JURÍDICA A SER APLICADA AOS RECURSOS SOBRE IDÊNTICA CONTROVÉRSIA. VÍCIO DE IMPARCIALIDADE QUE DEMANDA CONFIGURAÇÃO IN CONCRETO NO PROCESSO SUBJETIVO. SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL CONFORME REGIME INSTITUÍDO PELA LEI Nº 11.418/08. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO ÀS GARANTIAS DO JUIZ NATURAL, DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA VEDAÇÃO AOS TRIBUNAIS DE EXCEÇÃO. DIREITO ELEITORAL. PRECEDENTE DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

NO RE Nº 634.250/PB, REL. MIN. JOAQUIM BARBOSA. INAPLICABILIDADE DA CLAÚSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO (CF, ART. 97) À HIPÓTESE DE REJEIÇÃO DE TESE DE INCONSTITUCIONALIDADE POR ÓRGÃO FRACIONÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. A cognominada Lei da Ficha Limpa não é aplicável às eleições realizadas no ano de 2010, por força da incidência do art. 16 da Constituição Federal e dos princípios constitucionais da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima, que asseguram a estabilidade nas regras do processo eleitoral (RE n. 633.703, Relator o Ministro Gilmar Mendes, sessão Plenária de 23.6.2011). 2. Destarte, assenta-se no acórdão recorrido que a referida condenação ensejaria apenas a perda do cargo segundo a redação original da LC nº 64/90, sem atrair a consequência da inelegibilidade por oito anos instituída de acordo com a redação conferida pela LC nº 135/10 ao art. 1º, I, 'j' da LC n. 64/90. 3. O indeferimento da candidatura do recorrente para as eleições de 2010, no acórdão recorrido, tem por premissa a aplicabilidade ao caso da nova redação conferida ao art. 1º, I, 'j', da Lei Complementar nº 64/90 pela Lei da Ficha Limpa (LC n. 135/10), que instituiu o prazo de inelegibilidade de oito anos como consequência da condenação por captação ilícita de sufrágio por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, o que não se harmoniza com a regra constitucional da anterioridade eleitoral insculpida no art. 16 da Constituição, conforme entendimento desta Suprema Corte. [...] (RE 636359 AgR-segundo, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 03/11/2011, DJe-224 DIVULG 24-11-2011 PUBLIC 25-11-2011 EMENT VOL-02633-01 PP-00086)

Enfim, espera-se que qualquer parlamentar objective que uma proposição que por ele foi feita tenha a maior estabilidade e perenidade possível, produzindo efeitos perante o corpo social; e, se assim deve ser, o mínimo respeito ao ordenamento precedente e às expectativas por ele geradas deve ser ínsito à atividade parlamentar do presente. Quando o Legislativo não age dessa forma, produzindo textos normativos das mais variadas formas e com os mais diversos sentidos (inclusive conflitantes entre si) a atividade parlamentar passa a ser fator de significativa e indesejada insegurança jurídica, como afirma Patrícia Baptista: “a inflação legislativa, a instabilidade das leis e a imprecisão do seu conteúdo são fatores que contribuíram para que a legalidade deixasse de ser a única expressão da segurança jurídica” (BAPTISTA, 2006, p. 58).

#### 4.5.4 A proteção da confiança nas mutações jurisprudenciais

Em relação à aplicação do princípio da proteção da confiança no exercício da jurisdição, até então, tem prevalecido nos debates teóricos nacionais o princípio da independência judicial, a impedir interferências no labor judicial. No entanto, parece que ambos os princípios são compatíveis, sendo possível que a independência judicial conviva plenamente com a necessidade de se respeitar a estabilidade jurisprudencial, em nome da proteção da confiança do jurisdicionado. Neste sentido, Teresa Wambier aborda importante comparação entre o comportamento dos juízes ingleses com os juízes brasileiros:

A ideia de que os juízes ingleses possam não respeitar precedentes é tratada com estranhamento pela doutrina, simplesmente porque este comportamento não ocorre. Não há uma sanção aplicável aos juízes que não respeitam o *stare decisis*. Eles o fazem por razões 'ligadas à sua reputação e por medo de críticas'. Quando precedentes não são seguidos, justifica-se a conduta com base num *distinguish* ou se faz um *overruling*, com apoio em convincentes argumentos. Juiz que se recusa, sistematicamente, a seguir precedentes na Inglaterra é algo que se vê muito raramente, ou não se vê, fora da literatura de ficção. Interessante, como observamos antes, na parte introdutória, haver juízes no Brasil que se sentem diminuídos, pelo fato de terem de curvar-se a jurisprudência dominante de um tribunal superior ou a uma súmula vinculante. Há quem reconheça, felizmente, que a dispersão da jurisprudência e a falta de estabilidade comprometem fundamentalmente a credibilidade do Poder Judiciário como um todo. [...] Penso que isso ocorre também no Brasil: excesso de dispersão jurisprudencial desacredita o Judiciário e decepciona o jurisdicionado. É um mal para a sociedade. (WAMBIER, 2012, p. 39-40).

A aplicação do princípio da proteção da confiança também em relação à atividade judicial advém justamente do fato de ser necessária uma compatibilização mínima da necessidade de proteção de expectativas com a independência judicial, já que alterações bruscas de entendimentos jurisprudenciais consolidados nos tribunais devem ser impedidas. Essas alterações até poderiam ocorrer, mas desde que diante de fundamentação minuciosa, racional e segura, com abertura interpretativa às partes e

com um contraditório amplo e material, envolvendo a participação efetiva das partes do caso concreto e de eventuais terceiros interessados na permanência ou alteração daquele *status quo*.

De se grifar, por outro lado, que estas necessidades conflagradas pelo princípio da proteção da confiança do jurisdicionado se fazem ainda mais presentes, com a possibilidade, já delineada anteriormente, de produção de verdadeiras normas judiciais de vinculação ampla e imediata, por meio da teoria dos precedentes judiciais e das súmulas vinculantes<sup>35</sup>. Ora, a confiança não deve engessar o Direito e sua interpretação; mas o cidadão que confia na interpretação até então existente nos tribunais, em especial nas cortes constitucionais, deve ser respeitado.

Reitera-se: não se está a cercear a independência judicial, mas é possível que a mudança de entendimento, em especial decisões vinculantes ou de cunho coletivo emanadas das cortes superiores – já que existem os recursos, que visam à correção de erros e distorções – venha a incidir apenas sobre fatos ocorridos após seu devido conhecimento. Mais uma vez, importante referir a obra de Valter Shuenquener de Araújo, que, por sua vez, é embasada em importante estudo de Luís Roberto Barroso sobre modificações de entendimento do Supremo Tribunal Federal:

Uma modificação na jurisprudência em matéria tributária, por exemplo, poderia acarretar, indevidamente, a necessidade de pagamento de um tributo por um particular que, em razão de um entendimento anterior, não era considerado sujeito passivo tributário. Uma alteração jurisprudencial dessa maneira pode, portanto, prejudicar um particular com a mesma gravidade que uma alteração promovida por uma lei [...]. Na visão do particular, inclusive, é indiferente se a alteração de sua situação jurídica decorre de uma alteração legal ou jurisprudencial. Em algumas circunstâncias, aliás, uma substancial modificação de uma determinada orientação jurisprudencial pode ser até mais dramática que uma mudança de menor relevância em um texto legal. Seria justo transferir apenas ao particular todos os ônus oriundos de uma mudança de jurisprudência que lhe é desfavorável? (ARAÚJO, 2009, p. 176).

---

35 Conforme dissertação de mestrado apresentada em 2007 na UERJ por Patrícia Perrone Campos Mello, sob o título “O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo”.

Outro fator que justifica a aplicação de tal princípio ao Poder Judiciário é a necessidade de coerência sistêmica e unidade de tal Poder, de modo que decisões diretamente conflitantes em matéria unicamente de direito não são justificáveis, se existentes precedentes vinculativos sobre a matéria. O cidadão, embora deva estar ciente de que o Judiciário funciona através de instâncias hierarquizadas, confia em que essas instâncias se comuniquem e estabeleçam comportamentos harmônicos, e não consegue acreditar que haja justificação possível para a conduta de um tribunal inferior ou juiz singular que afronta, sem qualquer fundamentação plausível (*distinguish*), um precedente vinculativo de corte superior. Apenas se este ainda não existe, seja na forma de decisão definitiva do caso concreto, seja na forma de precedente superior, é que sua confiança prescinde de proteção, pois a reforma do entendimento ainda será possível. Do contrário, deverá ser protegida.

Todas essas perplexidades relacionadas ao Poder Judiciário conduzem, por conseguinte, ao questionamento acerca da jurisprudência que envolve a possibilidade de relativização da coisa julgada trazida no art. 741, parágrafo único<sup>36</sup>, do Código de Processo Civil brasileiro. Segundo os tribunais, esse dispositivo é plenamente aplicável a fatos pretéritos à decisão judicial que relativiza a coisa julgada, respeitado apenas o limite da data de sua inserção no ordenamento. Eis, por exemplo, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. JUIZ CLASSISTA. CONVERSÃO DE VENCIMENTOS DE CRUZEIRO REAL PARA URV. REPOSIÇÃO SALARIAL. DIFERENÇA DE 11,98%. EMBARGOS À EXECUÇÃO. LIMITAÇÃO TEMPORAL. EFEITOS DA ADI Nº 1.797/PE. INCI-DÊNCIA. INAPLICABILIDADE DA ADI Nº 2.323 MC/DF. AFRONTA À COISA JULGADA. SÚMULA N. 487 DO STJ. IMPROCEDÊNCIA. EXEGESE DO ART. 741, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. 1. A jurisprudência deste Tribunal Superior é no sentido de que, para os magistrados federais e juízes classistas, os

36 Art. 741. Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre: (Redação dada pela Lei n. 11.232, de 2005): [...] II - inexigibilidade do título; [...] Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II do **caput** deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal. (Redação pela Lei n. 11.232, de 2005).

efeitos do julgamento da ADI nº 1.797/PE, pelo Supremo Tribunal Federal, incidem sem ressalvas, não tendo repercussão o que ficou decidido na ADI nº 2.323 MC/DF. Portanto, sobre as diferenças decorrentes da má conversão para URV da remuneração desses agentes públicos (percentual de 11,98%) aplica-se a limitação temporal a janeiro de 1995, sob pena de haver pagamento sem causa. 2. É lícito à União, com amparo no art. 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil, pugnar, em embargos à execução, pela limitação temporal do direito às diferenças decorrentes da errônea conversão de vencimentos de Cruzeiro Real para URV (resíduo de 11,98%) se o julgado exequendo não cuidou do tema, pelo que não está incluído nos limites objetivos da coisa julgada. 3. O art. 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil, que possibilita a relativização da coisa julgada, tem incidência nas decisões transitadas em julgado em data posterior à sua vigência: 24/8/2001 - data da edição da MP nº 2.180-35/2001. Inaplicabilidade, na espécie, do enunciado da Súmula nº 487 do STJ. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. EMEN: (AGRESP 200801003960, MARCO AURÉLIO BELLIZZE, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:18/2/2013).

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE EM CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. COISA JULGADA. RELATIVIZAÇÃO. ART. 741, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. TEMA JÁ JULGADO PELO REGIME DO ART. 543-C DO CPC E DA RESOLUÇÃO N. 8/08 DO STJ, QUE TRATAM DOS RECURSOS REPRESENTATIVOS DE CONTROVÉRSIA. RACIOCÍNIO APLICÁVEL AO ART. 475-L, § 1º, DO CPC. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICO-SISTEMÁTICA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA. PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. AUSÊNCIA DE PRONUNCIAMENTO NO TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL. 1. A Primeira Seção desta Corte Superior, ao apreciar o REsp 1.189.619/PE, mediante o procedimento previsto no art. 543-C do CPC (recursos repetitivos), entendeu que: “1. O art. 741, parágrafo único, do CPC, atribuiu aos embargos à execução eficácia rescisória de sentenças inconstitucionais. Por tratar-se de norma que excepciona o princípio da imutabilidade da coisa julgada, deve ser interpretada restritivamente, abarcando, tão somente, as sentenças fundadas em norma inconstitucional, assim consideradas as que: (a) aplicaram norma declarada inconstitucional; (b) aplicaram norma em situação tida por inconstitucional; ou (c) aplicaram norma com um sentido tido por inconstitucional. 2. Em qualquer desses três casos, é necessário que a inconstitucionalidade tenha sido declarada em precedente do STF, em controle concentrado ou difuso e independentemente de resolução do Senado, mediante: (a) declaração de inconstitucionalidade com

ou sem redução de texto; ou (b) interpretação conforme a Constituição.

3. Por consequência, não estão abrangidas pelo art. 741, parágrafo único, do CPC as demais hipóteses de sentenças inconstitucionais, ainda que tenham decidido em sentido diverso da orientação firmada no STF, tais como as que: (a) deixaram de aplicar norma declarada constitucional, ainda que em controle concentrado; (b) aplicaram dispositivo da Constituição que o STF considerou sem auto-aplicabilidade; (c) deixaram de aplicar dispositivo da Constituição que o STF considerou auto-aplicável; e (d) aplicaram preceito normativo que o STF considerou revogado ou não recepcionado.

2. Por meio de interpretação teleológico-sistemática, percebe-se que os fins almejados pelo art. 475-L, § 1º, do CPC, são exatamente aqueles que pretende atingir o art. 741, parágrafo único, do CPC, ambos dispositivos incluídos no sistema processual civil por meio do mesmo diploma legal (Lei n. 11.232/05). Portanto, o raciocínio traçado quanto ao art. 741, parágrafo único, do CPC, em relação à relativização da coisa julgada inconstitucional, deve ser o mesmo utilizado para a aplicação do art. 475-L, § 1º, do CPC.

3. Cinge-se a controvérsia sobre a possibilidade de aplicação do disposto no art. 475-L, § 1º, do CPC, na hipótese em que o título executivo judicial adota entendimento supostamente em sentido contrário ao do Supremo Tribunal Federal, especificamente em relação à prerrogativa de função por atos de improbidade administrativa.

4. Na espécie, a Corte de origem decidiu que a questão referente à incompetência absoluta por prerrogativa de função para o julgamento da ação de improbidade administrativa proposta em face do ora recorrente (deputado federal), sequer foi suscitada na fase de conhecimento, não havendo pronunciamento judicial no ponto. Dessa forma, não se pode afirmar que o título executivo padeça do vício de inexistência conforme o disposto no 475-L, § 1º, do CPC, a possibilitar uma eficácia rescisória.

5. Mesmo que superado tal óbice, a prerrogativa de foro em processo de improbidade administrativa foi objeto de discussão por parte do STF na ADI 2.797/DF, Relator. Min. Sepúlveda Pertence. Naquela ocasião, a Suprema Corte, por maioria, julgou procedente a ação para declarar inconstitucional a Lei 10.628/02, que inseriu novos parágrafos ao art. 84 do Código de Processo Penal, decidindo não haver foro privilegiado aos agentes públicos processados por improbidade administrativa.

6. Agravo regimental não provido. EMEN: (AGRESP 201201029119, MAURO CAMPBELL MARQUES, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA: 5/12/2012).

Assim, é de se entender que, havendo uma mudança de jurisprudência de decisão com efeitos vinculantes ou que vá afetar o direito à coisa julgada no caso concreto, os julgadores poderão estabelecer eficácia

prospectiva de suas decisões, a fim de proteger expectativas legítimas dos jurisdicionados, em aplicação da substância argumentativa do art. 27 da Lei 9.868/99, mas devem respeitar os fatos e expectativas passadas. Foi esse, inclusive, o entendimento do ministro Hermann Benjamin, no âmbito do STJ, em voto de vanguarda nos Embargos de Divergência no REsp 738.689<sup>37</sup>. Não é demais lembrar, com Luís Roberto Barroso, que:

Quando se opta pela modulação temporal, não existe uma ponderação entre o princípio da supremacia da Constituição e o da segurança jurídica. O que ocorre, na realidade, é um sopesamento entre os valores constitucionais que reforçam a necessidade de afastamento, desde a origem, do dispositivo inconstitucional e aqueles que justificam a sua manutenção. (BARROSO, 2004, p. 92).

Antonio do Passo Cabral, embasado na experiência alemã sobre o tema da proteção à segurança jurídica e à confiança depositadas nos atos estatais, aborda a aplicação de regras de transição por parte do Poder Judiciário como uma das soluções equilibrantes possíveis:

Sempre que se concluir pela necessidade da mudança, deve-se procurar atenuar o impacto da modificação. Nesse contexto, imperioso é indagar a

---

37 Eis importante excerto do longo acórdão, extraído do sítio do referido Tribunal: “Tenho para mim que, também no âmbito do STJ, as decisões que alterem jurisprudência reiterada, abalando forte e inespavelmente expectativas dos jurisdicionados, devem ter sopesados os limites de seus efeitos no tempo, buscando a integridade do sistema e a valorização da segurança jurídica. É que o reconhecimento da ‘sombra de juridicidade’, decorrente da atividade jurisdicional do Estado, revela indiscutível a necessidade de resguardarem-se os atos praticados pelos contribuintes sob a expectativa de que aquela era a melhor interpretação do Direito, já que consubstanciada em uma jurisprudência reiterada, em sentido favorável às suas pretensões, pela Corte que tem a competência constitucional para dar a última palavra no assunto. Essa necessidade de privilegiar-se a segurança jurídica e, por consequência, os atos praticados pelos contribuintes sob a ‘sombra de juridicidade’ exige do STJ o manejo do termo a quo dos efeitos de seu novo entendimento jurisprudencial. Repito que não se trata de, simplesmente, aplicar-se as normas veiculadas pelas Leis ns. 9.868 e 9.882, ambas de 1999, por analogia, mas sim de adotar como válidos e inafastáveis os pressupostos valorativos e principiológicos que fundamentam essas normas e que, independentemente da produção legislativa ordinária, haveriam de ser observados tanto pelo STF quanto pelo STJ. No caso dos Vereadores [em que o STF limitou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade], parece evidente que eventual inexistência de lei federal prevenindo expressamente a modulação temporal dos efeitos da decisão judicial não impediria o STF de sopesar os efeitos de seu acórdão, por conta do imperativo da segurança jurídica. Da mesma forma, a inexistência de norma ordinária expressa que regule o assunto não tem o condão de impedir os tribunais superiores de adequarem sua atividade, ou o produto da ação jurisdicional, aos ditames da segurança jurídica. O STF adota esse entendimento, ao modular temporalmente os efeitos de suas decisões, mesmo em se tratando de controle difuso de constitucionalidade, não abarcado expressamente pelo regime das Leis ns. 9.868 e 9.882, ambas de 1999”.

respeito de mecanismos compensatórios para a superação da estabilidade, que funcionarão como regra de fechamento sistêmico para o formato da segurança-continuidade. Técnica compensatória interessante, que permite a mudança do ato processual e combate os efeitos deletérios que a alteração pudesse trazer, corresponde à edição de regras de transição. O estabelecimento de regras de transição vem sendo, na última década, referido como uma grande característica do Estado contemporâneo. No quadro das atuais atribuições estatais, a mudança e a adaptação de posições jurídicas passaram a ser aspectos essenciais. Todavia, ao mesmo tempo, deve-se garantir segurança jurídica, e é a procura pelo ponto ótimo entre mudança e estabilidade que justifica a formulação de regras transicionais. Conhecidas na prática legislativa, as regras de transição começam a ser estudadas no campo das decisões da jurisdição constitucional e administrativa, e pensamos que possam ser aplicadas à atividade jurisdicional em geral e, portanto, ao processo civil. (CABRAL, 2013, p. 535).

Neste diapasão, o Poder Judiciário não pode restar afastado das discussões acerca da aplicação do princípio da proteção da confiança. A jurisprudência e os magistrados laboram sempre em torno dos conceitos de permanência e evolução, mas não é aceitável que mudanças de jurisprudência acerca de determinado tema tenham eficácia retrospectiva sem qualquer proteção dos jurisdicionados que legitimamente se viam protegidos e se veem atingidos.

Em conclusão, destacamos a abordagem de Humberto Ávila:

O princípio da segurança jurídica determina a busca dos ideais de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade no Direito. Esses ideais (porém, e com a permissão para o emprego de uma metáfora) compõem apenas a parte da segurança jurídica que pode ser vista acima do mar, tal qual um iceberg, cuja ponta esconde uma imensa, externa e profunda base submersa. Como o princípio da segurança jurídica delimita os contornos daquilo que é indispensável para que o cidadão possa, de acordo com o Direito, plasmar o seu presente e planejar, livre e autonomamente, sem engano ou injustificada surpresa, o seu futuro, inquiri-lo é, a um só tempo, investigar, de um lado, os direitos de liberdade, de igualdade e de dignidade, e de outro, os princípios relativos à atuação estatal. Mais do que isso: os ideais que o integram revelam, indiretamente, o tipo de sociedade que se visa a constituir, pelos tipos de Estado e de cidadão que resultam da sua configuração. A exigência de cognoscibilidade per-

mite que o cidadão possa 'saber' aquilo que 'pode ou não fazer' de acordo com o Direito. Essa exigência, dentro de um estado de confiabilidade e de calculabilidade, capacita-o a, com autonomia e com liberdade, 'fazer ou não fazer', de modo que possa 'ser ou não ser' aquilo que deseja e que tem condições de ser. A segurança jurídica, em outras palavras, é um instrumento para que o cidadão possa saber, antes, e com seriedade, o que pode fazer, de modo que possa melhor ser o que pode e quer ser. Como pontifica Ataliba, seguros são os cidadãos que têm certeza de que o Direito é objetivamente um e que os comportamentos do Estado ou dos demais cidadãos dele na discreparão. Em suma, a segurança jurídica é instrumento de realização da liberdade, e a liberdade é meio de realização da dignidade. (ÁVILA, 2012, p. 95).

Isto é: ao Estado é vedado surpreender a sociedade e seus indivíduos, sem a proteção transicional à suas expectativas. Ademais, maior será a confiabilidade na Justiça na medida em que maior for a proteção da segurança jurídica e da confiança legítima dos cidadãos em seus comportamentos.

## 4.6 A argumentação jurídica e a pacificação social

Relacionando a argumentação jurídica e a pacificação nas relações sociais, algumas perguntas parecem candentes: a) o juiz é o garantidor da pacificação? b) pacificação se obtém com normatização? c) a normatização, seja ela abstrata ou a do caso concreto, alimenta e induz a mais conflitos ou deve induzir cidadania e participação?

Nos últimos anos, bem se percebe que práticas sociais de cunho eminentemente privado, como estatutos sociais de clubes, condomínios e associações, relações comerciais entre empresas, relações de direito de família, sucessões, ambiente de trabalho etc., todas elas têm sofrido intervenção do Estado, ao ditar normas a serem obedecidas pelos participantes de tais relações sociais. Com isso, o Estado busca normatizar tudo o que entende passível de intervenção.

Atualmente, essa judicialização das relações sociais restou bastante acrescida, com o advento dos juizados especiais, tanto estaduais quanto federais, onde sequer é necessário que a parte se faça representar por advogado. Não é raro aparecerem aposentados e pensionistas nos balcões

da Justiça Federal apenas para perguntar se “apareceu” alguma “revisão” nova a que tivessem direito.

Ou seja, a normatização aleatória, criando e extinguindo diariamente direitos e deveres, pode ser um dos fatores que está causando a desconfiança das pessoas nas instituições, e neste ponto, em xeque estão não apenas a credibilidade do Poder Judiciário, como também as dos demais Poderes, que constantemente são criticadas nos mesmos patamares, pelos cidadãos. Ora, com base na teoria sociojurídica de Luhmann esse seria um resultado natural do sistema em que, em face da moderna abertura do ordenamento ao ambiente social, é ampliado o rol de situações ensejadoras de complexidades, exigindo reconfigurações correlatas a fim de atenuá-las e facilitar a vida social.

De um lado, excessiva judicialização e proeminência do Judiciário no cenário das relações sociais e sua almejada pacificação; de outro lado, os indivíduos e demais entes da sociedade aberta, que também têm o dever de colaborar para que, em suas interpretações e argumentações acerca dos fatos da vida social, o funcionamento do Estado seja mais equilibrado e igualitário e a compreensão das pessoas acerca das instituições seja a mais justa e participativa.

Entende-se que a oralidade processual, a concentração de atos processuais, e a identidade física do magistrado podem contribuir, por exemplo, para tal pacificação, uma vez que, em tese, facilitam o contato mútuo entre as partes e a informal e eficiente resolutividade dos conflitos por parte do juiz. Essa oralidade e aproximação entre as partes é, claramente, princípio norteador dos juizados especiais (art. 1.º da Lei 9.099/95) e do próprio CPC em diversos de seus dispositivos (arts. 277, 331, 342, 349, 400, 435, 440, 451, 523, 740 etc.). Contudo, a realidade do processo brasileiro ainda não demonstra que essa oralidade e aproximação entre as partes esteja a produzir pacificação social. Há sempre o risco de o poder econômico de uma das partes sobrepujar o real direito da outra, por meio dessa oralidade, em um país com uma sociedade tão desigual como a brasileira, e com isso servir o Judiciário apenas como um instrumento de legitimação das desigualdades econômicas. É neste momento que sobressalta o dever judicial de busca por isonomia real entre as partes, o que é uma teoria que ainda está longe das práticas

diárias forenses. Leiam-se, nesse sentido, as conclusões de pesquisa de campo de Barbara Lupetti Baptista:

As distintas verdades produzidas nas instâncias processuais, entremeadas entre escritura e oralidade, fazem com que o sistema perca legitimidade perante a sociedade e, ademais, o alto grau de subjetividade expressado na legislação e nas práticas judiciárias permite que situações idênticas tenham representações e soluções distintas, dependendo da pessoa que pleiteia; do Juiz que aplica a norma; e da fase em que se encontra o processo. A minha hipótese inicial era de que a oralidade poderia viabilizar uma verdade consensual no processo. Ela seria um instrumento que possibilitaria a constituição de uma verdade jurídica legitimada pelo diálogo. Entretanto, em campo, os dados mostraram a inexistência do diálogo, a total ausência do incentivo ao consenso e a reprodução de uma lógica contraditória que regula o sistema interna e externamente. O diálogo requer um reconhecimento mútuo em vez de afirmar categoricamente a superioridade de uma parte sobre a outra. Nesse sentido, em uma sociedade hierárquica e desigual como a brasileira é, de fato, complexo igualar as partes num processo judicial que, obviamente, internaliza essa hierarquia e essa desigualdade, sendo certo que não há nada mais revelador da intimidade de uma sociedade que um processo. (BAPTISTA, 2008, p. 324).

A pacificação social, portanto, não é dever apenas do juiz, que, via de regra, só analisa o caso concreto; é dever também dos próprios cidadãos, pois só haverá paz se a pessoa perceber que não há problemas a serem solucionados, se a pessoa compreender bem os limites dos direitos que a legislação lhe oferece e se sentir bem atendida pelo prestador de um serviço público. Os órgãos institucionais e o Estado, neste ponto, precisam realinhar suas posturas aos matizes de uma nova pacificação: aquela que evita os conflitos judicializados, em vez de se preocupar apenas com sua solução.

#### 4.6.1 Cultura da demanda e litigiosidade contida

No Brasil, padece-se de um problema recorrente. Em vez de se tratarem as causas do número de demandas, evitando-se o ajuizamento dos processos, concentram-se os recursos financeiros e a política judiciária

única e exclusivamente no ataque aos processos em curso. As causas de tantos processos pouco são investigadas e por isso, são mal enfrentadas pelos juristas e profissionais do Direito. Rodolfo Mancuso resume e exemplifica esse mau procedimento institucional brasileiro:

A observação do que usualmente se passa nas diversas manifestações da vida brasileira revela o vezo de lidar com os efeitos ou com as consequências, assim maquiando ou deixando em aberto a(s) causa(s), dentre outros motivos pela curial constatação de que diagnosticar e enfrentar os males em sua origem reclama tempo, implica em vontade política e, não raro, acarreta desgaste à autoridade, órgão ou instância que assume uma conduta pró-ativa e incisiva, como, por exemplo, vem procedendo o CNJ em sua luta contra o corporativismo instalado ao interno do Judiciário, e, bem assim, nas demais providências rigorosas que esse Conselho vem gradualmente implantando, buscando imprimir eficiência na prestação jurisdicional, com vistas a recuperar a credibilidade social na Justiça oficial. O arraigado vezo nacional de 'lidar com a consequência' se espalha por muitas searas, como nestes exemplos: ao invés de promover o saneamento e a recuperação urbanística de área ocupada por habitações subnormais, colocam-se tapumes ou alteiam-se muros no entorno, buscando esconder aquela realidade; ao invés de se estimular a utilização do transporte coletivo (ou mesmo a utilização compartilhada dos veículos particulares), realizam-se grandes e custosos empreendimentos viários, tais como extensas pontes e viadutos, que, em muitos casos nada mais fazem do que 'mudar o congestionamento de lugar'; ao invés de estimular o crescimento da riqueza nacional, o que aumentaria a arrecadação e criaria empregos, instituem-se medidas clientelistas e populistas, inclusive sob condição de o beneficiário estar desempregado, com isso dando ensejo a que a consequência retroalimente a causa, num perverso círculo vicioso. (MANCUSO, 2011, p. 51-52).

Esse importante fenômeno sociológico também se dá no Poder Judiciário. A existência de tantos processos – 90 milhões, em 2011, segundo o CNJ – é mera consequência de problemas atávicos existentes na própria sociedade e nos diversos poderes e atores processuais, que precisam ser urgentemente discutidos. Não há qualquer comprovação empírica de que o ataque fulminante aos processos em curso, com medidas de simplificação processual extremas, possa causar um menor número de processos no futuro.

Em trabalho de campo que resultou na publicação de obra sobre a litigiosidade repetitiva na Justiça, Daniela Gabbay e Luciana Gross chegaram a conclusões importantes acerca da massificação processual:

Em se tratando de litigância repetitiva, chamou especial atenção a questão da oportunidade relacionada ao surgimento de teses jurídicas. Os casos da desaposentação, em Direito Previdenciário, e dos danos morais, em Direito do Consumidor, analisados pela pesquisa, são bastante ilustrativos a esse respeito. O estudo indicou a necessidade de se refletir sobre a diferença entre a ideia de 'oportunidade' e 'oportunismo' na trajetória da judicialização. [...] Os advogados e a mídia são atores centrais no acesso e difusão de informação, o que pode contribuir para o aumento de demandas e de volume de processos. Nos casos estudados, o tratamento administrativo dos conflitos – que se poderia entender como um exemplo de filtro pré-processual, não tem evitado que a demanda seja levada ao Judiciário. O exaurimento da instância administrativa e a tentativa de prévia resolução pela via extrajudicial (v.g., SAC, Ouvidoria dos bancos, PROCON, INSS) não são obrigatórias e, em muitos casos, observou-se o acionamento direto do Poder Judiciário. [...] A massificação de demandas é influenciada especialmente por: (i) massificação de informação, movimento potencializado por advogados e pela mídia; (ii) massificação do consumo e incapacidade de gestão empresarial de qualidade de bens e de serviços cada vez mais sofisticados e diversificados; (iii) massificação na captação da clientela e ponderação da relação custo vs. benefício; (iv) massificação e padronização da atuação em processos administrativos e judiciais: gestão de processos judiciais repetitivos por advogados, pelas empresas (terceirização de serviços advocatícios), pelos procuradores e pelo Judiciário. (GABBAY; CUNHA, 2012, p. 152-153).

Em outra pesquisa realizada nos processos da Vara Federal de Três Rios, já citada supra, há alguns dados importantes que conferem dramaticidade à questão da cultura da demanda, em terras brasileiras. Retomando os números, das 3700 sentenças de procedimento do Juizado Especial Federal ali prolatadas, exatamente 289 sentenças delas se referiam ou ao abandono do processo, descumprindo importantes despachos ou determinações judiciais, ou à constatação da falta de interesse de agir por parte do autor (seja ele predecessor ou superveniente) ou à direta desistência do processo por parte do autor. Isto é: em 289 processos dos Juizados (cerca de 7,8%) o processo foi extinto sem o julgamento do mérito, tendo

sido movimentada a máquina judiciária sem qualquer necessidade, por interesses momentâneos do autor, que posteriormente, na grande maioria dos casos, percebendo que sua ação não terá sucesso ou diante de um pleito cautelar indeferido, desiste do feito, simplesmente não comparece aos atos designados ou a própria Justiça percebe que o autor não detinha qualquer interesse na permanência do processo, pelo simples fato de que o autor já detinha o que pleiteava, ou viera a deter tal direito no curso do processo (o que é até mais alarmante, por demonstrar uma utilização do processo como meio de coerção social para que alguém faça ou deixe de fazer algo que poderia ou deveria fazer sem qualquer tipo de ameaça).

Panoramas como esse seriam indubitavelmente controlados com maior eficácia se houvesse outras formas de controle da gratuidade de justiça deferida desenfreadamente nos juizados especiais federais, tema que parece ser mais um daqueles tabus que permeia a sociedade brasileira.

Com isso, nota-se o atraso no debate sobre a litigância gratuita. Assim, a legislação pertinente, trazida pela vetusta Lei 1.060/50, sob a qual se solidificou uma jurisprudência permissiva, na qual bastaria uma declaração do próprio cidadão de que estaria sob situação de pobreza para deferir-lhe o benefício legal, sem qualquer possibilidade de contrariedade, quase como uma presunção de pobreza *juris et de jure*, deve ser reinterpretada. Este entendimento é tormentoso para o funcionamento e administração da justiça, exatamente por permitir um acesso à justiça imesuradamente sem riscos ao autor, concedendo-lhe, com base em sua própria parcial manifestação, uma primazia, em comparação àqueles que litigam pelas vias ordinárias e custosas.

Litiga-se, assim, quase como quando se joga em uma loteria. É possível até imaginar situações não tão difíceis de ocorrer em países continentais como o Brasil, como na situação de o autor ajuizar determinado pleito de aposentadoria em Juizado Especial da Justiça Federal de Minas Gerais, apresentando um comprovante de residência de parente que mora em alguma cidade limítrofe à sua, ter uma liminar indeferida, desistir do processo, e ajuizar outra idêntica ação, com outros documentos em seu nome ou em nome de familiar, em Juizado Especial da Justiça Federal do Rio de Janeiro, e ter uma liminar deferida, escolhendo,

com isso, onde quer manter o processo. Isso tudo já ocorreu em duas situações na Vara Federal de Três Rios, e como os sistemas das Justiças Federais de MG e do RJ não se comunicam, não há como impedir essas estratégias, que apenas vem a comprovar como a cultura da demanda e do abuso do processo impera no Brasil.

#### 4.6.2 Desigual distribuição de ônus e encargos entre litigantes habituais e eventuais

A igualdade, afirmada como direito fundamental no art. 5º, II, da Constituição Federal, é um objetivo, não uma realidade social. É sempre um porvir, um vir a ser. Não é diferente no processo brasileiro atual. Cappelletti já assinalava que:

Embora o acesso efetivo à justiça venha sendo crescentemente aceito como um direito social básico nas modernas sociedades, o conceito de 'efetividade' é, por si só, algo vago. A efetividade perfeita, no contexto de um dado direito substantivo, poderia ser expressa como a completa 'igualdade de armas' – a garantia de que a conclusão final depende apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao Direito e que, no entanto, afetam a afirmação e reivindicação dos direitos. Essa perfeita igualdade, naturalmente, é utópica. As diferenças entre as partes não podem jamais ser completamente erradicadas. A questão é saber até onde avançar na direção do objetivo utópico e a que custo. (CAPPELLETTI, 1988, p. 15).

Nada mudou significativamente de lá para cá, demonstrando-se significativamente a atualidade do texto do professor italiano.

Dessa forma, o Direito brasileiro, por exemplo, tem procurado desde então compensar a desigualdade latente ou real entre as partes de um mesmo processo. São exemplos dessa compensação processual a distribuição dos ônus de provar os fatos atinentes à lide (CPC, art. 333); a inversão do ônus da prova nas relações de consumo (Lei 8.078, art. 8º, VI); o protecionismo a partes consideradas aprioristicamente como vulneráveis tais como o idoso (Lei 10.741/03), a criança e o adolescente (Lei 8.069/90), o portador de deficiência (Lei 7.853/89), a mulher vítima de violência doméstica ou familiar (Lei 11.340/06).

Ainda assim, mesmo com todas as tecnologias de compensação que são conhecidas, campeia nos fóruns uma incômoda sensação de desigualdade, que gera um peculiar sentimento de injustiça, o que, por sua vez, caracteriza a possibilidade de se aumentar o nível de litigância social, uma vez que uma prestação jurisdicional proveniente de um sistema que ainda não obteve um grau de isonomia entre as partes próximo do ideal pode, em vez de pacificar as partes, insuflá-las à contenciosidade e a uma dificuldade de aceitação de decisões que lhes sejam desfavoráveis, por mais que a argumentação concatenada nestas decisões esteja perfeitamente justificada.

Uma das formas de se combater essa desigualdade processual é a diferenciação entre os ônus e encargos devidos pelas partes, de acordo com seu nível de litigância, habitual ou eventual.

Ora, é sabido que litigantes habituais assim o são porque se aproveitam de deficiências estruturais do Poder Judiciário, bem como de seu poder econômico e do tempo minimamente necessário para se julgar bem um processo, e, lidando habilmente com todos esses fatores, terminam fazendo do processo um método de minimização de seus riscos e prejuízos. Os litigantes habituais se utilizam de vantagens tais como: a) maior experiência jurídica e melhor planejamento do litígio; b) relações informais de seus mandatários com servidores públicos, juízes e membros de tribunais; c) diluição econômica dos riscos processuais entre outros feitos; d) litigância de larga escala e otimização de custos com honorários advocatícios contratados com um único mandatário (ou poucos) para todos os processos do litigante habitual; e) teste de estratégias processuais visando a casos futuros. De outro lado, os litigantes eventuais, em geral, não possuem condições de sustentar o processo por longo tempo, tendo em vista os custos a ele atinentes, em especial aquelas relacionadas aos honorários advocatícios e custas processuais, bem como à falta de uma tutela judicial, quando o caso a justificar por sua evidência.

Há várias formas de se demonstrar como o Direito brasileiro permite um injusto tratamento “igualitário” entre litigantes habituais e litigantes eventuais. Algumas delas são facilmente verificadas através da concessão de prerrogativas processuais à Fazenda Pública, tais como o prazo em quádruplo para responder à ação e o prazo em dobro para recorrer

(art. 188 do CPC), citações e intimações pessoais, o reexame necessário, a execução contra a Fazenda Pública como processo autônomo, os embargos à execução com prazo diferenciado (art. 730, CPC) etc. Argumenta-se, entre outros motivos, que estas prerrogativas se justificariam em face de “dificuldades de acesso aos fatos, elementos e dados do processo”, bem como de “volume de trabalho” que cerca os advogados públicos.

Porém, não é preciso ressaltar a necessidade de se rediscutir os fundamentos de tais prerrogativas em face da modernidade do processo eletrônico e das modificações por ele implementadas (Lei 11.419/2006), o que é uma realidade inafastável e que torna discutível a necessidade de tais prerrogativas, uma vez que os processos e os documentos passam a ser acessíveis de qualquer computador, tanto pelas partes como por seus procuradores. Ademais, essa realidade já é plena também nas procuradorias públicas, que já possuem bancos de dados atinentes aos processos administrativos de seus interesses. Exemplo disso é o Sistema Integrado de Controle das Ações da União (SICAU), que permite o controle interno de prazos e fases processuais, a extração de relatórios gerenciais e a realização de rotinas internas como verificação de litispendência ou coisa julgada com processo anterior. Além disso, tal Sistema facilita a anexação de peças aos processos. É regulado pelas Portarias AGU 386/2004 e PGF 315/2006. Portanto, torna-se imperiosa a rediscussão dos argumentos fundantes que determinaram a concessão de prerrogativas à Fazenda Pública que não mais se justificam em face do processo eletrônico.

De outro norte, foi com base nessa distinção entre litigantes habituais e eventuais que a doutrina e a legislação conceberam, a partir das três ondas renovatórias do processo civil, um procedimento especial, mais célere e informal, destinado a partes mais fragilizadas e sem condições de arcar com o custo econômico de um processo ordinário, o que foi feito por intermédio dos juizados especiais (Leis n. 7.244/84, 9.099/95, 10.259/2001 e 12.153/2009). Assim, a Fazenda Pública não pode ser parte autora em processos do Juizado, posto que se trata de nítido litigante habitual, acostumado a lidar com questões forenses, e é mais preparada economicamente para suportar o tempo do processo, ante as prerrogativas substantivas e processuais diversas que o ordenamento lhe concede.

Mas, isso não tem sido o bastante, pois mesmo nesse tipo de procedimento percebe-se a existência de realidades nefastas em desfavor das partes a que se dirigem esse subsistema processual. Um exemplo disso é notório através da discrepância entre o nível de conhecimento dos fatos e do direito atinente à causa pela parte eventual e o nível de preparo para a causa que é pertinente aos litigantes habituais e seus mandatários. Não é raro perceber essa discrepância na realização de audiências no âmbito dos juizados especiais federais, nas quais é comum encontrar partes mais pobres, desacompanhadas de advogados (o que é permitido pela legislação e referendado pela jurisprudência), e ávidas por alguma proposta de conciliação, ainda que parcial, da parte contrária; que, por sua vez, detém o poder econômico e costuma ofertar propostas que não condizem razoavelmente com aquilo que o cidadão teria direito. Em alguns casos, especialmente envolvendo questões relacionadas a empresas públicas e sociedades de economia mista (como bancos e prestadores de serviços públicos), entes com maior poder de disposição patrimonial, é comum que conciliações injustas sejam realizadas extrajudicialmente para posterior homologação judicial. Rodolfo Mancuso ressalta essa realidade:

De fato, a desigualdade substancial entre os partícipes de uma dada situação contenciosa produz efeitos deletérios, não apenas no âmbito do processo judicial mas, também, no bojo da composição suasória do conflito, já que, neste último caso, pode dar-se que a parte mais fraca – financeira ou culturalmente – se predisponha a aceitar um acordo iníquo ou injusto, mormente nos casos de composições celebradas extrajudicialmente, que depois são levadas à homologação judicial (CPC, art. 475-N, III). [...] em casos que tais, onde as partes estão em notório desnível econômico-patrimonial, a composição celebrada nos autos não garante que, substancialmente, tenha havido uma vera transação (a qual pressupõe concessões recíprocas: CC/2002, art. 840), e, não raro, mais se aproxima de uma submissão, em forma de reconhecimento do pedido (aceitação dos fatos e também das consequências jurídicas que dali extrai a contraparte). O exemplo serve a demonstrar que ‘solução suasória’ não é, necessariamente, indicativo, garantia ou sinônimo de composição justa do conflito, porque esse qualificativo – e não a mera eliminação da pendência – é que confere legitimidade aos meios ditos alternativos de resolução das controvérsias, tais a conciliação, a mediação, a intervenção neutra de terceiro, a arbitragem. (MANCUSO, 2011, p. 123).

Nessa perspectiva, passa a ser importante uma atuação mais proativa e fiscalizadora do Poder Judiciário, impondo-se ao magistrado verificar e inibir possíveis iniquidades substanciais em conciliações tanto realizadas perante a própria Justiça, como extrajudicialmente. Essa atuação pode ser percebida através das lentes de um processo mais cooperativo, no qual o juiz, desde o início do processo, deve esclarecer a ambas as partes (o que evitaria críticas à sua imparcialidade) sobre os fatos que são conflituosos e relevantes à causa, prevenindo-as e consultando-as sobre os meios de prova possíveis e o ônus pertinente a cada uma delas, e esclarecendo-as sobre os possíveis destinos a serem dados ao feito, antes de qualquer decisão.

De outro lado, é importante a leitura do estudo denominado “I Relatório Supremo em Números”, publicado pela FGV-Rio, em 2011<sup>38</sup>, no qual, em linhas gerais, se constatou que: a) o grande usuário da instância recursal do Supremo Tribunal Federal é a própria Administração Pública, que é parte recursal em cerca de 90% dos recursos (com maior proeminência da Caixa Econômica Federal, União Federal e Instituto Nacional do Seguro Social, que juntos superavam a soma de 50% dos processos); b) após a Lei 10.259/2001, houve uma migração de demanda da Justiça Federal para os juizados especiais federais, o que ensejou com que os recursos levados ao conhecimento do STF passassem a discutir temas de menor complexidade de competência dos juizados, e ao mesmo tempo, fizessem com que os usuários dos serviços dos juizados tivessem que esperar uma definição da Suprema Corte para concretizar suas pretensões. Com isso, percebeu-se certa insuficiência da legislação dos juizados especiais federais.

Atualmente, está em curso nova reforma processual (PL da Câmara 8.046/2010) sobre o CPC, que pretende, entre outras medidas, visar o problema da desigualdade entre os litigantes. Uma das propostas é a de incorporar a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, permitindo ao juiz, de acordo com as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser comprovado, distribuir de modo diverso o ônus da prova,

---

38 Disponível em: <<http://www.supremoemnumeros.com.br/sites/default/files/attachment/1%20Relat%C3%B3rio%20do%20Supremo%20em%20N%C3%BAmeros.pdf>>. Acesso em: 31 ago. 2013.

impondo-o à parte que estiver em melhores condições de produzi-la (art. 358 do Projeto).

Este mesmo Projeto prevê medidas que corporificam o ideário de um processo mais cooperativo, como ao prever o direito das partes de “participar ativamente do processo, cooperando com o juiz” (art. 5º) e o dever das partes e de seus procuradores de “contribuir para a rápida solução da lide, colaborando com o juiz para identificação das questões de fato e de direito” (art. 8º). Esse ideal de cooperação, todavia, precisa ser praticado e identificado na realidade social, o que ainda não ocorreu, pois disposições semelhantes já existem no atual Código de Processo Civil (vide, por exemplo, os arts. 339 e 340), sem muita eficácia.

## Conclusão. Possíveis colaborações a uma revisitação de conceitos constitucionais

Afirma Norbert Rouland que o direito “[...] não é somente certo número de discursos (normas orais ou escritas), mas também práticas, e talvez sobretudo representações que o positivismo dissimula...” (ROULAND, 2008, p. 237). O que há, portanto, subjacente às representações e práticas relacionadas à Justiça, que diminui a sua confiabilidade? Por que a credibilidade e a confiança na Justiça andam sempre em queda, especialmente o Brasil?

Essa foi a inquietação inicial que norteou o início da presente pesquisa, advinda da leitura de outras pesquisas de opinião recorrentemente divulgadas na mídia, a respeito do funcionamento e da credibilidade da Justiça, cotejada com a participação deste pesquisador no funcionamento desta enquanto magistrado federal há praticamente seis anos.

Observando as diversas correlações possíveis, a dissertação poderia ser dividida em duas grandes partes, que foram, por sua vez, divididas em dois capítulos para cada parte. Na primeira parte da pesquisa, tentou-se apresentar ao leitor as premissas simbólicas, constitucionais, políticas e jurídicas que permeiam os diversos perfis de Justiça havidos em sociedade. E, na segunda parte da dissertação, em leitura mais empírica e pragmática da realidade social em torno da Justiça, foram pesquisadas as formas pelas quais a própria Justiça (superego de Têmis), ou a sociedade, juntamente com os representantes dos demais poderes e agentes formadores de opinião e interpretativos da Constituição (arquétipos de Têmis), poderiam colaborar para maior legitimidade das regras e princípios advindos da Constituição, no que toca especialmente à Justiça, reduzindo o descrédito desta e a complexidade daí decorrente.

Em um primeiro momento, foram apresentadas as premissas simbólicas e constitucionais relacionadas aos modelos de funcionamento da Justiça apresentados historicamente perante a evolução da Humanidade. Iniciando pelas alegorias simbólicas de força e de justiça existentes na mitologia grega, e passando pelas concepções de justiça de filósofos liberais, comunitaristas e crítico-deliberativos que culminaram na criação, consciente ou inconsciente, de imaginários sociais de perfis de Justiça, foram demonstradas as mais diversas formas de representação daquela que seria a Justiça ideal, bem como as transferências de responsabilidade cometidas a esse magistrado, às vezes idealmente um ser sobre-humano.

Paralelamente, a fim de demonstrar a racionalidade e a validade desses perfis de Justiça, foi necessário o estudo histórico das diversas crises havidas no percurso do Estado durante diversos fatos ocorridos no tempo; bem como a análise das diferentes visões acerca do que é credibilidade e confiança.

Por esse motivo, foram estudadas as diversas fases da modernidade e da pós-modernidade (ou modernidade tardia) e dos estudos de Teoria Constitucional internacionalmente conhecidos; bem como as versões mais conhecidas do fenômeno social conhecido como “opinião pública”, seus elementos e seu processo de formação.

No segundo capítulo, a intenção era debater as ideias relacionadas à legitimidade da atuação do Estado e a racionalidade de seu funciona-

mento, por quaisquer de seus Poderes, mas especialmente no que se relaciona com os pronunciamentos jurisdicionais. Internamente, não se olvidou o fato de que, diferentemente dos demais Poderes, o Judiciário não é eleito por sufrágio direto dos cidadãos. A distinção habermasiana entre legitimidade, legalidade, validade e racionalidade foi abordada, com o intuito de colaborar para uma lógica de entendimento e legitimação pelo procedimento da Justiça. E, externamente, foi apresentada a teoria do transconstitucionalismo como metodologia útil para a identificação, em um cenário atual, de soluções inovadoras existentes em sociedades similares, capazes de colaborar para a diminuição dos fatores ensejadores de descrédito da sociedade perante as decisões estatais, e, por conseguinte, para a diminuição da complexidade social.

A segunda parte da dissertação foi dividida em dois capítulos acerca do aprimoramento da Justiça, conforme os atos sejam inerentes à própria Justiça, denominado de “superego de Têmis”, ou sejam inerentes a toda a sociedade ou a órgãos institucionais dos demais poderes, denominado “arquétipos de Têmis”. Nesta divisão, já se observa que a conclusão que se extrai é a de que as crises de credibilidade pelas quais passa a Justiça são de ordem muito mais superior que aquela que se imagina, de modo que diversos fatores que ensejam as críticas à atuação do Poder Judiciário não estão restritos a este, e são relativos ao funcionamento integral do Estado em todos os seus poderes, e em certas ocasiões têm relação direta com as formas de representação social que uma sociedade, desigual como a brasileira, detém de si própria e do Estado.

Assim, no terceiro capítulo, foram postos inicialmente possíveis aperfeiçoamentos internos do Poder Judiciário, tais como: a percepção de que o aumento da estrutura física e da quantidade de varas, tribunais, juízes e servidores não têm qualquer correlação direta com aumento de eficiência da Justiça; a necessidade de maior respeito aos precedentes e de estabelecimento de técnicas de uniformização da jurisprudência, para estabelecimento de maior segurança jurídica, com a modificação dos perfis do STF e do STJ, priorizando-se o adequado debate acerca da legitimação das decisões judiciais vinculantes e de uma democratização legitimadora desses órgãos hierárquicos superiores; a imperiosidade de se ter a isonomia processual como princípio basilar da administração dos processos

judiciais, o que não vem ocorrendo; a utilização do processo coletivo em detrimento da quantidade desmedida de ações individuais atomizadas inerentes à sociedade de massas moderna; a necessidade de um discurso judicial coerente e bem fundamentado em qualquer situação, o que ensejará maior legitimação das decisões; a necessidade de se discutir o fenômeno sociológico do abuso do direito de demandar, ainda não suficientemente debatido no país; e, por fim, a questão corporativista e política dos processos de execução fiscal, que não necessitariam mais continuar em sede exclusivamente judicial, no entendimento final a que se chegou nesta pesquisa.

O capítulo final, por sua vez, incorporando essa matriz multifatorial que subjaz ao fenômeno da falta de credibilidade dos atos estatais, traz à discussão, com aportes sugeridos a partir da observação do imaginário social retratado na mídia de massas, propostas de sugestões de aprimoramento social relacionadas ao papel das demais instituições estatais e também da sociedade. São sugeridos, a partir da percepção de que a sociedade brasileira está inserida em um contexto de hiperlativização do Executivo, enfraquecimento institucional do Poder Legislativo e judicialização: um debate sociológico mais amplo acerca do fenômeno da segurança pública e da impunidade; desconcentração das atividades de resolução de conflitos para o meio extrajudicial; ampliação dos meios de acesso à informação ao cidadão e à sociedade; correção do rumo marcadamente monocrático que a sociedade brasileira vive atualmente; a criação e consecução de técnicas de proteção à confiança legitimamente depositada pelo cidadão nos atos estatais, em nome da segurança jurídica, base do Estado de Direito; bem como a maior pacificação social, com a redução do quadro de litigiosidade contida e cultura da demanda, e maior igualdade na distribuição de ônus e encargos entre os diversos tipos de litigantes existentes.

Entreouvir-se mutuamente, com o manejo adequado de valores, razões e argumentos e o respeito irrestrito à boa-fé e confiança inerente às relações sociais, é um pressuposto a qualquer das diversas discussões lançadas na pesquisa. O poder é uno, não há justificativa para conflitos entre os representantes do Estado. Desarmonia entre as funções estatais prejudica a confiabilidade dos cidadãos nos atos de poder. Talvez se es-

teja em um momento conjuntural em que o nível de utilização das funções atípicas de cada qual dos poderes, os *'checks and balances'*, precisam ser reavaliadas, sob pena de desnaturação das funções. Essa é uma hipótese, a ser pesquisada, mas que, posta em prática, decerto aumentaria a confiabilidade das decisões e atos estatais.

Enquanto não se processa estudo de tal magnitude em relação a todos os poderes, é possível pesquisar objetivo mais específico, como se almejou na presente dissertação, restrita à confiabilidade da Justiça. A intenção era compreender os motivos pelos quais a sociedade brasileira demonstra um nível baixo de confiança nos atos da Justiça, o que aparentemente seria um paradoxo em face da alta utilização dos serviços judiciários.

Algumas constatações de cunho sociológico restaram flagrantes: alto nível de litigância da sociedade brasileira; disparidade no tratamento de litigantes habituais e eventuais; baixa utilização e entraves do processo coletivo; confusão de conceitos acerca do que é opinião pública; o processo como meio abusivo de vingança e de coação do poder econômico; a banalização da gratuidade de justiça; a falta de informação dos cidadãos e seus advogados; a utilização do Poder Judiciário como órgão consultivo; o tratamento da relação entre jurisdicionado e Justiça como uma relação fornecedor-cliente e não como face do exercício da cidadania etc.

De outro lado, alguns entraves especialmente legislativos foram notados, que possibilitam um déficit de legitimidade e confiabilidade na Justiça. Dentre eles foram exemplificados: a necessidade de priorização e modificação de aspectos do processo coletivo; medidas de gestão de processos em massa, para adoção de posturas estatais uniformes; debates acerca de possíveis modificações legislativas nos processos penais e nos processos de execução fiscal de dívidas em favor da Administração; a modificação da cultura da estrita legalidade apta a tudo alterar, sem o devido respeito à segurança jurídica e à proteção da confiança depositada nos atos estatais pretéritos; erros e falhas na justificação e fundamentação de decisões judiciais, que levam a descrédito da função estatal.

Em suma, foram constatações advindas tanto do comportamento de indivíduos e de instituição não estatais como de órgãos do Estado, que afetam inteiramente o acesso e a confiabilidade na Justiça. Muitos deles

podem ser modificados. Assim, o cerne da pesquisa foi, ao mesmo tempo em que se identificavam algumas causas de déficit de confiabilidade, encontrar mecanismos de discussão entre os diversos atores sociais, na busca pelo aprimoramento da Justiça, às vezes passando por soluções internas do Poder Judiciário, ou por indicações de lacunas sociais que poderiam ser debatidas pela sociedade e demais órgãos estatais distintos ao Poder Judiciário.

Alguns desses aspectos apresentados não são efetivamente debatidos pela sociedade, e as causas podem ser as mais diversas: desde o viés político que as soluções demandam até a dificuldade de formação profissional dos juristas brasileiros.

Sendo a Justiça uma instituição distribuidora de direitos por excelência, é natural que seja ela, desde o princípio, uma das instituições mais criticadas. A tendência, ao contrário, é que o ser humano seja cada vez mais exigente com os serviços prestados por esta Justiça.

Essas constatações podem indicar, ao final, que os problemas observados são de uma magnitude sistêmica muito maior que a hipótese de trabalho inicial da pesquisa, relacionada à baixa credibilidade do Poder Judiciário. A hipótese de trabalho comportava, porém, uma magnitude de fatores que, no início da pesquisa, eram desconhecidos, e só posteriormente, com a confrontação com os dados empíricos encontrados, foram reafirmadas as constatações encontradas e foram sugeridos os aprimoramentos apresentados resumidamente nessa conclusão.

Enfim, não há qualquer garantia de que as sugestões e proposições apresentadas no decorrer da pesquisa venham a ser implementadas, pois sempre haverá insatisfação com a atuação da Justiça e interesses pessoais diretos e subliminares a serem defendidos perante a Justiça. Julgar esses interesses é a sua função. A única garantia é a constatação de que a forma como se dá a relação da Justiça com o cidadão sempre estará na ordem do dia. E é dar atenção à ordem do dia que justifica a realização de estudos similares ao presente.

## REFERÊNCIAS

- ABDO, Helena. *O abuso do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- ACESSO à Justiça Federal: dez anos de juizados especiais. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. (Série Pesquisas do CEJ; 14).
- ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- APPIO, Eduardo. *Direito das minorias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Niterói: Impetus, 2009.
- ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013.
- ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2003.
- AURÉLIO, Bruno. *Atos administrativos ampliativos de direitos: revogação e invalidação*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- AVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. *Os rituais judiciais e o princípio da oralidade: construção da verdade no Processo Civil Brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.
- BAPTISTA, Patrícia Ferreira. A tutela da confiança legítima como limite ao exercício do poder normativo da Administração Pública. A proteção das expectativas legítimas dos cidadãos como limite à retroatividade normativa. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 11, jul./set. 2007, Salvador, p. 12.
- \_\_\_\_\_. *Segurança jurídica e proteção da confiança legítima no direito administrativo*:

*análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro*. Tese de doutorado apresentada na Universidade de São Paulo, 2006, p. 58.

BARBEIRO, Heródoto. *Mídia training: como usar a mídia a seu favor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARCELOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BAUMAN, Zygmunt. *Ética pós-moderna*. São Paulo: Paulus, 1997.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 11. ed. Brasília: UnB, 1998. v. 1.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. *Ciência política*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BOURDIEU, Pierre. *A distinção: crítica social do julgamento*. 2. ed. Porto Alegre: Zouk, 2011.

\_\_\_\_\_. *Questões de sociologia*. Lisboa: Fim de Século, 2003.

BOVINO, Marcio Lamônica. *Abuso do direito de ação: a ausência de interesse processual na tutela individual*. Curitiba: Juruá, 2012.

BRITO, Wladimir. *Lições de direito processual administrativo*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2008.

BUENO, Cassio Scarpinela. *Amicus Curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: JusPodivm, 2013.

\_\_\_\_\_. *Nulidades no processo moderno*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CASTELLS, Manuel. *Fim de milênio: a era da informação: economia, sociedade e cultura*. 1. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999. v. 3.

CHAMPAGNE, Patrick. *Formar a opinião: o novo jogo político*. Petrópolis: Vozes, 1998.

CHARAUDEAU, Patrick. *Discurso das mídias*. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2012.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). *Constituição & ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CRUET, Jean. *A vida do direito e a inutilidade das leis*. Lisboa: José Bastos & Ca., 1908.

DAHL, Robert. *A democracia e seus críticos*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

DERRIDA, Jacques. *La escritura y la diferencia*. Barcelona: Anthropos, 1989.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

DUARTE, Fernanda; VIEIRA, José Ribas (Org.). *Teoria da mudança constitucional: sua trajetória nos Estados Unidos e na Europa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

EYSENCK, H. J. *Psicología de la decisión política*. Barcelona: Ariel, 1964.

FELLET, André; NOVELINO, Marcelo (Org.). *Constitucionalismo e democracia*. Salvador: JusPodivm, 2013.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do direito constitucional contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERRY, Luc. *A sabedoria dos mitos gregos: aprender a viver II*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

GABBAY, Daniela Monteiro, CUNHA, Luciana Gross (Org.). *Litiosidade, morosidade e litigância repetitiva no judiciário: uma análise empírica*. São Paulo: Saraiva, 2012.

GARAPON, Antoine; GROS, Frederic. *Punir em democracia*. Porto Alegre: Instituto Piaget, 2002.

GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: UNESP, 1991.

GIDI, Antonio. *A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia?* São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. México: UNAM, 2003.

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jurgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. *Historia y crítica de la opinión pública*. Barcelona: Gustavo Gili, 2009.

\_\_\_\_\_. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002.

\_\_\_\_\_. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1990.

\_\_\_\_\_. *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*. 6. ed. Madrid: Catedra, 2011.

\_\_\_\_\_. *Teoria do agir comunicativo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. v. 2.

HARSANYI, David. *O Estado babá*. Rio de Janeiro: Litteris, 2011.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

\_\_\_\_\_. *Temas fundamentais do direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor W. *Dialética de la ilustración: fragmentos filosóficos*. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

JUNG, Carl Gustav. *Os arquétipos e o inconsciente coletivo*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2000.

LAZARSELD, Paul Felix. La opinión pública y la tradición clásica. In: STEINBERG, Charles S.; BLUEM, William. *Los medios de comunicación social*. México: Roble, 1969. p. 85-101.

LIMA, Venicio Artur de. *Regulação das comunicações: história, poder e direitos*. São Paulo: Paulus, 2011.

LIPPMAN, Walter. *Opinião pública*. Petrópolis: Vozes, 2008.

LOIS, Cecilia Caballero (Org.). *Justiça e democracia entre o universalismo e o comunitarismo: a contribuição de Rawls, Dworkin, Ackerman, Raz, Walzer e Habermas para a moderna teoria da justiça*. São Paulo: Landy, 2005.

LUHMANN, Niklas. *Confianza*. Barcelona: Anthropos, 2005.

\_\_\_\_\_. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: UnB, 1980.

LYOTARD, Jean-François. *La condición postmoderna*. Madri: Cátedra, 1987.

LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito*. São Paulo: Círculo do Livro, 1990. (Coleção Primeiros passos, n. 16).

MACCALÓZ, Salete. *O poder judiciário, os meios de comunicação e a opinião pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

MADEIRA FILHO, Wilson. Teoria da motivação da decisão jurídica: aspectos introdutórios – lógica e lingüística aplicadas ao direito. In: *Confluências*, Niterói, PPGSD-UFF, v. 8, nov. 2006.

\_\_\_\_\_. Vão de almas: as diversas colonizações no fim do mundo. In: *Horizontes de Brasil: cenários, intercâmbios y diversidad*. E-book disponível em: <<http://asodesigner.com/horizontesdebrasilAPEC/index.html>>. Barcelona: APEC, 2011.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARCUSE, Herbert. *Reason and revolution: Hegel and the rise of social theory*. 2. ed. London: Routledge & Kegan Paul, 1955.

MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. Barueri: Manole, 2006.

MAUS, Ingeborg. *O judiciário como superego da sociedade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MOISÉS, José Álvaro (Org.). *Democracia e confiança: por que os cidadãos desconfiam das instituições públicas?* São Paulo: EDUSP, 2010.

MONZÓN, Cándido. *Opinión pública, comunicación y política*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2006.

MORAES, Dênis de (Org.). *Mídia, poder e contrapoder: da concentração monopólica à democratização da informação*. Rio de Janeiro: FAPERJ, 2013.

MORETZSOHN, Sylvia. *Pensando contra os fatos: jornalismo e cotidiano: do senso comum ao senso crítico*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

MOSCOVICI, Serge. *Representações sociais: investigações em psicologia social*. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

MULLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

- \_\_\_\_\_. *Entre Hidra e Hércules*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.
- \_\_\_\_\_. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2013.
- NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2012.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- OST, François. Jupiter, Hércules, Hermes: três modelos de juez. In: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del derecho*, Alicante, n. 14, p. 169-194, 1993. Disponível em: <[http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01048841455381501310035/cuaderno14/doxa14\\_11.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01048841455381501310035/cuaderno14/doxa14_11.pdf)>. Acesso em: 11 jun. 2013.
- PELUSO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (Coord.). *Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou representação?: Política, direito e democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- REALE, Miguel. *O Estado democrático de direito e o conflito de ideologias*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- ROBL FILHO, Ilton Norberto. *Conselho Nacional de Justiça: estado democrático de direito e accountability*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- ROQUE, Andre Vasconcelos. *Class actions: ações coletivas nos Estados Uni-*

dos: o que podemos aprender com eles? Salvador: JusPodivm, 2013.

ROULAND, Norbert. *Nos confins do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

SANKIEVICZ, Alexandre. *Liberdade de expressão e pluralismo: perspectivas de regulação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da Justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SHAPIRO, Ian. *Os fundamentos morais da política*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOUZA, Artur César de. *A decisão do juiz e a influência da mídia: ineficácia da prova divulgada pelos meios de comunicação para o processo penal e civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

STRAUSS, Leo. *What is political philosophy? and other studies*. Glencoe: The Free Press, 1959.

STRECK, Lenio Luiz. O (pós-)positivismo e os propalados modelos de juiz (Hércules, Júpiter e Hermes): dois decálogos necessários. In: *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 7, p. 15-45, jan./jun. 2010.

\_\_\_\_\_. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

TARUFFO, Michele. Abuso de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual (relatório geral). *Revista de Processo*, São Paulo, ano 34, n. 177, p. 153-183, nov. 2009.

VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WALZER, Michael. *Política e paixão: rumo a um liberalismo igualitário*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

WEBER, Max. *O direito na economia e na sociedade*. São Paulo: Ícone, 2011.

WOLKART, Erik Navarro. *Precedente judicial no processo civil brasileiro: mecanismos de objetivação do processo*. Salvador: JusPodivm, 2013.

Impresso pela  
Seção Gráfica do  
Conselho da Justiça Federal