

Editor-chefe

Prof. Dr. Vladimir da Rocha França – UFRN

Editores Adjuntos

Maria Júlia Barbosa dos Santos – UFRN

Marcos Antônio Freire Teixeira – UFRN

Membros da comissão editorial

Dr. Alexandre de Castro Catharina – UNESA, Rio de Janeiro

Dr. Anderson Souza da Silva Lanzillo – UFRN

Dr. Carlos Bolonha – UFRJ

Dra. Cleide Calgaro – UCS

Dra. Denise Tatiane Girardon dos Santos – UNICRUZ, RS

Dr. Edilton Meireles de Oliveira Santos – UFBA

Dr. Eloy Pereira Lemos Junior – UIT

Dr. Flávio Couto Bernardes – UFMG

Dr. Ivan Lira de Carvalho – UFRN

Dr. Luís Henrique Bortolai – METROCAMP

Dr. Luiz Eduardo Cani – UnC, Santa Catarina

Dr. Luiz Manoel Gomes Junior – UIT, MG

Dr. Manuel Munhoz Caleiro – UniBrasil

Dra. Marisa Rossignoli – UNIMAR

Dr. Otacilio dos Santos Silveira Neto – UFRN

Dr. Pablo Georges Cícero Fraga Leurquin – UFJF, GV

Dr. Raoni Macedo Bielschowsky – UFU

Dr. Ricardo Sebastián Piana – UNLP, Argentina

Dr^a Silvana Raquel Brendler Colombo – PUCPR

Dr^a Tanise Zago Thomasi – UNIPAMPA

Dr. Thiago Oliveira Moreira – UFRN

Dr. Wagner Vinicius de Oliveira – UFRJ

Diagramação

Maria Júlia Barbosa dos Santos – UFRN

Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos, Natal, v. 13, n.2,
ago./dez. 2020.

ISSN 1982-310X

É com muito entusiasmo e orgulho que a Revista Constituição e Garantia de Direitos, vinculada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRN, sob a coordenação do professor Vladimir da Rocha França, traz ao público a sua mais nova edição.

Consciente dos novos valores da contemporaneidade, o fomento do debate e da pesquisa se complementa à necessidade de divulgação, assim, a Revista Constituição e Garantia de Direitos tem como pilar o desenvolvimento de um locus permanente, gratuito, ilimitado e, sobretudo, de fácil acesso.

Certamente, a divulgação do conhecimento por mecanismo tão abrangente possibilita a integração entre os diferentes programas de pós-graduação, em proveito da construção de uma rede de divulgação de experiências, na qual inexistam restrições de tempo e espaço.

Nesse sentido, a revista possui periodicidade semestral e caráter multidisciplinar visando abranger as várias áreas do saber e, desse modo, possibilitar aos docentes da UFRN e de outras Instituições de Ensino Superior, a divulgação das suas produções científicas.

Finalmente, agradecemos a todos aqueles que se empenharam para que mais um projeto do Programa de Pós-Graduação em Direito fosse consolidado.

Desejamos a todos uma excelente leitura!

Natal, 30 de março de 2021

Conselho Editorial

ARTIGOS CIENTÍFICOS

A [IN] CONVENCIONALIDADE DA REGULAÇÃO MIGRATÓRIA BRASILEIRA.....5

Thiago Oliveira Moreira

Tony Robson da Silva

A CORTE NO PAÍS DA IMPREVISIBILIDADE: O PAPEL CONTRAMAJORITÁRIO DAS
CORTES, AS VIRTUDES PASSIVAS DE ALEXANDER M. BICKEL E A *JUDICIAL*
REVIEW NO ESTADO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO21

Heloísa Alva Cortez Gonçalves

Bruna Ferrarin Pasquini

A GUERRA FISCAL NO ÂMBITO DOS MUNICÍPIOS: O FRATRICÍDIO EM TORNO DO
ISSQN.....45

Carlos André Maciel Pinheiro Pereira

Luana Lira da Câmara

A INFLUÊNCIA POLÍTICA NO MANEJO PATRIMONIAL CULTURAL DO BRASIL
REPÚBLICA (1889 A 1988)65

Bianca de Souza Saldanha

A RESPONSABILIZAÇÃO DO GESTOR PÚBLICO FRENTE AO DESCUMPRIMENTO DO
DEVER DE ACESSIBILIDADE: O DIREITO DO ADVOGADO COM DEFICIÊNCIA NAS
DELEGACIAS DE POLÍCIA81

Eliane Macedo Ferreira da Silva

Isabella Costa Urnikes

AS POSSIBILIDADES DE LIMITAÇÃO A DIREITOS DURANTE A PANDEMIA DE
COVID-19103

Lucas Antonio Pires Daloia

COLABORAÇÃO PREMIADA UNILATERAL COMO DIREITO SUBJETIVO 123

Caio Vanuti Marinho de Melo

Walter Nunes da Silva Júnior

IMPEACHMENT, DIREITO E POLÍTICA: LIÇÕES A PARTIR DO CASO ANDREW
JOHNSON 148

Almir Megali Neto

LIMITES CONSTITUCIONAIS DA MEDIDA PROVISÓRIA E O EXCEPCIONAL
CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO 173

Luiz Felipe Ferreira dos Santos

Emílio César Miranda

A [IN]CONVENCIONALIDADE DA REGULAÇÃO MIGRATÓRIA BRASILEIRA

Thiago Oliveira Moreira¹

Tony Robson da Silva²

Recebido em: 05/10/2020

Aprovado em: 27/01/2021

RESUMO

O presente artigo busca investigar a [in]convencionalidade da legislação brasileira acerca da matéria migratória. A recente publicação e polêmica acerca da revogada Portaria nº 666/2019/MJ e da sua substituta n 770/2019/MJ, cuja matéria visa regulamentar a possibilidade de deportação sumária de imigrante reacendeu o debate acerca da não convencionalidade da legislação migratória brasileira, frente aos compromissos e costumes internacionais. A busca pelo equilíbrio entre o soberano direito do Estado de regular o ingresso de pessoas em seu território e o respeito aos direitos humanos mínimos é o grande desafio a ser enfrentado pelos países quando se trata de legislação que cuida do tema da migração. O controle de convencionalidade é o mecanismo reconhecido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos para averiguação da conformidade da legislação interna com os tratados e convenções internacionais que versem sobre Direitos Humanos. Neste sentido, frente a possibilidade de responsabilização internacional do Estado e o desrespeito aos direitos humanos mínimos, este estudo cuidará de pesquisar sobre a não conformidade da legislação brasileira em matéria migratória aos tratados e convenções de Direitos Humanos dos quais o Brasil é signatário. Para tanto, o trabalho abordará a lei de migração brasileira, a sua adequação ao direito internacional, bem como as falhas de sua regulamentação, com ênfase à Portaria 666/2019 e à Portaria 770/2019, do Ministério da Justiça. Neste sentido, utilizando-se a metodologia de pesquisa bibliográfica em doutrina, legislação e jurisprudência nacional e internacional, empregando-se o método dedutivo, busca-se demonstrar a não convencionalidade da legislação brasileira com o tema proposto.

Palavras-chave: Controle de Convencionalidade. Direitos Humanos. Legislação migratória.

¹ Professor Adjunto da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Doutor em Direito pela Universidade do País Basco (UPV/EHU). E-mail: tomdireito@hotmail.com

² Professor Auxiliar I na Estácio Natal. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). E-mail: tonyrobsons@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

Ao revogar o Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815/1980), através da edição e promulgação da Lei de Migração (Lei 13.445/2017), o Brasil deu um grande salto legislativo no que tange a regulação dos direitos de migração.

De maneira muito clara, a Lei de Migração trouxe uma eloquente adequação do direito interno aos instrumentos internacionais que tratam de direitos humanos e em matéria de migração, dispensando aos migrantes um tratamento humanitário e com menos discriminação.

Contudo, ao editar sua regulamentação por meio do Decreto nº 9.199/2017, o Brasil inicia (embora o curto espaço de tempo) um notável retrocesso legislativo quanto à matéria migratória. Além do Decreto mencionado, o Projeto de Lei nº 1928/2019, que tramitou no Senado Federal, dentre outros projetos de lei do congresso nacional, a revogada Portaria nº 666/2019 e a recente Portaria nº 770/2019 cuidam em, ao contrário do que prevê a nova Lei de Migração, mitigar o reconhecimento dos direitos conferidos aos migrantes, causando inconformidade com a própria lei regulamentada, a Constituição Federal e os instrumentos internacionais que versam sobre o tema.

De forma não diferente, as regulamentações acerca do tema das migrações, mesmo em um período de excepcionalidade, como o período da pandemia causada pelo novo coronavírus, devem obedecer a preceitos mínimos dos direitos humanos dos migrantes, o que não se percebeu no Brasil quando da publicação de diversas portarias que restringiram temporariamente o ingresso de imigrantes no país. Como se verá da análise da Portaria 340/2020, não foram observadas as garantias mínimas de proteção aos migrantes.

Neste estudo, aborda-se a presente contradição e o notório desvirtuamento do caráter humanista proposto pela nova Lei de Migração, através de pesquisa bibliográfica e com o emprego do método dedutivo, para demonstrar o dever de convencionalização da legislação em matéria migratória, a adequação da Lei de Migração e a possível inconveniência dos instrumentos regulatórios já citados.

2 O DEVER DE CONVENCIONALIZAÇÃO DA LEGISLAÇÃO MIGRATÓRIA

O Brasil e demais Estados nacionais pactuam cotidianamente tratados e acordos internacionais que geram obrigações, direitos e deveres a cada um deles. É certo que ao pactuar tais compromissos, os Estados se obrigam a cumpri-los, sob pena de responsabilização internacional.

O controle de convencionalidade surge, então, como mecanismo de verificação de compatibilidade entre a norma interna e os tratados internacionais de direitos humanos que estejam em vigor naquele Estado (MAZZUOLI, 2018, p. 28).

Neste esteio, trata-se da efetivação dos atos normativos provenientes do sistema jurídico internacional no direito interno, sejam eles tratados ou decisões de cortes internacionais. Ou seja, deve-se considerar também jurisdição do Estado a cortes internacionais, vez que o Controle de Convencionalidade nacional deverá ser utilizado como instrumento para garantir uma aplicação qualificada não só das normas oriundas dos instrumentos internacionais, mas também das decisões emanadas de cortes e tribunais internacionais de direitos humanos (GUERRA e MOREIRA, 2017).

É fato que o Estado precisa adequar suas normativas aos direitos humanos mínimos que estão afirmados em diversos documentos internacionais e, no que diz respeito ao atual estudo, à matéria migratória, constituindo-se um dever geral de adequação.

Tal dever impõe aos Estados parte de um determinado tratado internacional não só os efeitos decorrentes da regra *pacta sunt servanda*, que obriga ao Estado respeitar tudo que foi assumido internacionalmente, mas também implica num dever de reestruturação do próprio Estado para que sejam garantidos eficazmente os direitos provenientes dos instrumentos internacionais.

Esta compreensão decorre não só da positivação de tais obrigações, conforme art. 1º e art. 2º da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), como do avanço jurisprudencial da Corte IDH, intérprete natural desta Convenção.

Assim, a obrigação e dever de adequação é uma carga que, em virtude do artigo 2 da CADH, adquirem todas as autoridades de todos os poderes no âmbito nacional, resguardadas as suas competências, compreendendo não só a adequação das normas e princípios administrativos, bem como as normas e princípios de caráter legal, incluindo princípios constitucionais, aos parâmetros convencionais (SANTOFIMIO GAMBOA, 2017, p. 322).

Em sentido semelhante, defendem Jahyr Philippe Bichara e Dominique Carreau que todas as matérias que dizem respeito ao Direito internacional, sejam eles pactuados ou normas de *jus*

cogens, devem ser analisados pelo controle de convencionalidade e ter primazia sobre a norma de direito interno (BICHARA; CARREAU, 2016. p. 635).

Exemplo disso é a Declaração Universal de Direitos Humanos, que em seu art. 13 reconhece o direito da livre circulação. Assim, embora não explícito o dever do Estado receber um imigrante, deve ser garantido ao imigrante tratamento digno quando em Estado estrangeiro, uma vez que o reconhecimento dos direitos humanos não pode distinguir nacionais de estrangeiros.

Nesse esteio, não se fala em obrigação do Estado regularizar um imigrante que tenha ingressado ilegalmente em seu território, por exemplo. O que se tem é o dever de garantia aos direitos humanos mínimos ao imigrante, conforme já reconhecidos inclusive pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (MOREIRA, 2019, p. 316-349) e pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU (conforme Comentário Geral nº 15 do Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas), que dispuseram que os direitos humanos não devem ser limitados apenas aos cidadãos do Estado parte, mas sim a todos os indivíduos independente de nacionalidade.

Por ser signatário de diversos instrumentos internacionais de direitos humanos e de matéria migratória, o Brasil tem o dever de efetivar internamente o conteúdo desses instrumentos. É o caso da Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, incorporada ao ordenamento brasileiro em 1961 através do Decreto 50.215, assim como da Lei 9.474/1997, que prevê tratamento diferenciado ao refugiado. Nos termos do art. 33, § 1º do mencionado Estatuto, o Brasil tem dever de não expulsar ou rechaçar um refugiado, por exemplo.

Na mesma esteira, a Convenção Contra a Tortura a Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, que foi incorporada através do Decreto nº 40/1991, prevê que os Estados parte deverão adotar as medidas necessárias para proteger o indivíduo da aplicação de penas desumanas, incluindo a proibição de expulsão, deportação ou extradição quando há perigo de submissão à tortura, nos termos do ser art. 3º.

Em resumo, se o tratado é a principal fonte do direito internacional, o seu respeito configura base necessária para a pacificação mundial e conseqüente organização política e internacional, o não cumprimento do tratado por um dos sujeitos acarreta em responsabilização internacional do Estado-parte. No caso do descumprimento de um tratado que verse sobre direitos humanos, seu descumprimento acarreta responsabilização do estado perante a pessoa prejudicada pela possível violação, em âmbito da CIDH (MAZZUOLI, 2018, p. 60).

Assim, o Brasil tem o dever de adotar os princípios internacionais aplicados à matéria migratória quando da edição e, inclusive, da regulamentação de suas leis, como forma de correto cumprimento de seus compromissos, sob pena de ser responsabilizado internacionalmente.

3 A NOVA LEI DE MIGRAÇÃO BRASILEIRA (13.445/17) E SUA ADEQUAÇÃO AO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

A história do Brasil, principalmente, nos seus períodos de governos militarizados, conferiu tratamento xenofóbico e discriminatório aos imigrantes que ingressavam em território nacional, deixando de conferir àquelas pessoas os direitos mínimos e essenciais para garantia da preservação da dignidade da pessoa humana (JARDIM, 2017, p. 23).

Publicada em maio de 2017, com produção de efeitos para dezembro daquele ano, considerando os 180 (cento e oitenta) dias de *vacatio legis* prevista em seu derradeiro artigo, a Lei nº 13.445, que instituiu a Lei de Migração brasileira, surge no país como forma de garantir conformidade da legislação brasileira aos tratados e compromissos assumidos internacionalmente, mesmo que não reconhecida diretamente, quando revoga o Estatuto do Estrangeiro de 1980 que tratava a matéria com o viés militarizado da então Ditadura Militar brasileira.

Assim, necessário se faz reconhecer o esforço do Estado, quando da edição da Lei de Migração, para encontrar adequação do seu ordenamento jurídico às regras estabelecidas internacionalmente, seja por meio de tratados incorporados ao direito interno, seja por meio de decisões de cortes e entidades internacionais e ainda aos direitos fundamentais assegurados pela Constituição de 1988.

A nova lei de migração é de extrema importância, pois inaugura uma nova era no Brasil, ao revogar o Estatuto do Estrangeiro, em que o estrangeiro era tratado como ameaça à segurança nacional (BERNER, 2018, p. 1).

Neste sentido, diversos autores adotaram discurso de consenso acerca do acerto do legislador brasileiro com a Lei nº 13.445/2017, vez que se positivou na ordem nacional a compreensão internacionalista de garantia de preservação dos direitos humanitários aos migrantes (BICHARA, 2018; GUERRA, 2017; JARDIM, 2017; MOREIRA, 2019).

Em seu artigo 3º, a Lei de Migração adotou os mais caros princípios para defesa dos direitos dos migrantes, em especial a acolhida humanitária, não criminalização da migração, não

discriminação e universalização dos direitos humanos, tendo a temática de migrações à luz da perspectiva dos Direitos Humanos, colocando o país numa posição de vanguarda no debate mundial acerca das migrações (BERNER, 2018, p. 1).

De forma acertada, a Lei cuidou de tratar o imigrante como sujeito de direitos, garantindo em todo território nacional condições de igualdade aos nacionais, conferindo-os vários direitos antes não reconhecidos em seus arts. 3º e 4º (GUERRA, 2017).

Para garantir sua efetivação, a nova Lei trouxe também instrumentos como a desburocratização do processo de regularização migratória e a concessão de visto temporário para acolhida humanitária, como forma de garantir efetividade às suas previsões.

Em que pese o atual momento de transição, que exige do Estado um exercício de sensibilidade e proporcionalidade para se posicionar frente ao atual desafio enfrentado pela sociedade internacional para “conciliar as prerrogativas dos Estados e as obrigações internacionais decorrentes dos tratados de cunho econômico ou protetivo de direitos humanos” (BICHARA, 2018), o Brasil conseguiu encontrar através da sua Lei de Migração a convencionalidade necessária no que se refere à matéria migratória.

Contudo, apesar do avanço reconhecido através da Lei de Migração, o Brasil enfrenta atualmente mais uma *via crucis*: embora tenha uma lei que regula a matéria migratória em adequação às garantias mínimas dos migrantes, enfrenta severo retrocesso que ameaça atropelar até mesmo a Lei 13.445/2017 a partir da sua regulamentação.

4 A (IN) CONVENCIONALIDADE DA REGULAMENTAÇÃO MIGRATÓRIA BRASILEIRA

A despeito da guinada brasileira para garantir conformidade de sua legislação aos tratados e compromissos internacionais que tratam da matéria migratória e do respeito aos direitos fundamentais conferidos também aos migrantes, as regulamentações à Lei nº 13.445/2017 tem, ao que consta, buscado minimizar o seu caráter humanista.

Não bastasse isso, conforme será descrito nas linhas que seguem, o congresso nacional tem discutido alguns projetos de lei que, notadamente, buscar fazer retornar o caráter sectário adotado pelo Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.815/1980), revogado pela nova Lei de Migração.

4.1 Decreto nº 9.199/2017 e seus vícios

Após a sanção da nova Lei de Migração, o poder executivo tratou da sua regulamentação por meio do Decreto 9.199/2017. Embora dito Decreto devesse seguir estritamente o que manda a sua regulamentada, claramente o poder regulamentador foi extrapolado, o que causou desvirtuamento do caráter humanista da lei em tela.

Uma das críticas mais contundente ao referido Decreto permeia sobre a detenção de pessoa em situação irregular de imigração. O Decreto 9.199/2017, no seu artigo 172, parágrafo único, prevê “na hipótese de entrada condicional prevista no caput, a Polícia Federal fixará o prazo de estada, as condições a serem observadas e o local em que o imigrante impedido ou clandestino permanecerá”.

Em outro completo descompasso com a lei que visava regulamentar, o Decreto 9.199 de 2017, em seu art. 211, havia previsto instrumento para prisão com fins de deportação - que não estava previsto na Lei de Migração - o que demonstra contraste inicial entre o Decreto regulamentador e a lei migratória, conforme já apontado por MOREIRA (2019, p. 493).

Além de ser contrário aos instrumentos internacionais do qual o Brasil é parte, neste caso, percebe-se que o referido Decreto contraria a própria Lei regulamentada, a Lei de Migração, que em seu art. 123 prevê que “ninguém será privado de sua liberdade por razões migratórias, exceto nos casos previstos nesta Lei”.

Contudo, em acertada decisão, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em sede de Habeas Corpus, reconheceu que a prisão para fins de cumprimento de decreto de expulsão de estrangeiro foi abolida do Brasil pela nova Lei de Migração (RHC nº 91.785/SP), afastando assim os efeitos do nefasto artigo. No mesmo sentido julgou o Tribunal Regional Federal da 3ª Região: HC nº 0000051-59.2018.4.03.0000/SP, em 20 de março de 2018 e Recurso em Sentido Estrito nº 0005610-28.2017.4.03.6112/SP, em 22 de maio de 2018.

Com efeito, em discussão judicial, já houve o reconhecimento da extrapolação do poder regulamentar quando da edição do Decreto 9.199/2017, vez que as normas regulamentadoras de uma lei não podem contraditá-la, servindo senão para garantir a efetividade da norma já existente. Assim sendo, o Decreto em questão não pode extrapolar o que foi disposto na Lei nº 13.445, devendo somente fazer cumprir os mandamentos nela previstos.

Não bastasse a contrariedade apontada acima, o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos (SIPDH), do qual o Brasil faz parte, não permite a prisão arbitrária determinada puramente para fins de deportação/expulsão, conforme colocado no Decreto.

Segundo decidiu a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) quando do julgamento do Caso Vélez Loor Vs. Panamá (Sentença de 23 de novembro de 2010, par. 166) a privação de liberdade de um migrante deve ser justificada e considerada uma exceção.

Sem embargo, o Decreto ora discutido apresenta incompatibilidade legal e material com a Nova Lei de Migração, assim como apresenta inconveniência em relação ao disposto pelo SIPDH, devendo ser revogado.

4.2 Projetos de lei no congresso nacional e suas inconveniências

Esteve em discussão no Senado Federal o projeto de lei PL 1.928/2019, de autoria do Senador Acir Gurgacz (PDT/RO) – atualmente, está arquivado, em virtude de requerimento do autor do PL, que solicitou à mesa da casa legislativa retirada definitiva da matéria - que pretendia alterar a Lei de Migração para incluir a possibilidade de visto temporário simplificado à jovens que pretendam desenvolver atividades de estágio no Brasil.

Contudo, em sentido semelhante ao art. 211 do Decreto 9.199/2017, foi apresentada uma emenda substitutiva pelo Senador Fernando Bezerra (MDB/PE) que pretende, além desta, incluir na referida Lei a possibilidade de prisão para deportação e, ainda mais grave, a retirada compulsória de solicitantes de refúgio, o que representaria um grave atentado aos princípios que devem nortear a relação migratória.

Se fosse aprovado o projeto em questão, o Brasil estaria claramente violando os compromissos assumidos internacionalmente para garantia dos direitos aos migrantes mais uma vez, uma vez que se tratará de norma inconveniente.

Na Câmara Federal tramitam, apensados, os Projetos de Lei PL nº 6119/2019, de autoria do Deputado Luiz Philippe de Orleans e Bragança (PSL/SP), PL nº 5326/2019, de autoria do Deputado José Medeiros (PODE/MT), PL nº 6359/2019, de autoria do Deputado Flávio Nogueira (PDT/PI) e PL nº 305/2020, de autoria do Deputado Nicoletti (PSL/RR).

Em relação ao PL 6119/2019, destaca-se a inclusão da conveniência de “interesses nacionais”, através do art. 53-A, para deportação de migrante em situação irregular, assim como a

possibilidade de expulsão para “estrangeiro” que se entregue à “vadiagem ou mendicância”, no art. 54.

Quanto ao PL 5326/2019, percebe-se que representa uma incursão da Portaria 666/2019 na Lei 13.445/2017. Dentre seu objetivo, destaca-se a proposta de alterar dita lei para incluir o artigo 45-A, que caracteriza a pessoa que tenha praticado ato contrário aos princípios e objetivos dispostos na Constituição Federal, assim como o artigo 51-A, que instituiria o prazo de 48h para defesa e 24h para recurso, nos casos de decisão da deportação.

O Projeto de Lei nº 305/2020, tem como proposta instituir, dentre outros, a prisão para fins de expulsão, nos termos da nova redação do art. 57.

Em sendo aprovados tais projetos de lei o país estaria ingressando em um arriscado caminho da inconveniência da sua lei de migração ao dispensar tratamento discriminatório e xenofóbico aos imigrantes.

Já o Projeto de Lei nº 6359/2019, de autoria do Deputado Flávio Nogueira (PDT/PI), é o único que não tem viés restritivo em relação aos direitos das pessoas em situação migratória. Dito PL tem como proposta regulamentar o inciso XV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, “que disciplina a livre locomoção de qualquer pessoa no território nacional, podendo nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens, e dá outras providências”.

Dentre suas características, destaca-se o seu artigo 2º que prevê que “qualquer pessoa pode entrar no território nacional ou sair dele, em tempo de paz, respeitada a legislação de estrangeiro e obtenção de passaporte, nos casos previstos em lei”.

Caso ditos PL for aprovado, o Brasil estaria frente ao reconhecimento do direito à imigração, restritamente discutido no âmbito do Direito Internacional.

Assim, é evidente que os projetos de lei que visam mitigar direitos humanos dos migrantes agravariam a situação de inconveniência do Brasil, caso aprovados, motivo pelo qual o próprio congresso tem o dever de rejeitá-los, em observância aos instrumentos internacionais do qual o país é parte.

4.3 Portaria nº 666/2019 – MJ e sua total incompatibilidade

No mesmo sentido desvirtuante do caráter humanista da Lei de Migração brasileira, surge a Portaria nº 666 do Ministério da Justiça e Segurança Pública que prevê, inclusive, a possibilidade de expulsão sumária de imigrantes.

Através de rápida leitura da portaria mencionada, antes mesmo de falar em inobservância de direitos internacionalmente reconhecidos aos migrantes, a “expulsão sumária” e a possibilidade de declaração de “pessoa perigosa” claramente violam o direito ao devido processo legal e o princípio da inocência, ambos garantido pela Constituição de 1988 (art. 5º, LIV, LV, LVII) como direitos fundamentais.

Ainda neste aspecto, a Portaria 666 considera, inclusive, como pessoa perigosa a que for suspeita por prática de alguns atos (art. 2º), o que revela sua contradição à própria Lei de Migração que só considera a possibilidade de expulsão quando o migrante seja condenado (por alguns crimes, conforme §1º do art. 54) e desde que tenha havido o trânsito em julgado da condenação.

A garantia do devido processo legal, além de prevista na Constituição Federal, foi enunciada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos como um dos *standards* mínimos para o migrante, nos termos do capítulo 7 do documento intitulado de *Movilidad humana - estándares interamericanos*³.

Em mais uma evidente inconformidade, a Portaria 666 cria a possibilidade de prisão cautelar para deportação (art. 5º), instrumento não aceito pela Lei nº 13.445 que previu em seu art. 123 que “Ninguém será privado de sua liberdade por razões migratórias, exceto nos casos previstos nesta Lei”.

Em outra evidente inconformidade, embora conste no seu texto a previsão legal de individualização dos procedimentos, a Portaria abre brecha para a expulsão acontecer, por exemplo, de modo geral.

Neste sentido, a Defensoria Pública da União se manifestou, através da Nota Técnica nº 6 de 26 de julho de 2019, alertando sobre inconstitucionalidade, ilegalidade e inconveniência da criação por uma portaria ministerial de controle migratório, incluindo a criação do instituto de deportação sumária que viola noções mínimas do devido processo legal.

Ainda neste sentido, o Ministério Público Federal emitiu a Recomendação nº 09/2019/PFDC/MPF, cujo objetivo é alertar ao Ministro da Justiça e Segurança Pública sobre a incompatibilidade da mencionada portaria com instrumentos internacionais de direitos humanos,

³ Disponível em <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/movilidadhumana.pdf>.

Constituição Federal e com a própria Lei de Migração, bem como sugerir a suspensão dos efeitos da Portaria 666/2019.

Pelo exposto, observa-se a clara inconveniência da referida portaria, seja pela criação do instituto da deportação sumária, desrespeito ao devido processo legal, prisão para fins de expulsão ou deportação, ou ainda pela negativa de solicitação de refúgio por pessoa na qualidade de investigada.

Em recente petição apresentada ao Supremo Tribunal Federal (STF), a Procuradoria Geral da República (PGR) propôs a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 619 para declaração de inconstitucionalidade da referida portaria.

Considerando a expressiva contrariedade da norma em questão à legislação migratória em vigor no Brasil, e certamente pressionado pelas ações institucionais acima mencionadas, o Ministro da Justiça revogou a Portaria nº 666/2019, através da Portaria nº 770/2019, de 11 de outubro de 2019, que será comentada em tópico seguinte.

4.4 Portaria nº 770/2019 – MJ e sua total incompatibilidade

A despeito das poucas alterações entre o texto da portaria substituída, a Portaria nº 770/2019 manteve o mesmo viés de violação ao caráter humanista da Lei de Migração, o que, como já dito, não é possível.

Até então vigente, a Portaria 770/2019 alterou a classificação de “pessoa perigosa”, excluindo a possibilidade de responsabilização a pessoas suspeitas e passando à pessoa sobre quem recaia razões sérias que indiquem envolvimento um dos crimes previstos nos incisos do seu artigo 2º.

Da mesma forma, no artigo 2º, foi retirada a possibilidade de se considerar como perigosa a pessoa que tenha envolvimento com “torcida com histórico de violência em estádios” (Portaria 666/2019, art. 2º, V), assim como foram excluídas as expressões repatriação e deportação sumária.

O que se denota é estes regulamentos foram editados com intuito de aumentar o poder de discricionariedade da autoridade policial responsável pelo tratamento dos migrantes, qual seja a Polícia Federal, contrariando claramente a Lei de Migração.

Contudo, de outro modo, a Portaria 770/2019 promoveu um sutil aumento nos prazos para defesa do imigrante irregular – antes de 48h e agora de 5 dias (art. 6º, caput) – e no prazo de recurso da decisão de deportação – antes de 24h e agora de 5 dias (art. 6º, § 5º).

A Portaria 770/2019, entretanto, no seu art. 7º, manteve a possibilidade de autoridade policial federal poder representar perante o juízo federal pela prisão ou por outra medida cautelar, o que não é cabível conforme se depreende da Lei de Migração.

Destaque-se que referida portaria mantém o sentimento do nacionalismo metodológico em que o estrangeiro, tido como elemento perturbador do Estado/sociedade, é duplamente suspeito: suspeito de crimes encontrados no Código Penal e também suspeito pelo simples fato de ser estrangeiro, embora o princípio da não criminalização da migração faça parte do coração do sistema legal brasileiro (LILA-CORDE, 2019, p. 285-286).

4.5 A portaria 340/2020-PR e a sua inconveniência parcial

Em decorrência da declaração da Organização Mundial de Saúde (OMS), de que o mundo estava sob uma pandemia provocada pela COVID-19, doença causada pelo novo coronavírus, em março de 2020, diversos Países adotaram medidas restritivas para tentar impedir a proliferação da doença e um possível colapso nos sistemas de saúde.

Como forma de tentar mitigar a entrada do vírus no país, o Ministério da Justiça e Segurança Pública, em conjunto com o Ministério da Casa Civil e Ministério da Saúde, passou a editar Portarias cujo intuito foi a restrição de ingresso de pessoas através das fronteiras brasileiras.

Embora tenham sido publicadas diversas portarias, destaca-se a nº 340, de 30 de junho de 2020, que determinara a restrição excepcional de entrada no País de estrangeiros de qualquer nacionalidade pelo prazo de trinta dias, em razão da sua temporalidade.

Embora exista a possibilidade de restrição de ingresso temporário, justificada pela tentativa de mitigar a proliferação do novo coronavírus, não se pode concordar com as sanções previstas pela portaria nº 340/2020, que previu, dentre outras, a possibilidade de inabilitação de pedido de refúgio, caracterizando um claro atentado à normativa internacional e doméstica acerca de tal matéria. Do mesmo modo, prever a possibilidade de deportação ou repatriação imediata, ou seja, sumária, é um claro atentado ao preceituado pela Lei 13.445/2017.

Não menos importante, a inabilitação do pedido de refúgio como forma de sanção é um latente atendado ao Estatuto dos Refugiados, de 1951, incorporado ao ordenamento jurídico doméstico através da Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997, que em seu art. 7º, §1º prevê que em hipótese alguma será efetuada a deportação do solicitante de refúgio para fronteira de território em que sua vida ou liberdade esteja ameaçada, em virtude de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opinião política.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme se depreende do processo de globalização atual, do qual o Brasil é parte, são diversos os instrumentos internacionais que asseguram e tutelam direitos humanos às pessoas em situação migratória. Embora os países pactuem tais acordos em cenário internacional, muitas vezes a internalização dos instrumentos não acontece ou não são efetivamente implementadas as suas diretivas, restando, conforme exposto, algumas incompatibilidades entre instrumentos domésticos e internacionais.

Como estudado, após o Estado firmar um acordo internacional, seja tratado, convenção ou outro instrumento, gera para ele um reconhecido dever para que todos os seus poderes e agentes atuem para adequação da norma interna aos instrumentos e compromissos internacionais.

Este dever de adequação, que visa a convencionalidade das normas, tem fundamento especial a partir do princípio da norma *pacta sunt servanda* e boa-fé, vez que todo acordo internacional é feito para produção plena dos seus efeitos, vinculando o Estado-parte ao compromisso assumido.

Este dever emana para todo o poder público estatual, sendo para o Legislativo, quando da edição de leis, à observância aos princípios internacionais que regem os Direitos Humanos; para o Executivo, quando da sua regulamentação e execução, à necessária observância das normas internacionais protetivas de Direitos Humanos; e ao Judiciário quando da averiguação de aplicação das normas, a invalidação, por vício de inconventionalidade, dos atos normativos contrários ao Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Nesse sentido, o Brasil tem o dever de promover a sua adequação normativa interna aos compromissos internacionais pactuados, sob pena de violar tais compromissos, gerando a incompatibilidade, aqui também chamada de inconvenção normativa.

Para o Estado, a inconvenção, além de lhe colocar numa situação de descrédito, pode gerar responsabilização internacional, trazendo prejuízos pelo não cumprimento dos acordos firmados.

Assim, percebendo-se, dos atos de regulamentação infralegal da política migratória no Brasil, assim como do Projeto de Lei nº 1928/2019 e nº 305/2020, a partir da violação dos princípios internacionais de proteção aos Direitos Humanos e dos Migrantes, bem como a própria Lei de Migração (13.445/2017), que está adequada a estes, urge a necessidade de correção das inconvenções apontadas, sob pena de responsabilização internacional do país.

Por fim, estando os atos do Legislativo e Executivo viciados por inconvenção, nos termos do que foi estudado, espera-se a correta atuação do Judiciário para invalidação da Portaria 770/2019 e da Portaria 340/2020 (e até mesmo do PL 1928, caso seja aprovado) visando garantir a convenção da normativa brasileira quanto à matéria de migração.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Ana Paula Martins; COSTA, Luiz Rosado. **A (não) criminalização das migrações e políticas migratórias no Brasil: do Estatuto do Estrangeiro à nova Lei de Migração.** In.: JUSTIÇA DO DIREITO v. 31, n. 2, 2017, p. 208 – 228. Disponível em: <http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/7147>. Acesso em: 21 set. 2019.

BERNER, Vanessa Batista. **Imigração e Cidadania na Constituição Federal Brasileira de 1988.** In: GUERRA, Sidney Cesar Silva; Barroso Filho, Jose; Sellos-Knoerr, Viviane Coelho. (Org.). 30 anos da Constituição da República Federativa do Brasil. 1ed. Curitiba: Instituto Memoria, 2018, v. 1, p. 1-28.

BICHARA, Jahyr-Philippe. Proteção internacional dos migrantes: entre prerrogativas e obrigações dos Estados. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, v. 55, n. 220, p. 123-148, out./dez. 2018. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/220/ril_v55_n220_p123. Acesso em: 03 set. 2019.

CARREAU, Dominique; BICHARA, Jahyr-Philippe. **Direito internacional.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

COELHO, Gabriela. **Portaria sobre deportação viola direitos, leis e a própria Constituição, diz DPU**. Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-27/portaria-reportacao-viola-direitos-constituicao-dpu>. Acesso em: 08 set. 2019.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Movilidad humana - estándares interamericanos**. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/movilidadhumana.pdf>. Acesso em: 08 set. 2019.

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. **Nota técnica nº 6 – DPGU/SGAI DPGU/GTMR DPGU de 26 de julho de 2019**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/portaria-mj-viola-direitos-leis-propria.pdf>. Acesso em: 08 set. 2019.

GOMES, Joséli Fiorin. **A Nova Lei de Migração Brasileira em Cheque: exame dos avanços face ao estatuto do estrangeiro e das dificuldades decorrentes dos vetos presidenciais**. In.: MENEZES, Wagner (Org.). *Direito Internacional em Expansão*. Vol. XIII. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018, p. 485 – 505.

GUERRA, Sidney. **A Nova Lei de Migração no Brasil: Avanços e Melhorias no Campo dos Direitos Humanos**. *Revista Direito e Cidade*. vol. 09, nº 4. ISSN 2317-7721, 2017. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/download/28937/21967>. Acesso em: 08 set. 2019.

GUERRA, Sidney; MOREIRA, Thiago Oliveira. **Contornos Atuais do Controle de Convencionalidade Doméstico**. In.: **Los Desafíos Jurídicos a La Gobernanza Global: una perspectiva para los próximos siglos**. 1º ed. Brasília-DF: Advocacia-Geral da União, 2017.

JARDIM, Tarciso Dal Maso. **A lei migratória e a inovação de paradigmas**. In: **Cadernos de Debates, Refúgios, Migrações e Cidadania**, v. 12, n. 12 (2017). Brasília: Instituto Migrações e Direitos Humanos. Pag. 17-47. Disponível em: https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/Caderno-de-Debates-12_Ref%C3%BAgio-Migra%C3%A7%C3%B5es-e-Cidadania.pdf. Acesso em: 08 set. 2019.

LILA-CORDE, Marine. **Les Droits de l’Homme dans les politiques migratoires brésiliennes : droits des migrants au regard d’un changement de paradigme législatif**. *Estudios de Derecho*, 77 (169), 2019.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MOREIRA, Thiago Oliveira. **A concretização dos direitos humanos dos migrantes pela jurisdição brasileira**. Curitiba: Instituto Memória. Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2019.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. **El Concepto de Convencionalidad: vicisitudes para su construcción sustancial en el sistema interamericano de derechos humanos: ideas fuerza receptoras**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017.

THE [IN] CONVENTIONALITY OF BRAZILIAN MIGRATORY REGULATION

ABSTRACT

This article seeks to investigate the [in] conventionality of Brazilian legislation on migratory matters. The recent publication and controversy about the revoked Ordinance No. 666/2019 / MJ and its substitute No. 770/2019 / MJ, whose article aims to regulate the possibility of summary deportation of immigrants, has rekindled the debate about the unconventionality of Brazilian migration legislation, international commitments and customs. The search for a balance between the sovereign right of the State to regulate the entry of people into its territory and respect for minimum human rights is the major challenge to be faced by countries when it comes to legislation that addresses the issue of migration. Conventionality control is the mechanism recognized by the Inter-American Court of Human Rights to verify the conformity of domestic law with international treaties and conventions dealing with human rights. In this sense, in view of the possibility of international accountability of the State and disrespect for minimum human rights, this study will take care to investigate the non-compliance of Brazilian legislation on migratory matters to the human rights treaties and conventions to which Brazil is a signatory. To this end, the work will address the Brazilian migration law, its adaptation to international law, as well as the flaws in its regulation, with emphasis on Decree 666/2019 and Decree 770/2019, of the Ministry of Justice. In this sense, using the bibliographic research methodology in national and international doctrine, legislation and jurisprudence, using the deductive method, we seek to demonstrate the unconventionality of Brazilian legislation with the proposed theme.

Keywords: Conventionality control. Human rights. Migration legislation.

**A CORTE NO PAÍS DA IMPREVISIBILIDADE: O PAPEL
CONTRAMAJORITÁRIO DAS CORTES, AS VIRTUDES PASSIVAS DE
ALEXANDER M. BICKEL E A *JUDICIAL REVIEW* NO ESTADO
DEMOCRÁTICO BRASILEIRO**

*Heloísa Alva Cortez Gonçalves*⁴

*Bruna Ferrarin Pasquini*⁵

Recebido em: 28/09/2020

Aprovado em: 11/11/2020

RESUMO

O presente artigo propõe-se a avaliar o papel atuante do judiciário brasileiro, especialmente do Supremo Tribunal Federal (STF), e os possíveis problemas que esse ativismo pode gerar a uma democracia. Para tanto, objetiva-se expor a revisão judicial e avaliar as contribuições da teoria de Alexander M. Bickel sobre as virtudes passivas e o princípio do contramajoritário e sua possível e/ou viável aplicação no Brasil. Sendo assim, o objetivo geral deste artigo é repensar o papel do STF nos moldes propostos por Bickel em sua teoria, para superar a dicotomia ativismo judicial - deferência ao legislativo. Os objetivos específicos são avaliar o nível de ativismo judicial brasileiro, bem como o *judicial review*, e propor uma nova forma de se encarar a situação por meio da teoria de Bickel. O presente artigo visa, além disso, debater sobre a aplicação do princípio do contramajoritário e as virtudes passivas do Poder Judiciário, para contornar o ativismo ultraforte brasileiro. Conclui-se que ao utilizar-se das virtudes passivas, o tribunal evitaria posicionar-se, definitivamente, em prejuízo da sua função de guardião dos princípios ou confrontar a opinião pública e os poderes majoritários, o que contribuiria para o fortalecimento da democracia, que vivenciam um esgotamento de certezas que as sustentam. Para tanto, utilizou-se uma abordagem crítica, e a investigação desenvolveu-se mediante pesquisa bibliográfica.

⁴ Doutoranda em Direito pela Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Atualmente é professora na Graduação e Pós-Graduação na UNICESUMAR - Centro Universitário de Maringá. Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Maringá, pós-graduada em Direito Constitucional pela Universidade Estadual de Maringá - UEM. É advogada. E-mail: heloisagon@hotmail.com

⁵ Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual de Maringá. Especialista em Direito Público pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Atualmente exerce o cargo de Assessora de Gabinete pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. E-mail: brunafpassos@gmail.com

Palavras-chave: Ativismo. Contramajoritário. Virtudes Passivas. STF.

1 INTRODUÇÃO

Por meio de novas ações constitucionais, a Constituição Federal de 1988 ampliou o escopo material da revisão judicial e legitimou novos sujeitos. Com isso, o reflexo da novidade foi o crescente ativismo da Corte. A teoria de Bickel critica o ativismo judicial, por isso expressada neste artigo com a finalidade de questionar qual aplicação tem o princípio do contramajoritário e as virtudes passivas no ordenamento jurídico brasileiro e de que forma poderia este contribuir para a manutenção do sistema democrático.

Com efeito, no presente trabalho, por sua natureza e delimitação, é necessário efetuar um recorte. Para tanto, elege-se como objeto de pesquisa o autor contemporâneo Alexander M. Bickel que, em suas obras, especialmente *The Least Dangerous Branch*, cuida das virtudes passivas do juiz e do princípio do contramajoritário. Objetiva-se introduzir as ideias de Bickel e seus principais pensamentos no meio jurídico brasileiro, pois a maioria de suas obras não se encontram traduzidas para o idioma oficial. O método de abordagem utilizado será o dedutivo, com técnica de pesquisa bibliográfica.

2 O PROTAGONISMO JUDICIAL

As democracias vivem atualmente uma progressiva expansão do Poder Judiciário, a qual tem atuado sobre as relações sociais e principalmente no campo da política. Em razão desse protagonismo, as funções dos três poderes passaram a ser novamente discutidas, inclusive em democracias consolidadas.

Dessa forma, o estudo da temática merece ser iniciado sob o conceito de ativismo judicial. A expressão *ativismo judicial* surgiu em 1947, num artigo de Arthur Schlesinger Jr., sob o título “The Supreme Court: 1947”, publicado na revista *Fortune* (SCHLESINGER JR., 1947, p. 73-79). Essa expressão surgiu, pois, era discutido o perfil dos juízes que à época integravam a Suprema Corte,

classificando-os como “ativistas”, “campeões da autocontenção” e “moderados”. Apesar de a conceituação da temática datar da década de 40, doutrinadores afirmam que a prática pode ser encontrada já no século XVI.

Wolfe (1994) expõe que o ativismo não é um fenômeno recente. A própria história do constitucionalismo norte-americano pode ser dividida em três eras bastante distintas, a partir da noção de ativismo judicial, tendo em vista as transformações ocorridas ao longo dos séculos na forma de intervenção da Suprema Corte por meio da jurisdição constitucional: a era tradicional (1787- 1890), em que se inaugura o controle difuso de constitucionalidade, privilegiando-se a aplicação da Constituição diante da legislação ordinária; a era de transição (1890-1937), marcada pela influência de um *laissez-faire* da Suprema Corte, revelando uma política judiciária de contenção, que impedia o Estado de tomar quaisquer medidas voltadas à regulação da economia ou à intervenção nas relações privadas; e a era moderna (1937 até hoje), conhecida como a mais importante de todas, que atinge seus anos de ouro com a denominada *Corte Warren*, ocasião em que os juízes deixariam de simplesmente interpretar as leis para reescrevê-las (OLIVEIRA, 2018).

A postura descrita, de escrever novamente a lei, é deveras preocupante, pois pode ter consequências desastrosas para a democracia. Isso pois o ativismo judicial envolve o problema da interferência do Poder Judiciário nas esferas legislativa e executiva. Tal fenômeno pode assumir, portanto, as mais diversas formas e conotações, o que resulta inúmeras dificuldades teóricas e práticas quando se trata de sua definição conceitual (KMIEC, 2004, p. 1441).

Apesar de a temática ser conceituada de várias formas, pode-se dizer que em todas elas há um elemento comum: uma postura proativa do poder judiciário.

Para Dworkin (2010, p. 451- 452), “o ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico”. O alerta desse autor contém uma das consequências da postura proativa em demasia, na qual um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições da cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre a justiça que exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima. Insiste em que os juízes apliquem a Constituição por meio da interpretação, e não por *fiat*, querendo com isso dizer que suas decisões devem ajustar-se à prática constitucional, e não ignorá-la.

Dworkin (2010) expõe que o texto constitucional fica ameaçado pela postura do juiz ativista, que ignora toda uma lógica decisória dos tribunais, o que gera uma certa insegurança judicial na sociedade.

Segundo Kmiec (2004, p. 1442-1444), entre os diversos sentidos adotados usualmente pelos juristas, o ativismo judicial vem frequentemente associado às seguintes práticas: (a) a invalidação de atos produzidos por outros Poderes, ainda que constitucionais, em desaprovação à escolha de diretrizes políticas; (b) o afastamento dos precedentes, seja vertical ou horizontalmente; (c) a atuação como legislador positivo mediante a produção de sentenças aditivas; (d) o desvio da metodologia interpretativa aceita; (e) a predeterminação dos julgamentos orientados para atender a uma determinada finalidade.

É evidente que não há como conceituar ativismo judicial em um só ato, tendo em vista que sua prática é muito mais complexa. Isso pois os Tribunais, especialmente aqueles que desempenham uma função estratégica na sedimentação da interpretação da Constituição, mostram-se, cada vez com mais nitidez, como atores políticos, produzindo fortes intervenções no campo das relações interinstitucionais ou mesmo com interferências decisivas em debates públicos sobre temas comportamentais de grande apelo midiático. No caso brasileiro, em específico, o Supremo Tribunal Federal destaca-se por ostentar decisões que refletem os dois níveis de atuação descritos acima. Por certo que, também por aqui, não se trata de um fenômeno recente. Nos últimos dois anos, todavia, com o agravamento das crises política e econômica, o recurso sistemático à intervenção judicial parece ter atingido seu paroxismo (OLIVEIRA, 2018).

O ativismo judicial centra-se neste ponto. O juiz transpassa o campo do direito e ingressa na seara da política. Assim, de acordo com Reverbel (2009), “resolve” problemas políticos por critérios jurídicos. O ativismo judicial pode representar um perigo para a democracia e para o próprio constitucionalismo, conforme é ilustrado no livro de Mark Levin, *Men in black: how the Supreme Court is destroying America*, de 2005, que atribui a juízes ativistas o abuso do seu mandato constitucional ao produzirem leis para impor suas crenças e preconceitos pessoais ao resto do país (ROOSEVELT, 2006, p. 12-13).

Expostas as principais razões para se preocupar com o ativismo, importa citar que existem autores fiéis à defesa da postura ativista, os quais geralmente embasam seus argumentos na capacidade elitista dos magistrados de tomarem as melhores decisões.

Em defesa do ativismo judicial está o fato de o Judiciário ser uma instância formada por homens experimentados e prudentes com o papel de limitar os poderes de representantes eleitos, suplementar aos demais poderes governamentais e preservar a Constituição (MILLER, 1982, p. 70). Argumento esse que não pode ser endossado, principalmente no Brasil, em que recente postura paroxística é deveras preocupante.

Na condição peculiar brasileira, o ativismo praticado pelo STF vem marcado pela absoluta falta de racionalidade na produção das decisões judiciais, pois estas não seguem qualquer padrão, metodologia ou critério capaz de conferir a mínima coerência e integridade do ordenamento jurídico (RODRIGUEZ, 2013).

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal continua a se pronunciar sobre questões que não se apresentam na superfície do discurso político, mas que, numa perspectiva mais profunda, revelam também algum tipo de relação intrincada com o legislativo, isto é, algumas questões comportamentais que mobilizam a sociedade e que, geralmente, vêm representadas politicamente pelo binômio conservadorismo- progressismo (OLIVEIRA; THOMAZ, 2018).

Defensor do ativismo judicial, Luís Roberto Barroso afirma que este está associado “a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações, nem sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios” (BARROSO, 2011).

Para Barroso (2011), o ativismo estaria relacionado à expansão da atividade jurisdicional, de maneira que os tribunais não devem se limitar mais à função típica de aplicar o Direito, mas também de criar o Direito: para ele, “o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o sentido e alcance.”

Sem no momento tecer comentários acerca da opinião expressada pelo ilustre ministro do STF brasileiro, importa citar que ao contrário dos norte-americanos – que sempre analisam os problemas relativos à tensão entre Direito e Política com certa cautela –, no Brasil, é comum encontrar juristas que rapidamente aderiram ao ativismo judicial. Fica evidente, pelos motivos expostos que deve-se preocupar com o ativismo atual do Supremo Tribunal Federal Brasileiro. Passemos a entender os motivos pelos quais o judiciário assumiu a postura proativa.

3 A JUDICIALIZAÇÃO

Ao lado do ativismo propriamente dito, costuma-se falar da ‘judicialização’ como instituto análogo, o que não é verdade, pois esse termo refere-se à busca crescente do Judiciário para resolução de problemas diversos, incluindo sociais, como a questão do fornecimento de medicamentos e a realização de cirurgias em pacientes graves, que poderiam ser solucionadas por outras vias, como a administrativa (PAGANELLI, 2011, p. 132), caso o Estado estivesse mais estruturado.

Passemos a expor a judicialização no Brasil e seus desdobramentos.

Com a promulgação da Constituição de 1988 e a implementação do Estado Social e Constitucional, o Direito contemporâneo passa a ser caracterizado pela centralidade da Constituição no sistema jurídico. Consagrado na segunda metade do século XX pela soberania das Constituições normativas, o chamado Estado Constitucional de Direito entende que a validade das leis não depende apenas da sua forma de produção, mas da congruência de seu conteúdo com as normas/valores constitucionais (BARROSO, 2009, p.45.)

Esse fenômeno, de acordo com Ribas (2014), não é peculiaridade brasileira. Tem-se verificado, na maior parte dos países ocidentais, a partir da Segunda Guerra Mundial, um avanço da justiça constitucional sobre a política majoritária. Essa tendência tem origem mais remota no chamado *judicial review* norte-americano, inaugurado no julgamento do célebre caso *Marbury v. Madison*, no qual o juiz Marshall assumiu para sua Corte o que não estava em nenhum lugar explícito na constituição americana – o poder supremo para aplicar a Constituição, inclusive contra os quais nem mesmo os atos do Congresso alcançam.

No Brasil, o poder judiciário foi, na maior parte das vezes, neutro politicamente. Apesar da visibilidade que ganhou por seu empenho em resguardar valores desde o advento do novo direito constitucional, o Judiciário vem enfrentando o dilema de adaptar sua estrutura organizacional, seus critérios de interpretação e sua jurisprudência às situações inéditas nas relações sociais, fruto do desenvolvimento urbano-industrial que fez surgir uma sociedade marcada por profundas contradições econômicas, que exige cada vez mais tutelas diferenciadas para novos direitos sociais e a proteção de interesses difusos e coletivos (FARIA, 2008, p. 52).

Com isso, no Brasil, o judiciário obrigou-se a mudar de discurso, isso após a transição do regime ditatorial para o democrático, vendo-se obrigado a assumir funções inéditas, por vezes incompatíveis com a estrutura jurídico-política, típica do Estado Liberal, como o princípio da

separação dos poderes, e que, se reconhecidas, implicariam a ruptura do discurso institucional tradicional (FARIA, 2008, p. 56.)

Se a solução judicial de um conflito é, em essência, um atributo de poder, na medida em que pressupõe não apenas critérios fundantes e opções entre alternativas, implicando também a imposição da escolha feita, pode-se dizer que todo julgamento sempre tem uma dimensão política. Essa relação entre direito e política vem sendo chamada pela doutrina de judicialização da política. Tal fenômeno é oriundo da forte crise de representatividade do Legislativo, que pode ser exemplificado por inúmeras decisões do Supremo Tribunal Federal (RIBAS, 2014)

Veja-se o exemplo do julgamento do Habeas Corpus (HC) 152752.

Mas o que vem a ser a Judicialização?

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitiva, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade (BARROSO, 2014, p. 3-4).

Barroso (2014, p. 3-4) aponta as causas da Judicialização, que são aqui expostas com a finalidade de demonstrar o atual papel que o Judiciário Brasileiro assumiu. Segundo ele, seriam três as principais causas da judicialização: a redemocratização do país, a constitucionalização abrangente e o modelo brasileiro de controle de constitucionalidade.

Expliquemos mais detalhadamente essas causas:

A redemocratização do país: a redemocratização é o processo de devolução à magistratura de suas garantias que reaviva na sociedade o espírito da cidadania, a qual fortalece o Judiciário e aumenta a demanda por justiça. O Judiciário deixou de ser um poder técnico para se transformar num poder político, com força para fazer valer a Constituição. A sociedade, com mais consciência e maior nível de informação, passou a buscar com mais frequência a proteção aos seus direitos (BARROSO, 2012, p. 3).

A constitucionalização abrangente: esta trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária. Foi, igualmente, uma tendência mundial, iniciada com as Constituições de Portugal (1976) e Espanha

(1978), potencializada com a Constituição Brasileira de 1988 que “[...] foi a que mais depositou confiança no papel do direito e do Judiciário” (MENDES, 2008, p. 18.).

Para Vieira (2008), a Constituição Federal Brasileira é analítica, ambiciosa e desconfiada do legislador, então a própria constituição “autoriza” uma revisão do judiciário com os demais poderes, sem necessariamente ferir o princípio da separação dos poderes no geral.

Assim, questões asseguradas pela Constituição Federal Brasileira, como meio ambiente equilibrado (artigo 225)⁶, podem ser judicializadas, obrigando o poder judiciário a debater sobre sua efetivação.

I.Sistema brasileiro de controle de constitucionalidade: um dos mais abrangentes do mundo, conforme aponta Mendes (2005, p. 146).

Assim, desde o início da República, adota-se entre nós a fórmula americana de controle incidental e difuso, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei em um caso concreto que lhe tenha sido submetido, caso a considere inconstitucional. Por outro lado, trouxemos do modelo europeu o controle por ação direta, que permite que determinadas matérias sejam levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal. A tudo isso se soma o direito de propositura amplo, previsto no art. 103, pelo qual inúmeros órgãos, bem como entidades públicas e privadas – as sociedades de classe de âmbito nacional e as confederações sindicais – podem ajuizar ações diretas. Nesse cenário, quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF (BARROSO, 2012, p. 4).

Os instrumentos de revisão judicial, desde a promulgação da Constituição Federal, tiveram um forte impacto na sociedade civil e se mostraram efetivos. Posteriormente ao pico de 1989-1990, decorrente do processo de revisão das constituições estaduais, o número de ADINs voltou a crescer, indicando a consolidação dessa via de judicialização (VIANNA, 2007. p. 46.)

Assim, conforme exposto teoricamente, a própria Constituição Federal favorece que o Judiciário tome para si a postura ativista. Como resolver, então, a tensão entre o papel do judiciário atuante, principalmente do STF, e a democracia? E qual a contribuição que as obras de Bickel podem trazer para o judiciário brasileiro? Antes de responder a essas questões, no entanto, é necessário expor as formas de *judicial review* adotadas no Brasil.

⁶ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

4 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE - *JUDICIAL REVIEW*

Avalia-se, neste momento, a *judicial review*, que garante ao Supremo Tribunal Federal a competência para exercer tanto o controle concentrado quanto o controle difuso de constitucionalidade. Avaliemos historicamente como a *judicial review* brasileira foi construída.

O modelo brasileiro de controle de constitucionalidade foi instituído na Constituição da República de 1891. Nessa Constituição, foram definidas as competências do Supremo Tribunal Federal, criado sob a inspiração da *Supreme Court of the United States*, para processar e julgar “todas as causas propostas contra o Governo da União ou Fazenda Nacional, fundadas em disposição da Constituição” e “quando se contestar a validade de leis ou de atos do governo dos Governos do Estado em face da Constituição” (KOZICKI; ARAÚJO, 2015, p. 109).

Antes disso, vale lembrar-se do Decreto n. 848 de 1890, que já autorizava o Supremo Tribunal Federal a julgar, em grau de recurso e em última instância, questões de constitucionalidade.

A segunda Constituição Brasileira (1891), em seu artigo 15, determinava que o Executivo, o Legislativo e o Judiciário eram harmônicos e independentes entre si, demonstrando claramente o princípio da separação dos poderes.

Kozick e Araújo (2015) afirmam que a autocontenção revelar-se-ia em três ações, reiteradamente adotadas – pelo menos até 1988:

Primeiro, o Supremo não aplicaria diretamente as normas constitucionais às situações não previstas expressamente em sua esfera de incidência. Segundo, quando declarava a inconstitucionalidade de leis e atos normativos, valer-se-ia de critérios hermenêuticos rígidos e conservadores. Por fim, omitia-se da discussão sobre políticas públicas. Decisões em matéria constitucional seriam recebidas como indevida intervenção do direito em áreas exclusivas da política, consagrando a separação dos poderes como uma distribuição estanque de funções. (KOZICKI; ARAÚJO, 2015, p. 110)

Nota-se que até 1988 havia um grande cuidado do judiciário em adentrar em questões exclusivas da política, cenário esse que hoje está totalmente relativizado. A tendência observada é que o judiciário anseia em fazer política, porém, em um sistema equilibrado, este deveria se contentar em manter-se em seu devido lugar.

Já com a Constituição Federal Brasileira de 1934, o modelo concentrado e abstrato aparece, cujo texto preveria mecanismos de intervenção da União sobre os Estados quando violados os princípios constitucionais sensíveis do seu artigo 7º, I, *a a h,2*.

Na Constituição Federal de 1946, com a posterior Emenda Constitucional n. 16 de 1965, foi inserida a representação de inconstitucionalidade. Confiada exclusivamente ao Procurador-Geral da República, a representação seria meio apta a instar decisões do Supremo Tribunal Federal acerca da constitucionalidade de lei ou ato normativo, fosse federal ou estadual. O mérito da emenda, portanto, seria afirmar a tendência e implantar o controle abstrato (BONAVIDES, 2010, p. 330).

A Constituição de 1988, símbolo da redemocratização do País, alargou a titularidade e o escopo do direito de ação ao Supremo Tribunal Federal. O seu artigo 103 trouxe sete novos atores legitimados ao ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade, ação que sucedeu a representação. Também foram criados a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção, ambos voltados para a resolução de condutas, omissivas do legislador que colocasse em risco a efetividade de normas constitucionais. Ao fim, instituiu-se, de modo subsidiário, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, manejada para reparar ou evitar lesão resultante de ato do Poder Público. Em 1993, a promulgação da Emenda Constitucional n. 3 instituiu a ação declaratória de constitucionalidade, cujo papel no modelo brasileiro de controle seria provocar o Supremo Tribunal Federal a decidir controvérsia ou dúvida sobre natureza constitucional de uma norma capaz de gerar um estado de incerteza jurídica. Quanto ao controle difuso, a Emenda n. 45 condicionou a admissibilidade de recurso extraordinário à presença de repercussão geral, com a Corte aferindo a relevância jurídica, política, social ou econômica da matéria discutida (KOZICKI; ARAÚJO, 2015, p. 112).

Por meio de novas ações constitucionais, a Constituição Federal de 1988 ampliou o escopo material da revisão judicial e legitimou novos sujeitos. Reflexo da novidade foi o crescente ativismo da Corte, sob o pretexto de ser a “última trincheira do cidadão”. O ativismo judicial não pode, entretanto, ser confundido com a judicialização da política (KOZICKI; ARAÚJO, 2015, p. 113)

Para Conrado Hübner, a Constituição de 1988 reserva ao Supremo Tribunal Federal a “última palavra” no circuito decisório formal, que compreenderia os procedimentos de deliberação e de decisão previstos pela Constituição (MENDES, 2010, p. 217). Por esse motivo, o STF recebe questões de todas as ordens para apreciar, sejam elas morais, políticas, sociais.

Conforme assevera Hirschl, incluída no processo mundial de adoção ou de revisão de constituições que adotam cartas de direito e revisão judicial, a Constituição de 1988 promove transferências de poder das instituições representativas a órgãos judiciários (HIRSCHL, 2004, p. 1).

Tal raciocínio, porém, deve ser avaliado com cautela.

Conforme assevera Nino (1991. p. 97), nas democracias constitucionais, o controle de constitucionalidade tem se firmado como um instrumento de concretização de direitos fundamentais, enfatizando o papel de articulação do processo judicial com o sistema político. A faculdade dos juízes de revisar a constitucionalidade das normas jurídicas representa uma das características centrais desse modelo democrático. É o principal mecanismo de proteção dos direitos individuais frente às decisões dos poderes públicos, mesmo quando estas resultam direta ou indiretamente da vontade popular, materializando o equilíbrio entre a vontade e o interesse coletivo do povo e os interesses individuais, considerados como direitos fundamentais.

Em sentido abrangente e contrário à ideia defendida neste trabalho, Barroso afirma que as cortes constitucionais devem desempenhar papel iluminista. Vale dizer: devem promover, em nome de valores racionais, certos avanços civilizatórios e empurrar a história (BARROSO, 2018, p. 8).

Apesar de o ministro citado considerar que o Supremo Federal tem papel de vanguarda na proteção de direitos, assemelhando-se a um juiz Herói de Cass Sustein (SUSTEIN, 2015, p. 171), este afirma que é necessário um diálogo institucional da corte com o Congresso, e esse ponto merece destaque:

Desde que cheguei ao Tribunal, em junho de 2013, tenho procurado, em certos casos, estabelecer um diálogo institucional com o Congresso. Embora, do ponto de vista formal, caiba à Suprema Corte a última palavra sobre a interpretação da Constituição, tal competência não deve significar supremacia nem muito menos arrogância judicial. Em mais de um caso em que havia omissão do legislador ou vácuo decorrente da declaração de inconstitucionalidade de alguma lei, propus uma solução que deveria ser aplicada a partir de 180 dias ou um ano, para que o Congresso pudesse dispor sobre a matéria durante este tempo, se assim desejasse. A ideia ainda não se tornou dominante, mas acho que tem uma chance razoável de ser adotada em algumas situações. (BARROSO, 2018, p.9)

Assim, o controle de constitucionalidade, por sua abrangência natural, precisa ser utilizado com cautela e extremo preparo pelo STF brasileiro, utilizando-se em partes do juiz minimalista quando necessário (SUSTEIN, 2015, p. 171). Essa parece ser a alternativa mais viável para a defesa

da democracia e do constitucionalismo brasileiro, o diálogo institucional da corte e do congresso representaria um grande salto. Passemos, agora, a avaliar as contribuições de Bickel para o *judicial review* brasileiro.

5 O PRINCÍPIO DO CONTRAMAJORITÁRIO E AS VIRTUDES PASSIVAS DE ALEXANDER M. BICKEL

O judiciário como o mais fraco dos poderes foi o título do livro de Alexander Bickel (*The Least Dangerous Branch*), texto que é ícone no combate ao ativismo judicial.

Bickel escreveu a obra citada no final dos anos 50 e começo dos anos 60, num contexto em que a sociedade americana vivenciava decisões de desagregação que forçavam os estudantes do Tribunal ao retorno das questões fundamentais do Direito Constitucional: a justificativa e o âmbito de revisão judicial (OLIVEIRA, 2013, p. 5324).

No prefácio da obra, em tradução livre, aborda o reconhecimento de que a Corte é um Tribunal de Lei e defende a tese de que, quando este alcança os méritos de um caso, deve decidir de acordo com princípios neutros. Ademais, prefacialmente, já se constata uma das preocupações centrais dele: a revisão judicial é uma prática contramajoritária (de natureza não-democrática). Afirma-se, também, que o livro de 1962 permanece no centro do debate que ocupava (e ocupa) o coração do Direito Constitucional. Afirma-se, ainda, que o que separa as decisões constitucionais de outras decisões governamentais importantes pode não ser que elas sejam tomadas por juízes eleitoralmente irresponsáveis, mas que elas pareçam ser definitivas, considerando que, às vezes, decisões constitucionais não podem ser alteradas por outros setores do governo, apenas por meio do processo de emenda constitucional intencionalmente mais dificultoso (emperrado) (OLIVEIRA, 2013, p. 5324).

Bickel escreveu sobre vários temas, dentre eles os que embasam este artigo: as virtudes passivas do magistrado, as técnicas para não decidir, quando uma decisão seria imprudente para a nação, e sobre a dificuldade contramajoritária da Justiça Constitucional.

O autor concebia a política como projeção da maioria, assim o governo deveria pautar seus atos no contexto desse majoritarismo, representado pelo Executivo e Legislativo, o poder Judiciário

desequilibrava o jogo democrático. A obra de Bickel, *The least dangerous branch*, avalia a decisão do juiz John Marshall no famoso caso *Mabury versus Madison* (1803) (BICKEL, 1986. p. 6.).

O autor aponta que o poder que distingue o Supremo Tribunal dos Estados Unidos é o de revisão constitucional das ações dos demais poderes do governo federal e estadual, porém a revisão judicial não deriva de nenhum comando constitucional explícito (BICKEL, 1986. p. 1). Ao afirmar que a revisão judicial não está explicitamente na constituição, não significa que ela não está disposta.

Bickel afirma, em *The Least Dangerous Branch*, que a contrariedade de uma lei à Constituição é, na maioria dos casos, antes uma questão política que alguém deve decidir. O problema é quem? (BICKEL, 1986, p. 3) Esse é um dos pontos importantes da obra, pois o autor procura avaliar de forma consequencialista a quem deveria tomar a decisão de decidir/rever: legislativo, executivo ou judiciário?

Quanto a esse último, o autor expõe sobre o ponto essencial deste artigo: a dificuldade contramajoritária. Quando um Tribunal decide sobre a inconstitucionalidade de uma lei, está a ir contra a maioria, os representantes do povo, eleitos por metade mais um dos eleitores. “A lei é a vontade da maioria, ou uma norma obrigatória, expressa de maneira coercitiva, e que só pode tolerar estreita margem de discordância e de isenção” (BICKEL, Alexander M., 1978, p. 101).

Logo, a fiscalização judicial convive mal com a democracia e seria uma instituição desviada, pois vai de encontro a três principais questões: 1- lógica da democracia - governo da maioria – metade mais um; 2- qualidade da democracia – a fiscalização irresponsabiliza a maioria pelos seus erros na sua própria formação, e essa situação tem um efeito perverso na qualidade da democracia, pois eleitos e eleitores são irresponsabilizados. Cientes de que o Judiciário fiscaliza os eleitos, os eleitores sentem-se menos obrigados politicamente, exercendo a cidadania de forma descomprometida; 3- limitada força institucional dos magistrados, pois estariam afrontando em sua atuação uma lei aprovada pelo parlamento. Muitas vezes, a lei é aprovada por pressão da maioria (opinião pública) e, dessa maneira, o Judiciário ficaria em uma situação difícil (OLIVEIRA, 2013, p. 5326).

Para exemplificar, Bickel (1978, p. 115-116) avalia o caso *Brown v. Board of Education*, no qual o Tribunal Americano, em 1954, invalidou leis segregadoras às escolas (leis separatistas) contra a pressão popular. Sobre o caso, Bickel aponta que o Tribunal supõe “com frequência e facilidade” que um princípio de Direito Constitucional por ele proferido se torna imediatamente lei

do país porque, do contrário, o “resultado seria o fracasso do sistema, um fracasso da capacidade de impor a lei (OLIVEIRA, 2013, p. 5326). Essa dedução revela que o judiciário tem receio de perder seu poder de se fazer cumprir.

Para melhor entender a teoria de Bickel, passemos a expor alguns pontos relevantes das obras: a ética do consentimento e o ramo menos perigoso.

Sobre o *judicial review*, Bickel (1978) alerta que esse poder é supostamente menos perigoso que os demais pois seria exercido sempre sob o influxo e ameaça daquilo que o autor designou como dificuldade contramajoritária (*the countermajoritarian difficulty*). O contramajoritarismo pode ser entendido como a oposição, suposta em qualquer democracia à possibilidade de o Judiciário ter a prerrogativa de anular atos dos demais Poderes (Executivo e Legislativo), que têm legitimidade democrática. Atenta-se ao fato de que o Poder Judiciário não se submete ao regime de *Accountability*, pois membros do judiciário não se submetem ao crivo de eleições para seus cargos (GUEDES, 2012.) Essa é uma das incongruências quando o judiciário pratica a *judicial review*.

Assim, para Bickel (1962), *judicial review* é o poder de aplicar e interpretar a Constituição, em matérias da maior importância, contra a vontade de uma maioria legislativa, que é, por sua vez, impotente para afetar a decisão judicial (BICKEL, 1962, p. 20).

Para o autor, quando a Suprema Corte declara inconstitucional um ato legislativo ou uma ação do executivo eleito, isso frustra a vontade dos representantes do “atual” povo daqui e de agora. Está se exercendo o controle não em nome da maioria “vigente”, mas contra ela (BICKEL, 1962, p. 16-17). Apesar de a democracia não significar reconsideração constante de decisões uma vez feitas, isso não significa que a atual maioria representante não tenha o poder de realizar uma reversão (BICKEL, 1962, p. 17).

Além de ser contramajoritário rever os atos do Legislativo e do Executivo, Bickel afirma que o *judicial review* pode, num sentido mais amplo, ter uma tendência de enfraquecer o processo democrático ao longo do tempo (BICKEL, 1962, p. 21). O outro aspecto importante da *judicial review* apontado por Bickel é a chamada virtude passiva.

Em algumas situações haveria o risco de as decisões da corte serem desobedecidas e, portanto, ocasionar um enfraquecimento da corte. Para Bickel, então, as soluções estão no socorro a instrumentos que preservem o papel da Justiça Constitucional (que não afrontem diretamente a política). São as denominadas virtudes passivas.

As virtudes passivas, em linhas gerais, são mecanismos que podem permitir ao juiz não decidir em casos difíceis. Há uma série de mecanismos ou doutrinas de que o Tribunal se utiliza para evitar decidir o mérito da causa. Algumas são enumeradas pela doutrina: *political question doctrine* (doutrina das questões políticas), *mootness*, *ripeness*, *standing* e *certiorari*. “São instrumentos técnicos típicos do processo americano, que eventualmente encontram equivalentes em outros sistemas (OLIVEIRA, 2013, p. 5328).

Baseando-se nessas premissas (especialmente na jurisprudência), o Tribunal necessita ser sensível e saber ponderar quando não decidir, e saber quando e quanto decidir.

Para compensar ou enfrentar a dificuldade contramajoritária, Bickel defendeu as “virtudes passivas” (*passive virtues*) na atuação do Poder Judiciário, de ordem a evitar, especialmente, quando se cuidasse de anular atos dos outros Poderes soberanos, desnecessárias decisões com fundamentos e substância constitucional (normalmente, de característica política) (GUEDES, 2012).

Bickel enxergava as virtudes passivas como manifestação de prudência, virtude essencial ao Poder Judicial, instruía os Tribunais a evitarem pronunciar-se sobre uma questão com fundamentos constitucionais, quando existissem suficientes fundamentos não-constitucionais (infraconstitucionais) aptos a justificar a sua decisão. Em síntese, Bickel aconselhava os Tribunais a evitarem transformar conflitos jurídicos em conflitos políticos e constitucionais. Entre as muitas justificativas para essa doutrina, Bickel buscava proteger a legitimidade das decisões do Poder Judiciário, pois ele temia que uma cotidiana e permanente intervenção do Poder Judiciário em matérias de natureza política viesse, a médio ou em longo prazo, subtrair a “legitimidade” e a “credibilidade” de suas decisões. Longe, pois, de preocupar-se com a simples proteção das prerrogativas do Poder Legislativo ou Executivo, a doutrina estava voltada a garantir a “importância primordial de adjudicação constitucional”, especialmente diante de seu “carácter definitivo e delicado” (GUEDES, 2012).

Assim, a teoria exposta de Bickel critica o ativismo judicial, por isso expressada neste artigo com a finalidade de questionar qual aplicação tem o princípio do contramajoritário no ordenamento jurídico brasileiro e de que forma poderia este contribuir para a manutenção do sistema democrático. Expostas as bases teóricas do pensamento de Bickel, passemos ao tópico seguinte, que objetiva analisar as possíveis contribuições da teoria para o estado democrático brasileiro.

6 CONTRIBUIÇÕES DA TEORIA DE BICKEL (VIRTUDES PASSIVAS E PRINCÍPIO DO CONTRAMAJORITÁRIO) PARA O ESTADO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A caracterização de um ativismo judicial depende da constatação de uma tendência das cortes a interferir nos demais poderes invalidando suas decisões ou estabelecendo critérios para sua atuação, afastando-se dos cânones aplicáveis à atuação judicial, normas, precedentes, doutrina. Em contrapartida, a autorrestrição pode ser caracterizada por uma contenção do judiciário. A concepção de autorrestrição demanda uma dada visão do Poder Judiciário e seu papel numa democracia, cambiável em conformidade com as variáveis concepções jurídicas, mas contempla a necessidade de inserção das cortes num ambiente político - às voltas com a necessidade de aceitabilidade de suas decisões - e as dificuldades - inclusive técnicas - que enfrenta para o exercício de sua atividade (GOMES, 2016, p. 8).

Nesse sentido, teve-se a notável contribuição de Alexander Bickel, em seu livro publicado em 1962, *“The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics”*. O autor, ao tentar compreender o papel da Suprema Corte e demais tribunais nos EUA, defendia que sua atuação se justificaria pela proteção dos princípios fundamentais da sociedade. Reconhecia, porém, que o sucesso da revisão judicial dependia, em última análise, da aceitação popular dessas decisões.

Segundo Bickel a “revisão judicial é uma força contramajoritária no nosso sistema” e, conseqüentemente, “uma instituição desviante na democracia americana”. Quando a corte invalida os atos dos poderes sujeitos aos processos eleitorais, esse controle é exercido “não em nome da maioria dominante, mas sim contra esta”, o que atribui à pequena minoria um poder de veto sobre a maioria (BICKEL, 1962, p. 16-18).

As virtudes passivas são argumentos jurídicos – geralmente de cunho processual – que facultam à corte eximir-se da apreciação de um caso que lhe fora submetido. Assim, pode afirmar a sua incompetência para decidir, a ausência de legitimidade ativa do requerente, a “falta de maturação” da causa, lançar mão da doutrina das “questões políticas”, dentre outros argumentos típicos do sistema judicial norte-americano, ainda que assemelhados às construções processuais de outros ordenamentos (GOMES, 2016, p. 9).

Bickel não apresenta padrões ou princípios que auxiliem o tribunal na opção entre o emprego ou não das virtudes passivas, tampouco na escolha do “instrumento” a serem utilizadas (BICKEL, 1962, p. 205). Tal questão também não envolveria sabedoria acadêmica, mas habilidade na arte do “compromisso” e uma “familiaridade com as formas”, ou o exercício da arte da prudência, distinto do juízo de princípio (BICKEL, 1962, p. 26).

Para ele, essas técnicas constituem instrumentos à disposição dos juízes, deixando às instituições eleitorais a condução da política, ao se excluírem desta. Ao utilizar esse expediente, o tribunal agiria como um “animal político” (BICKEL, 1962, p. 51).

A vantagem inicial do emprego dessas técnicas parece assentada: evitar que a corte posicione-se definitivamente, em prejuízo da sua função de guardião dos princípios, ou confronte a opinião pública e os poderes majoritários. Ao deixar a questão em aberto, mantém-se fiel aos seus compromissos. As virtudes passivas possibilitam ainda que a corte explore o “maravilhoso mistério do tempo” (BICKEL, 1962, p. 26) em suas diversas implicações.

Por vezes, na oportunidade posterior de julgamento, pode-se concluir que chegou o momento de abordar diretamente a questão, mesmo que fundamentada em princípio contrário à expectativa popular. Para mitigar o impacto da decisão contrária às maiorias, Bickel sugere o uso de “instrumentos retóricos.” (BICKEL, 1962, p. 188). Em outras hipóteses, o tribunal adia a resposta porque tem dúvidas, utilizando-se de soluções provisórias.

Embora os princípios sejam duradouros, o autor entende que sua formulação projeta grandes sombras para o futuro. Para solucionar sua incerteza, emprega soluções que lhe permitem avaliar as reações do público e dos agentes governamentais, de sorte a construir seu entendimento. Assim, ao invés de simplesmente postergar o debate, a corte desempenha uma função pedagógica, utilizando essas decisões provisórias como uma estratégia de persuasão lenta, para avançar com ideias que já articula em sua forma final (GOMES, 2016, p. 10). Dessa forma, as virtudes passivas representam uma vantagem inicial para evitar que a corte posicione-se definitivamente, em prejuízo da sua função de guardião, demonstrando cautela e cuidado para com as decisões, principalmente, de cunho político, o que não significa abster-se totalmente de julgar.

Há quem entenda existir a impossibilidade de o Poder Judiciário exercer as chamadas virtudes passivas, que decorreria, em grande parte, do processo de relativização do princípio da separação poderes, processo esse mais evidente e fortificado após a Constituição Federal de 1988 (RIBAS; MARÉS, 2014, p. 8).

Há de se pontuar que a Constituição “é feita para pessoas de opiniões fundamentalmente diferentes”, acrescentando que poucas soluções definidas e amplas em assuntos de política econômica e social podem ser deduzidas dela (BICKEL, 1978, p. 18). Eis aqui o problema a ser enfrentado: quando a aplicação das virtudes passivas e o contramajoritário poderiam ganhar cenário na atuação de um STF cauteloso e desvinculado politicamente?

Fato é que quanto mais discricionariedade tiver um magistrado, principalmente no âmbito da Corte Suprema, mais político será o caráter do seu julgamento, o que não significa ser mais ou menos justo. No Brasil, percebe-se que o Judiciário vem se utilizando de instrumentos processuais, no intuito de propor (certo ou não) medidas na área de políticas administrativas, no calor dos acontecimentos e de pressões da opinião pública, para dar eficácia a direitos fundamentais e sociais (OLIVEIRA, 2013, p. 5319).

O sistema brasileiro de constitucionalidade, no âmbito da Constituição de 1988, adota os modelos judiciais difuso-concreto e abstrato-concentrado. Com essa “atitude” pronta e eficaz de neutralidade valer-se-ia o Judiciário, *desde o início*, de uma das virtudes passivas propostas por Bickel, qual seja, a de “não decidir”, pois remeteria *imediatamente* a questão para seu leito de discussão natural, ou seja, o Poder Legislativo, sem imiscuir-se na seara política majoritária e convolar-se em verdadeiro legislador positivo, correndo riscos desnecessários quanto aos efeitos danosos e imprevisíveis.

A justificação do controle judicial de constitucionalidade das leis vem sofrendo, há tempos, muitas críticas, com diversos fundamentos, tendo como um dos alvos centrais a ausência de legitimação democrática da jurisdição constitucional. Os partidários dessa concepção afirmam que o instituto consiste em uma espécie de usurpação do poder, que poderia colocar em risco a democracia. Fundamentam sua premissa no fato de que os juízes não são submetidos ao sufrágio popular e, por consequência, não representam a vontade popular e, por isso, não possuem legitimidade democrática. Por outro lado, há o entendimento da soberania do Poder Legislativo, ante a sua eleição pela maioria, e a consequente submissão do Judiciário a seus atos (CAMPAGNOLI; MANDALOZZO, 2014, p.).

Por ser o modelo constitucionalista brasileiro semelhante ao norte americano quanto à análise de seus critérios de controle, começa-se a delinear o conceito de dificuldade contramajoritária na medida em que se denota a estrutura diametralmente oposta do Poder Judiciário em face dos Poderes Executivo e Legislativo. Nenhum de seus membros é eleito por via direta, mas suas

decisões têm o condão de estabelecer obediência a todos. É o início da tensão da legitimidade democrática de tal Poder e a base da divisão de águas na dificuldade contramajoritária (GOMES; LIMA, 2016, p. 5).

Assim, a dificuldade contramajoritária, formulada por Alexander Bickel, ofereceu algumas chaves para as fundações intelectuais do moderno conservadorismo constitucional. Ele justificava o controle da constitucionalidade, mas afirmava a sua excepcionalidade, porque, quando a Suprema Corte declara inconstitucional um ato normativo dos outros poderes, ela contraria a vontade atual dos representantes do povo e assim exerce o controle não em favor, mas contra a maioria prevalecente. Para ser justificado, o controle deveria ter seus contornos precisamente definidos e ser exercido de forma autocontida, pois as leis deveriam ser invalidadas apenas quando fossem claramente contrárias a princípios neutros. Assim, a ideia de autocontenção judicial justificava o controle da constitucionalidade e o seu uso limitado (BICKEL, 1962, p. 16-17 e 27).

Para Ribas, o sistema brasileiro não admite, como o sistema americano, o que Bickel chama de virtudes passivas, que são ferramentas processuais que permitem a Corte Constitucional não decidir determinado caso, visto que ela não poderia ser compelida a legitimar aquilo que ela não considere inconstitucional (RIBAS; MARÉS, 2014, p. 8).

Proteger a democracia de si mesma é a questão que parece fundar o atual estudo. Relativizar vontades passageiras em face de uma estrutura axiológica mais longínqua – e humana – é o grande desafio das Cortes Constitucionais ao lidar com a dificuldade contramajoritária, em qualquer uma de suas modalidades. Em que pese a necessidade de um estudo mais amplo e aprofundado quanto ao tema, o que se observa desde já são instituições jurídicas cada vez mais assumindo funções executivas e, claro, legislativas (GOMES, 2016, p. 11).

O fenômeno do ativismo judicial no Brasil, especialmente na Corte Suprema, necessita ser mais estudado, refletido e aperfeiçoado, exemplo de Alexander M. Bickel, com escopo de evitar males futuros para os processos jurídico, democrático e político da nação. Nessa linha, deve-se estabelecer limites e parâmetros mínimos para o ativismo, e um deles (não o único) pode ser pinçado na teoria das virtudes passivas (GOMES, 2016, p. 11).

Assim, conclui-se que as virtudes passivas podem ser aplicadas no ordenamento jurídico brasileiro e que o STF necessita observar os problemas que a dificuldade contramajoritária apresenta e investir mais no diálogo entre os poderes a fim de assegurar a democracia e o constitucionalismo.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao contrário da visão romântica concebida no Brasil – baseada na ideia de que o ativismo judicial é uma tendência mundial, na esteira do neoconstitucionalismo, em face da fluidez da fronteira entre política e direito –, ele exsurge como um problema, complexo e perigoso, especialmente às jovens democracias constitucionais, na medida em que envolve uma recusa dos tribunais de se manterem dentro dos limites estabelecidos para o exercício do poder a eles atribuídos pela Constituição (TEIXEIRA, 2012, p. 48-49).

Assim, foram expostos os possíveis motivos que levaram o judiciário a assumir tal postura, e muitos deles acentuados pela inércia e descredibilidade do legislativo brasileiro. A teoria de Alexander M. Bickel foi exposta neste trabalho com o fim de trazer suas contribuições e avaliar sua possível aplicação no ordenamento brasileiro, haja vista que suas obras nem sequer foram traduzidas para o português.

Ao utilizar-se das virtudes passivas, o tribunal evitaria posicionar-se, definitivamente, em prejuízo da sua função de guardião dos princípios ou confrontar a opinião pública e os poderes majoritários. Em que pese existir opinião em contrário, esta parece ser uma boa alternativa para o conflito. Sobre a dificuldade contramajoritária, não há dúvida de sua existência, porém o controle de constitucionalidade, por sua abrangência natural, precisa ser utilizado com cautela e extremo preparo pelo STF brasileiro. Esta parece ser a alternativa mais viável para a defesa da democracia e do constitucionalismo brasileiro, o diálogo institucional da corte e do congresso.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas. **Conjur**, p.8. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/notas-palestra-luis-robertobarroso.pdf>_ Acesso em: 25 jun. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto N. M. et. al. **Constituição e ativismo judicial**. Limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011.
- BICKEL, Alexander M. **A Ética do Consentimento**. Tradução de Waltensir Dutra. Ed. Agir: Rio de Janeiro, 1978.
- BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: The Supreme Court at a bar of politics**. 2. ed. Yale University Press: New Haven and London, 1986.
- BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the bar of politics**. New Haven & London: 1962.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25. ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.
- CAMPAGNOLI, Adriana de Fátima Pilatti Ferreira, MANDALOZZO, Silvana Souza Netto. Uma análise do princípio contramajoritário como elemento do controle de constitucionalidade em um Estado Democrático de Direito. **Revista da AJURIS** – v. 41 – n. 133 – março 2014.
- DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo, 2010, p.451-452.
- FARIA, José Eduardo. Direitos humanos, direitos sociais e justiça. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 52, apud RIBAS, Giovanna Paola Primor, MARÉS, Carlos Frederico de Souza Filho. A Judicialização das Políticas Públicas e o Supremo Tribunal Federal. Direito, Estado e Sociedade. **PUC Rio**. 2014. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/44artigo2.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2018.
- GUEDES, Néviton. Alexander Bickel e o ano do Supremo Tribunal Federal. **Consultor Jurídico**, 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-dez-25/constituicao-poder-alexander-bickel-ano-supremo-tribunal-federal>. Acesso em: 10 abr. 2018.
- HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy: The origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2004, p. 1. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com>. Acesso em: 10 jun. 2018.
- KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of “Judicial Activism”. **California Law Review**, v. 92, n. 5, 2004.
- KOZICKI, Katya, ARAÚJO, Eduardo Borges. Um Contraponto Fraco a um Modelo Forte: o Supremo Tribunal Federal, a última palavra e o diálogo. Florianópolis, **Revista Sequência**, 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/seq/n71/2177-7055-seq-71-00107.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2018.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. Saraiva, São Paulo, 2005.

MENDES, Gilmar. **Controle de Constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990.

MILLER, A. In defense of judicial activism. In: HALPERN, S.; LAMB, C. (orgs.). **Supreme Court: activism and restraint**. Lexington: Lexington Books. 1982.

NASSAR, Paulo André; GLEZER, Rubens. Os juízes no país da imprevisibilidade? **Research Paper Series – Legal Studies**, Paper n. 80, São Paulo, Direito GV, 2013.

NINO, Carlos Santigao. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 1997.

NINO, Carlos Santigao. **Los fundamentos del control judicial de constitucionalidade. Cuadernos y debates, fundamentos y alcance del control judicial de constitucionalidad – Investigación colectiva del Centro de Estudios Institucionales de Buenos Aires**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

OLIVEIRA, Damião Alexandre Tavares. **Breves Considerações sobre o ativismo judicial na corte suprema brasileira**: estudo da decisão proferida na ADI 4.277/DF pelo supremo tribunal federal sobre as uniões homoafetivas a luz da concepção das virtudes passivas em Alexander M. Bickel. 2013.

PAGANELLI, Celso Jeffeson Messias; SIMÕES, Alexandre Gazetta; JÚNIOR, José Antônio Gomes Ignácio. **Ativismo Judicial**: paradigmas atuais. 1. ed. – São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

RAMOS. Paulo Roberto Barbosa. **Entre o ativismo e (in) operância legislativa**: deliberação e legitimidade das decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade em um contexto de novos arranjos institucionais e de revisão da Teoria da Separação dos Poderes. p.2. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e8dc153260a59d4f> Acesso em: 10 maio 2018.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Ativismo judicial e estado de direito**. 2009. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/7028-31060-1-SM.pdf>. Acesso em: 02 maio 2018.

RIBAS, Giovanna Paola Primor, MARÉS, Carlos Frederico de Souza Filho. A Judicialização das Políticas Públicas e o Supremo Tribunal Federal. **Direito, Estado e Sociedade. PUC Rio**. 2014.

Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/44artigo2.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2018.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). São Paulo: FGV, 2013.

ROOSEVELT III, K. 2006. **The myth of judicial activism:** making sense of Supreme Court decisions. Yale: Yale University Press.

SCHLESINGER JR., Arthur. The Supreme Court: 1947. **Fortune**, n. 35, jan. 1947.

SUSTEIN, Cass, R. **Constitutional Personae**. Oxford University Press, 2015.

TATE, Chester Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Ativismo judicial:** nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. In: Revista Direito GV, São Paulo, v. 8, 2012.

TRINDADE, André Karam, OLIVEIRA, Rafael Thomaz de. O ativismo judicial na débacle do sistema político: sobre uma hermenêutica da crise. **Revista eletrônica do curso de direito da UFSM**. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/22912-112709-1-PB.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2018.

VIANNA, Luis Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; e SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. **Tempo Social, Revista de Sociologia da USP**, v. 19, n. 2, nov. 2007.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia, **Revista de Direito do Estado** 12, 2008.

WOLFE, Christopher. **The rise of modern judicial review**. From constitutional interpretation to judgemade law. Boston: Littlefield Adams Quality Paperbacks, 1994.

**THE COURT IN THE COUNTRY OF IMPREVISIBILITY: THE CONTROVERSIAL
ROLE OF THE COURTS, THE PASSIVE VIRTUES OF ALEXANDER M. BICKEL
AND THE JUDICIAL REVIEW IN THE BRAZILIAN DEMOCRATIC STATE**

ABSTRACT

The present article proposes to evaluate the active role of the Brazilian judiciary, especially the Federal Supreme Court (STF), and the possible problems that this activism can generate for a democracy. In order to do so, it aims to expose the judicial review and evaluate the contributions of

Alexander M. Bickel's theory on the passive virtues and the countermajoritarian principle and its possible and / or viable application in Brazil. Thus, the general objective of this article is to rethink the role of the FTS in the ways proposed by Bickel in his theory, to overcome the dichotomy of judicial activism - deference to the legislature. The specific objectives are to evaluate the level of Brazilian judicial activism, as well as judicial review, and propose a new way of approaching the situation through Bickel's theory. The present article also aims to discuss the application of the countermajoritarian principle and the passive virtues of the Judiciary, in order to circumvent Brazilian ultraforest activism. For this, a critical approach was used, and the investigation was developed through bibliographical research.

Keywords: Activism. Countermajority. Passive Virtues. ST.

A GUERRA FISCAL NO ÂMBITO DOS MUNICÍPIOS: O FRATRICÍDIO EM TORNO DO ISSQN

*Carlos André Maciel Pinheiro Pereira*⁷

*Luana Lira da Câmara*⁸

Recebido em: 11/06/2020

Aprovado em: 25/11/2020

RESUMO

O presente artigo tem como finalidade discutir o comportamento dos fiscos municipais enquanto entes competentes para a cobrança do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza e seu contexto da guerra fiscal, resultado da busca incessante pelos investimentos da iniciativa privada. Emprega o método dedutivo para desenvolver pesquisa qualitativa, onde se fará análise da Constituição Federal, do Código Tributário Nacional, estudo da doutrina, jurisprudência e legislação específica, ultrapassando a seara tributária e inevitavelmente adentrando nas questões constitucionais capazes de minimizar o conflito abordado. Entende que há verdadeiro fratricídio entre os entes que deveriam ser cooperados, expondo, ainda, os aspectos e consequências do fenômeno, especialmente no que diz respeito aos impactos no desenvolvimento social e econômico regional. Analisa soluções possíveis a partir do ordenamento jurídico brasileiro. Por fim, conclui-se que a guerra fiscal é um problema econômico e social que pode ser sanado através da do ordenamento jurídico atual, da uniformização das obrigações tributárias, da modernização dos sistemas de informação municipais e da obediência aos princípios da cooperação, federalismo fiscal e da capacidade contributiva.

Palavras-chave: Guerra Fiscal. ISSQN. Normas Gerais.

1 INTRODUÇÃO

⁷ Doutorando em Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Professor DNS I da Universidade Potiguar (UnP). Advogado. E-mail: candremaciel@hotmail.com

⁸ Graduanda em Direito pela Universidade Potiguar (UnP). E-mail: luanalirac@hotmail.com

A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu texto o modelo federativo de organização do Estado, propiciando a cada ente federado (União, Estados membros e Municípios) a autonomia política e financeira, descentralizando o poder estatal entre eles. O modelo federalista teve reflexos também na seara fiscal, já que os entes federativos encontraram na constituição uma autorização para criar impostos a partir das materialidades nela elencadas. Entre estes tributos, está o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN) que é de competência dos entes municipais, ora, considerando que grande parte da renda dos municípios advém deste tributo, e sendo está uma relação ambivalente, tendo em vista que, além de custearem parte de suas atividades quanto ente político, há também o cálculo que as empresas fazem para se instalar numa determinada área que leva em consideração o ônus tributário.

Esta circunstância faz com que os municípios digladiem entre si, de um lado para buscar em qual deles o serviço será tributado e, de outro, oferecendo isenções para que as empresas lá se instalem, gerando a chamada guerra fiscal municipal.

Neste cenário, o presente estudo será desenvolvido para melhor compreender o comportamento predatório e fraticida praticado pelos entes, buscando soluções a partir do ordenamento jurídico brasileiro e sugestões de aperfeiçoamento de mecanismos indispensáveis a fiscalização.

Para isso, o presente trabalho se utilizará do método dedutivo para desenvolver pesquisa qualitativa exploratória e explicativa, com referências advindas da análise bibliográfica de obras de direito tributário, direito financeiro e análise documental da legislação e doutrina que versa sobre a temática escolhida.

O segundo tópico versará sobre a tão importante Regra Matriz de Incidência Tributária do ISSQN, onde, primeiramente, analisar-se-á a função dos tributos como garantidores dos direitos fundamentais elencados na Constituição Federal de 1988 e de todo funcionamento da máquina pública em prol da sociedade como um todo.

Versará ainda sobre a incidência do ISSQN e o que diz a legislação específica sobre o seu recolhimento, analisando os aspectos fundamentais para a aplicação da norma tributária (espacial, material e temporal) e as questões acerca de sua interpretação por parte do fisco e dos contribuintes.

Em seguida, no terceiro tópico, tratará sobre a guerra fiscal que contaminou os municípios em busca dos investimentos da iniciativa privada, maculando não somente a cooperação que deveria existir, como também os cofres públicos e o desenvolvimento regional.

O fenômeno ocorre tanto quando os prestadores de serviços criam sedes fictas para recolher impostos com alíquotas menores, como quando os próprios municípios são incentivadores dessa prática, oferecendo alíquotas que violam o mínimo de 2% estipulado pela Lei Complementar 116/03.

O quarto tópico tem por objetivo analisar as possibilidades já existentes no ordenamento jurídico atual capazes de diminuir o conflito existente, sugerindo a aplicação de normas gerais e específicas, como também o aperfeiçoamento dos sistemas de informação que tanto colaboram para a atuação da fiscalização das administrações públicas, afim de possibilitar a concretização dos princípios do federalismo fiscal, cooperação e capacidade contributiva, viabilizando mais justiça social, desenvolvimento regional e o máximo de autonomia financeira municipal.

2 REGRA MATRIZ DO IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA

Para desenvolver a presente pesquisa, faz-se necessário dissertar brevemente acerca da trajetória dos impostos ao longo da história, suas características e fundamentos para então tratar da regra matriz.

Toda norma jurídica é advinda das relações humanas e estão num imperecível desenvolvimento para acompanhá-las. Uma das mais primitivas fontes do direito são os costumes. Com os impostos não poderia ser diferente, e, no decorrer da história da humanidade e em quase todas as civilizações, há relatos de impostos surgiram desde logo, passando a onerar as mais diversas relações.

Para Paulo de Barros Carvalho (2019, p. 21), é importante que haja uma simples distinção entre o que vem a ser norma jurídica e a sua diferença do texto positivo. De acordo com a associação perfeita reproduzida em sua obra, “podemos dizer que o texto escrito está para a norma jurídica tal qual o vocábulo está para sua significação”.

Partindo desse raciocínio, o texto positivo é um meio de comunicação entre o legislador e o povo, capaz de disciplinar as condutas do homem em sociedade, tornando-as proibidas, permitidas ou obrigatórias. Assim, Fabiana Del Padre Tomé (2011, p. 81) afirma:

A concepção da teoria comunicacional do direito tem como premissa que o direito positivo se apresenta na forma de um sistema de comunicação. Direito é linguagem, pois é a linguagem que constitui as normas jurídicas. Essas normas jurídicas, por sua vez, nada mais são que resultados de atos de fala, expressos por palavras e inseridos no ordenamento por veículos introdutórios, apresentando as três dimensões s3gnificas: suporte f3sico, significado e significac3o.

A elaborac3o das normas jur3dicas se d3 atrav3s do exame de reiterados eventos, gerando assim o que foi chamado por Emile Durkheim de fato social. Em seguida, manifesta-se a figura do Estado, dispondo do Direito como agente moderador, positivando sua norma jur3dica para gerenciar condutas individuais e sociais, afirmando seus valores.

As normas jur3dicas que norteiam as contribuic3es fiscais percorreram um longo caminho para chegar ao que mais se assemelha ao modelo atual, passando pela arbitrariedade desonrosa dos Reis para impostos compuls3rios fundados nos costumes, at3 finalmente chegar ao nascimento das leis.

O dever fundamental de pagar impostos surgiu como mecanismo garantidor do funcionamento de uma sociedade organizada, assegurando o custeio da m3quina p3blica, das instituic3es que nos garantem direitos constitucionais e respeitando o Estado Democr3tico de Direito.

Segundo Jos3 Casalta Nabais (2002), “devemos encarar os impostos como principal suporte financeiro do Estado, custeando tamb3m todo aporte dado a garantia da dignidade da pessoa humana”, deste modo, teoricamente, o Estado dever3 retribuir a sociedade que suporta os tributos com servic3os p3blicos. Complementa o autor:

Os impostos s3o o preo: o preo que todos, enquanto integrantes de uma dada comunidade organizada em Estado (moderno), pagamos por ter a sociedade que temos. Ou seja, por dispormos de uma sociedade assente da liberdade, de um lado, e num m3nimo de solidariedade do outro. (NABAIS, 2002)

No Brasil rec3m emancipado, no esteio de sua primeira Constitui3o em 1824, surgiram alguns dos princ3pios gerais de direito tribut3rio em uso at3 os dias atuais, tais como a legalidade, isonomia, irretroatividade e capacidade contributiva. O Imposto sobre servic3o de qualquer natureza - ISSQN foi primordialmente instituido com a promulgac3o da extinta Constitui3o de 1967, quando o texto constitucional inovador passou a listar servic3os sob os quais incidiriam o aludido imposto.

Art. 24 Compete aos Municípios decretar impostos sobre: II – serviços de qualquer natureza não compreendidos na competência tributária da União ou dos Estados, definidos em Lei Complementar.

A Constituição Federal de 1988 instituiu com seu texto que a partir daquele momento o federalismo fiscal seria adotado. A estrutura viabilizou a descentralização de recursos, aumentando a participação de Municípios e Estados na receita total do Brasil. O texto constitucional vigente delineou de forma muito clara qual seria a competência tributária de cada ente federativo, proporcionando a cada um deles o máximo de autonomia possível para usar as verbas oriundas de arrecadação no desenvolvimento regional, conforme depreende-se do art. 145:

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: I - impostos; II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição; III - contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas.

A definição do que vem a ser tributo foi dada pelo Art. 3º do Código Tributário Nacional, a Lei nº 5.172 de 25 de outubro de 1966 diz:

Art. 3º. Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada

O ISSQN e os demais tributos que integram o ordenamento jurídico atual tiveram origem com a Constituição Federal de 1988 e, segundo ela, são definidos por Lei Complementar específica:

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre: I - propriedade predial e territorial urbana; II - transmissão "inter vivos", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição; III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar.

Para elucidar a regra matriz de que tratará este tópico, faz-se necessária a breve ilustração sobre o que de fato é o Imposto Sobre Serviços e sua incidência. O mesmo texto constitucional que define o ser o ISS um tributo de competência Municipal e do Distrito Federal, também o limita quando diz que somente os “serviços de qualquer natureza, não compreendidos no artigo 155, II, definidos em lei complementar” (artigo 155, inciso III, da Constituição Federal, com a redação dada pelo art. 1 da Emenda Constitucional n. 03/93” estarão incluídos neste tipo, excluindo as operações abarcadas pelo ICMS.

Assim, a Lei Complementar nº116 de 31 de julho de 2003 veio dispor sobre a incidência e competência para o recolhimento de ISSQN. O artigo primeiro do referido dispositivo legal traz em seu texto um importante aspecto que merece muita atenção: o fato gerador e a taxatividade dos serviços abarcados pela lei:

Art. 1º O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador.

Segundo Regina Helena Costa (2014, p. 146) não é suficiente dizer que Fato Gerador pode ser uma ação humana ou um efeito jurídico, mas “distingue o Código os fatos geradores que são situações de fato, oriundas de fatos jurídicos de natureza civil ou comercial, daqueles que correspondem diretamente a situações jurídicas”.

Partindo deste princípio, pode-se dizer que o “fato gerador” pode ser uma conduta ou uma condição. No que tange o ISSQN, o fato gerador é obrigatoriamente precedido do verbo “prestar”. A situação ou fato jurídico vinculado a obrigação tributária é a prestação de serviços de qualquer natureza, com a devida ressalva já feita pelo art. 155 da CF/88. Leandro Paulsen (2019, p. 263 - 264) destaca outros aspectos da norma impositiva tributária que merecem atenção, sendo eles divididos em dois gêneros indissociáveis e suas respectivas espécies.

Pertencendo ao gênero chamado por ele de antecedente, a espécie do critério material diz respeito ao fato gerador puro e simples, já o aspecto espacial corresponde ao território onde o fato gerador efetivamente ocorreu e, por fim, o critério temporal é relacionado ao momento do fato. A observância destas espécies é de sumárisima importância para evitar autuações do fisco (PAULSEN, 2019, p. 263).

O segundo gênero corresponde aos efeitos jurídicos do tópico anterior que também é dividido em duas espécies. A primeira diz respeito aos sujeitos da relação estabelecida com a obrigação tributária, sendo o sujeito passivo o contribuinte, aquele que está obrigado ao pagamento e o sujeito ativo o favorecido. A segunda espécie do gênero dos efeitos jurídicos é talvez uma das mais relevantes: o aspecto quantitativo, já que as informações sobre o montante recebido, valor da coisa ou serviço serão sempre primordiais para o cálculo dos tributos (PAULSEN, 2019, p. 263).

Desta forma, observando os dispositivos legais que norteiam o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, tem-se que a Lei Complementar nº116/03 condensa em seu art. 3º as informações mais importantes sobre os aspectos citados: “Art. 3º-O serviço *considera-se prestado*,

e o imposto, devido, no local do estabelecimento prestador ou, na falta do estabelecimento, no local do domicílio do prestador, exceto nas hipóteses previstas nos incisos I a XXV, quando o imposto será devido no local”.

O critério espacial, expresso no art. 3º da LC nº116/03 é alvo de controvérsias em decorrência das duas correntes existentes que divergem sobre o local onde o tributo é realmente devido: uma defende que o ISS é devido no local do estabelecimento ou domicílio do prestador; e a outra defende que o imposto deve ser recolhido no local onde foi prestado o serviço.

Há de se colocar em evidência que o critério quantitativo, formado pela base de cálculo e pela alíquota, nos leva obrigatoriamente a discussão acerca das alíquotas adotadas pelos entes municipais. A Lei Complementar nº116/03 disciplinou em seu art. 8º e 8º-A sobre os limites das alíquotas de ISS:

Art. 8º As alíquotas máximas do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza são as seguintes: I – (VETADO); II – demais serviços, 5% (cinco por cento).

Art. 8º-A. A alíquota mínima do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza é de 2% (dois por cento).

A redação original não trazia a figura da alíquota mínima, o que gerava uma competitividade desleal entre os entes na busca incessante de atrair empresas. Antes da inclusão do Art. 8º-A, a alíquota era delineada pela Emenda Constitucional nº 57 de 12 de junho de 2002:

Art. 88 Enquanto lei complementar não disciplinar o disposto nos incisos I e III do § 3º do art. 156 da Constituição Federal, o imposto a que se refere o inciso III do *caput* do mesmo artigo: I – terá alíquota mínima de dois por cento, exceto para os serviços a que se referem os itens 32, 33 e 34 da Lista de Serviços anexa ao Decreto-Lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968; II – não será objeto de concessão de isenções, incentivos e benefícios fiscais, que resulte, direta ou indiretamente, na redução da alíquota mínima estabelecida no inciso I

O fato é que nem todos os entes municipais são capazes de suportar a alíquota mínima, já que a arrecadação de ISS representa parte considerável da receita própria e de acordo com dados disponibilizados pela Receita Federal, em 26% dos 5.570 municípios com população superior a 50 mil habitantes a arrecadação de IPTU e ISS (somadas) é superior à transferência recebida do Fundo de Participação dos Municípios (FPM).⁹

⁹ Disponível em: <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/>

Desta forma, pode ser mais vantajoso que o prestador de serviços tenha domicílio ou esteja sediado em outra municipalidade que pratique porcentagens mais baixas.

Nesta senda, conclui-se que a regra matriz de incidência do ISSQN e os critérios a serem observados para o recolhimento do tributo são instrumentos capazes de apaziguar a competitividade rasteira entre os entes municipais. Cumprida a introdução da regra matriz introduzindo-a a problemática da guerra fiscal, faz-se necessário discutir quais os outros aspectos que ocasionam o conflito, objeto da próxima seção.

3 A GUERRA FISCAL EM MATÉRIA DE IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS

Antes de dar início a discussão acerca do fenômeno da guerra fiscal, é de relevante importância esclarecer do que se trata o Princípio Federativo, previsto no art. 1º da Constituição de 1988, que traduz a forma que está organizado o Estado Brasileiro. A Federação delimita competências dos entes federados, dando a eles autonomia para o direito interno e descentralizando o poder político. Desta forma, a União, os Estados membros e os Municípios são, em tese, igualmente autônomos, cooperados e harmônicos em nome do bom funcionamento na máquina pública.

Decorrente da aplicação deste princípio, o Federalismo Fiscal diz respeito a repartição das competências tributárias, delegando entre os entes, com muita especificidade através do texto constitucional quais impostos ou searas de atividades passíveis de tributação lhe cabem e prevendo a criação de legislação infraconstitucional, que, segundo Paulo Barros de Carvalho (2015. p 799), cumprem o dever de esclarecer os pormenores dos tributos, devendo estar sempre em sintonia com as prescrições constitucionais.

Art. 146. Cabe à lei complementar: I - dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; II - regular as limitações constitucionais ao poder de tributar; III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes; b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários; c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas. [...]

No tocante aos Municípios, sua autonomia está assegurada em vários títulos da Constituição Federal. Em que pese afirmar que são autônomos, Paulo Barros de Carvalho (2016, p 306 - 307) observa que há um “flagrante inferioridade” dos Municípios em relação a União e os Estados em termos de arrecadação, fazendo uma clara menção de que os mais importantes impostos do país são recolhidos e repartidos de forma a ferir o princípio da Isonomia.

Segundo Regina Helena Costa (2013. p 20) a função dos impostos é, sobretudo, um fundamental instrumento para atingir os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, previstos no art. 3º, I a IV da Constituição Federal:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Kiyoshi Harada (2016. p 60) assevera que, em primeiro lugar, a divisão de competências possibilita que os Estados membros e os municípios tenham recursos financeiros adequados e suficientes para exercer suas atribuições constitucionais. embora o a forma federativa do Estado não possa ser suprimida ou relativizada (art. 60, § 4º, I, da CF/88), é notório o “gigantismo do poder central”, tendo em vista que a União concentra a arrecadação dos maiores impostos.

Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre: I - importação de produtos estrangeiros; II - exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados; III - renda e proventos de qualquer natureza; IV - produtos industrializados; V - operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários; VI - propriedade territorial rural; VII - grandes fortunas, nos termos de lei complementar.

Observando a disparidade nítida entre os entes, e, em que pese o legislador brasileiro tenha se preocupado em estabelecer princípios e normas gerais que minimizem a competitividade, surgiu um fenômeno denominado de Guerra Fiscal, que é uma espécie de competição de caráter predatório entre os entes em busca dos investimentos da iniciativa privada.

A Guerra Fiscal também contaminou os municípios, graças a Lei Complementar nº 116 de 2003 que não foi capaz de resolver todas as questões desta alçada, já que seu texto não estabelece todas as diretrizes esperadas para a cobrança do imposto, assim como foi omissa em relação a alíquota mínima e as hipóteses de concessão de incentivos.

Hodiernamente, o método utilizado pelos Fiscos Municipais para arrecadar a maior parte do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza nos casos de operações intermunicipais tem sido a criação de instrumentos normativos que regimentem a tributação do referido imposto, relativizando a norma trazida pela LC 116/03 com uma infinidade de portarias, decretos e afins, dificultando a uniformização para o recolhimento, que, por natureza já seria difícil, tendo em vista que o Brasil tem mais de 5.500 municípios, plurais e diversos, da cultura a população.

Desta forma, a guerra fiscal tem íntima ligação com o aspecto espacial, especificado por Kiyoshi Harada (2016, p. 384 e 385) como “lugar da concretização do fato qualificado como suficiente para desencadear o nascimento da obrigação tributária”, no caso do ISSQN, a LC 116/03 elenca diversos serviços em que o imposto será devido no local de estabelecimento ou domicílio do prestador.

Entretanto, a Lei Complementar nº 116/2003 também estabeleceu as diretrizes dos incentivos fiscais que poderão ser concedidos pelos entes municipais, a fim de minimizar a concorrência voraz e desleal que ocorria antes de tal disciplina:

§ 1º O imposto não será objeto de concessão de isenções, incentivos ou benefícios tributários ou financeiros, inclusive de redução de base de cálculo ou de crédito presumido ou outorgado, ou sob qualquer outra forma que resulte, direta ou indiretamente, em carga tributária menor que a decorrente da aplicação da alíquota mínima estabelecida no caput, exceto para os serviços a que se referem os subitens 7.02, 7.05 e 16.01 da lista anexa a esta Lei Complementar.

Considerando o aspecto espacial como fundamental para o devido recolhimento do imposto, surgiu uma espécie de estratégia usada pelos Municípios para atrair investimentos da iniciativa privada, que consiste basicamente na criação de incentivos fiscais. Para Paulo Caliendo (2019, p. 812): “considera-se como incentivo fiscal toda e qualquer forma de vantagem fiscal a determinado contribuinte, independentemente de sua denominação”, tais como, alíquotas menores, isenção, suspensão ou redução de impostos e taxas.

Na tentativa de minimizar os efeitos da Guerra Fiscal, surgiu o Art. 88 da ADCT (Atos das Disposições Constitucionais Transitórias), que estabeleceu que a alíquota mínima do ISSQN será de 2%, e nenhum benefício, incentivo ou isenção poderá diminuí-la. E, somente em 2016, a Lei Complementar nº 157 foi criada para regulamentar o Art. 88 da ADCT, que estabelecia que até a Lei Complementar ser editada, o ISSQN não poderia ser objeto de concessão de benefícios fiscais. Entretanto, a Lei Complementar trouxe mais do mesmo, mantendo as concessões somente para as

hipóteses que já existiam (execução de obras e transporte intermunicipal), serviços que não tem o condão de estimular a guerra fiscal, por não alimentar a competitividade entre os municípios.

A respeito da prática, Paulsen (2019, p. 24) afirma que por mais que a atração de novos investimentos para o seu território seja plausível, uma vez que a instalação de empresas gera mais empregos, circulação de renda e desenvolvimento local, a simples migração das unidades produtivas de município “é prejudicial e tem caráter fratricida”. A expressão usada pelo autor diz muito sobre as consequências da guerra fiscal, já que fratricida é aquele que é responsável pela morte de indivíduo, ou indivíduos, com o qual tem relação fraterna, referindo-se à cooperação que deveria existir entre os municípios.

A guerra fiscal é resposta clara da pouca cooperação no federalismo brasileiro, resultado da falta de uma política de desenvolvimento nacional eficiente, assevera Paulsen (2019, p. 24) que “se a tributação é inafastável, que se dê de modo equilibrado, observando limites, princípios e critérios que preservem a segurança e que promovam a justiça e a solidariedade”.

A regra geral dita pela Lei Complementar 116/03, em seu artigo 3º art. considera três possibilidades para o recolhimento do imposto: o local de estabelecimento do prestador, seu domicílio e as exceções onde o imposto será recolhido no local da prestação. A redação dada pelo artigo, especificamente na última hipótese, colaborou com o surgimento dos municípios corsários, esses que absorvem a contrapartida da produção e do consumo, sem contribuir para tanto.

As duas primeiras possibilidades guardam a maior causa da guerra fiscal no âmbito do recolhimento de ISS. Os empresários têm liberdade para planejar, escolher e negociar onde estabelecerão seus negócios, e, agindo em total conformidade com a lei, estudam onde será mais viável mantê-lo de acordo com a área explorada.

A ilegalidade que fere diretamente os cofres públicos têm início também quando empresas se valem da vaga redação da lei para criar verdadeiros paraísos fiscais, fraudando sedes e domicílios para usufruir de uma alíquota de um imposto que não deveria ser recolhido ali. Nesse sentido, Kiyoshi Harada (2016, p 347) diz que a manutenção de sedes fictícias fere frontalmente o princípio da legalidade tributária, uma vez que a fraude afasta o cumprimento da lei, que deve ser segura e exata, cabendo ao poder público a obrigação de fiscalizar e coibir a estratégia comumente adotada.

Há também outra situação que fomenta a Guerra Fiscal, àquela em que o prestador tem várias sedes reais em diversos estados, e, precisando prestar um serviço num determinado

município, une vários empregados de diferentes sedes para tal. Há um imenso conflito sobre o critério a ser adotado para o recolhimento do ISSQN nesses casos, já que o local do prestador é inconsistente e o empresário, na maioria das vezes, precisa eleger um município para recolhê-lo, assumindo o risco de ser autuado pelo “não cumprimento da obrigação” nos outros.

Ainda que o critério espacial não seja adotado da forma habitual, e para os casos onde não se aplicam as exceções dos itens 7.02, 7.05 e 16.01 da lista taxativa de serviços elencada na Lei Complementar 116/03, é levada em consideração o local da celebração do contrato ou da tomada de decisão acerca da prestação.

A guerra fiscal entre os municípios tem tomado proporções cada vez mais agravantes, a ambição arrecadatária entre as pessoas jurídicas de direito público vem deturpando as cidades brasileiras, estas que tanto necessitam da arrecadação do ISSQN para financiar parcelas de suas atividades.

De acordo com o boletim divulgado anualmente pela Secretaria do Tesouro Nacional, em 2018 o ISS foi apontado como segunda maior fonte de arrecadação própria dos municípios brasileiros, superado apenas pelo IPTU, ambos maiores do que o FPM – Fundo de Participação Municipal. A tabela disponível no boletim esclarece:

Tabela 1 – Situação Fiscal dos Municípios

Discriminação	2017	2018	Variação Nominal 2017-2018	Variação 2017 - 2018 (%)
Receita Corrente	579.335	623.282	43.947	7,6%
Receitas de Arrecadação Própria	198.052	211.227	13.175	6,7%
ISS	54.164	61.528	7.365	13,6%
IPTU	34.276	43.788	9.512	27,8%
Outras	109.612	105.910	-3.702	-3,4%
Receitas de Transferências	381.283	412.055	30.772	8,1%
FPM	86.068	89.919	3.852	4,5%

Fonte: Siconfi/Tesouro Nacional

Da análise dos valores, é possível entender o que leva os municípios a busca incessante pelo recolhimento de ISS. O imposto representa uma porcentagem expressiva na receita própria municipal, que, na teoria, deveria ser revertida em benefícios para o desenvolvimento das cidades.

Os benefícios alcançariam apenas a população das cidades que conseguem conceder incentivos fiscais e, no máximo, municípios vizinhos. O problema ocasionado pela guerra fiscal vai para além das questões econômicas, tendo em vista que a competitividade desprivilegia as pequenas cidades que não tem alíquotas atraentes para o prestador, tornando-as cada vez mais dependentes dos repasses da União, aumentando, por consequência, os custos com políticas de assistencialismo, índices de subdesenvolvimento e a carga tributária suportada pelas classes mais baixas do país como um todo.

Neste sentido, a guerra fiscal entre os entes municipais pode ser tratada não somente como um fenômeno que compromete a arrecadação, autonomia, o princípio da cooperação e o desenvolvimento dos municípios, mas também como um produto do desequilíbrio fiscal em relação aos Estados e a União, atingindo toda a coletividade, não somente o fisco e o prestador, fazendo-se necessária a discussão acerca das possibilidades de resolução do conflito que já são aplicadas atualmente com base no ordenamento jurídico brasileiro, objeto do próximo tópico deste artigo.

4 AS SOLUÇÕES PARA A GUERRA FISCAL A PARTIR DO ORDENAMENTO JURÍDICO

Superadas as questões sobre a regra matriz de incidência tributária do ISSQN, seu contexto na guerra fiscal e as consequências deste fenômeno, é muito importante que as soluções a partir do ordenamento jurídico capazes de amenizar o problema sejam expostas, bem como trazer a este artigo sugestões e apontamentos que poderiam corroborar com a efetividade da fiscalização, melhorando, desta forma, a arrecadação dos fiscos municipais e o combate às fraudes fiscais.

Devido a sua baixa complexidade, o ISSQN é um imposto que não deveria causar tantas divergências, mas, como já dito anteriormente, a falta de unificação de alíquotas, normas rígidas, obrigações acessórias e do próprio processo administrativo tributário estimulam o comportamento predatório do fisco e dos contribuintes.

Para iniciar a primeira proposta de solução para o conflito em questão, faz-se necessária a breve diferenciação entre o que é dado e o que vem a ser informação. O dado não apresenta uma significação completa, além de não propiciar a compreensão concreta acerca do que se busca com ele. É basicamente o que o contribuinte declara ao fisco por meio de cadastro, ao passo que a

informação é o produto do processamento de dados, ou seja, os dados são examinados sob determinada ótica, extraídos e cruzados com outros sistemas, excedendo do que o contribuinte declara àquele ente, tornando possível a sua validação.

Dito isso, é de suma importância que os municípios estimulem que os prestadores mantenham seus cadastros atualizados para que os bancos de dados não se tornem obsoletos a ponto de comprometer o que deveria ser o insumo para a ação da inteligência fiscal, principalmente no que diz respeito ao combate as sedes fictas. Defende-se também que o combate a práticas ilegais como esta começa quando o prestador está preenchendo seu cadastro para abrir uma inscrição municipal antes de passar a emitir notas fiscais de seus serviços, como, por exemplo, a inserção de mais perguntas e obrigatoriedade de anexar documentos, tais como o endereço físico e eletrônico dos sócios, se houver, redes sociais do prestador, contas de energia elétrica, contratos de locação e dados do contador, já que uma prática muito comum para a criação de sedes fantasmas é o cadastramento em escritórios de contabilidade.

A integralização dos bancos de dados entre as administrações públicas, tornando-os sistemas de informação mais eficientes, tem fulcro no Art. 37, inc. XXII da Constituição Federal, respeitando a privacidade, o sigilo e os direitos fundamentais desta mesma carta também são vistos como saída eficiente e como materialização do princípio da cooperação:

Art. 37 A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) XXII - as administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, atividades essenciais ao funcionamento do Estado, exercidas por servidores de carreiras específicas, terão recursos prioritários para a realização de suas atividades e atuarão de forma integrada, inclusive com o compartilhamento de cadastros e de informações fiscais, na forma da lei ou convênio.

A legislação infraconstitucional também assevera que os dados devem ser integralizados de modo a cumprir com a cooperação tão desejada, horizontal e verticalmente, como diz o Código Tributário Nacional:

Art. 199. A Fazenda Pública da União e as dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios prestar-se-ão mutuamente assistência para a fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações, na forma estabelecida, em caráter geral ou específico, por lei ou convênio.

Os sistemas não serviriam apenas para que o a fiscalização pudesse combater as sedes fictas, mas, pensando para além da conduta do contribuinte, as prefeituras passariam a impor mais respeito ao critério espacial, crucial e determinante para o correto recolhimento do ISSQN devido.

A fiscalização efetiva ainda contribui para a concretização do princípio da capacidade contributiva, explícito também na Constituição Federal (§ 1º do art. 145), que, nas palavras de Eduardo Marcial (2019, p. 243) é conceituado como o “princípio assegurado do direito de propriedade, bem como naquele que proíbe a tributação confiscatória, ambos conjugados com os direitos sociais enumerados no art. 6º.”

Em que pese todas as sugestões e leis fossem estritamente cumpridas e os sistemas de informação fossem atualizados a cada instante como em uma espécie de utopia fiscal, todos os dados dos contribuintes armazenados somente serviriam como elementos indiciários, não excluindo por completo a necessidade da fiscalização *in loco* para aqueles que fugissem ao padrão, apresentassem endereço suspeito, já tiverem autuações progressas ou fossem denunciados.

Todavia, é importante ressaltar que a fiscalização *in loco* não serve apenas para que o fisco arrecade e se aperfeiçoe, uma vez que o pedido para tal pode ser feito pela própria pessoa jurídica que se sinta lesada em seu direito, solicitando providências por parte do fisco para reavê-lo por meio de processo administrativo.

Segundo Ricardo Lobo Torres (2011, p. 344), o processo administrativo tributário em muito se assemelha com o processo judicial, uma vez que é assegurado ao contribuinte os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, otimizando a atuação do procedimento administrativo, tendo em vista todas as Administrações Tributárias possuem duas instâncias de julgamento, dessa forma, o contribuinte que quiser contestar seus impostos, pedindo revisão de cálculo ou de outra particularidade, poderá fazê-lo sem necessariamente acionar o poder judiciário de pronto.

A celeuma é que cada um dos mais de 5.500 municípios do país tem uma forma única de conduzir seus feitos, que vai desde a exigência de diferentes obrigações acessórias até a forma de condução dos processos administrativos tributários. Cada administração delibera de forma diferente, por exemplo, sobre os parâmetros que o auditor julgador de primeira instância tem que obedecer para oferecer recurso de ofício, como quando a sua decisão for contrária a fazenda municipal, excedendo o valor máximo por ela estipulado.

O maior problema da falta de uniformização desses casos é a pouca segurança jurídica e a falta de igualdade de condições a todos os contribuintes, diminuindo a utilidade de um processo que deveria ser tratado com muita atenção pela legislação, tendo em vista ser menos custoso aos cofres públicos do que o processo judicial.

Uma outra solução sugerida por parte da doutrina seria seguir a inclinação ao recolhimento do imposto no destino da prestação, modificando o critério espacial do Art. 3º da Lei 116/03, onde, em suma, passaria a ser considerado devido o imposto no local do estabelecimento do tomador do serviço. Desta forma, ainda que a sede do prestador, endereço ou formal ou domicílio esteja em outro município, o recolhimento do imposto seria feito no município onde ocorre o consumo, acabando com a finalidade das sedes fictas, e municípios corsários, promovendo uma maior justiça social.

Em que pese parecer simples e deveras efetivo, o acolhimento da proposta de um novo modelo de recolhimento apenas mudaria o foco do problema, tendo em vista que a justiça social promovida através dela não seria superior ao déficit provocado pela mudança do local de recolhimento, abalando principalmente os cofres dos menores municípios, que nem sempre tem um equilíbrio numérico entre quem presta e quem toma serviços dentro de seu território, abalando consideravelmente suas finanças, comprometendo sua função de garantir os serviços essenciais mais básicos, elencados no tópico três deste artigo.

Uma última solução possível está na edição de normas gerais em matéria tributária, com o fito de solucionar conflitos de competência. O endereçamento desta espécie normativa está para uma pluralidade de entes políticos e são compostas de enunciados prescritivos gerais, como afirma Frederico Araújo Seabra de Moura (2009, p. 178 – 179). Ora, são essas normas que advém do poder nacional que a União detém e estão materializadas na forma da lei complementar tributária.

Normas gerais de Direito Tributário, para Regina Helena Costa (2014, p. 32), são “regras atinentes a parâmetros constitucionalmente estabelecidos às competências tributárias”, visando delinear-las principalmente no que há de mais primordial como princípios, diretrizes e preceitos fundamentais.

No tocante as Leis Complementares em matéria de direito tributário segundo Paulo Barros de Carvalho (2019, p. 30) cumprem com o papel de esclarecer os pormenores e as particularidades de cada tributo, como a fixação de alíquotas e, no caso do ISSQN, a tão importante lista taxativa de serviços tributáveis.

Por intermédio das normas gerais veiculadas por lei complementar é possível sanar conflitos de competência, considerando que a Constituição Federal concedeu a cada ente federativo a possibilidade de criar os tributos, de acordo com sua própria agenda fiscal. Os conflitos de competência surgem quando os entes políticos tributantes ultrapassam o regramento constitucional, buscando tributar fatos jurídicos para além de sua alçada. (MOURA, 2009, p. 268 - 269).

Ao observar o comportamento dos entes municipais, tem-se em uma das facetas da Guerra Fiscal um verdadeiro conflito de competências, pois mais de uma municipalidade pretende tributar um mesmo fato. Não se enquadra aqui a já mencionada oferta de isenções para atrair investimentos econômicos e geração de renda naquela localidade.

Em tese, a LC nº 116/03 cumpriria a função de veicular normas gerais, evitando os conflitos entre os municípios (MOURA, 2009, p. 270), todavia, o aspecto estabilizador precisa ser reforçado, com disposição específica sobre o destino para além do que já está disposto no art. 3º. Como já dito, a norma geral também desempenha um importante papel padronizador, que pode gerar consequências benéficas como a diminuição dos conflitos de competência entre os entes federados (MOURA, 2009, p. 270).

Desta forma, o conflito vivido pelos municípios em relação a cobrança de Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza pode encontrar seu fim no próprio ordenamento jurídico por meio do aperfeiçoamento do processo administrativo, futura uniformização das leis municipais e obrigações acessórias, respeitando a cooperação, a capacidade contributiva, o federalismo fiscal e o estrito cumprimento da lei por parte do sujeito passivo e ativo da obrigação tributária.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta investigação objetivou discutir a guerra fiscal no âmbito municipal, observando o comportamento dos entes municipais em torno do ISSQN e o tratamento que pode ser conferido ao tema, considerando o sistema jurídico vigente. A partir dos argumentos, exposição dos fatos e análise do ordenamento jurídico atual, não restam dúvidas quanto a relevância da presente pesquisa, em face de sua atualidade e do impacto que a guerra fiscal traz não só aos cofres públicos como também a gestão das cidades brasileiras de uma forma geral.

Conforme estudado, a regra matriz de incidência tributária do ISSQN presente na Lei Complementar 116/03 estabelece as diretrizes e pormenores do tributo em questão, mas precisou de muitos anos e edições para aperfeiçoar seu alcance nas particularidades mais básicas, como limites de alíquotas e previsão de incentivos.

Não tardou para que os conflitos de competência e a concorrência desleal entre os municípios brasileiros começassem a erguer os pilares da guerra fiscal que ainda se perpetua e macula a economia dos entes. As lacunas deixadas pela lei facilitaram o surgimento de verdadeiros paraísos fiscais e táticas criadas por prestadores de serviços para burlar as maiores alíquotas com a criação de sedes fictas, quando na verdade as empresas se estabeleciam em uma outra municipalidade, deixando de cumprir com o critério espacial delineado pela lei complementar 116/03 em seu Art. 3º.

Além de ser um problema econômico, a guerra fiscal se tornou também um problema de ordem social, uma vez que os municípios precisam da renda advinda do recolhimento do referido imposto para conseguir cumprir com suas obrigações constitucionais, provendo o desenvolvimento regional dentro de seus limites territoriais.

É bem verdade que há uma razão para tantas disputas pelo recolhimento do imposto, já que, ante exposto, sua arrecadação só é superada pela do IPTU e no último boletim divulgado pela Secretaria da Fazenda Nacional, ultrapassa o FPM. Não obstante, a instalação de empresas prestadoras de serviços nos municípios também propicia outros benefícios, como a geração de novos empregos e circulação de renda local.

Este artigo mostrou em seu texto que existem diversas soluções para minimizar o conflito, e uma boa parcela destas está na fiscalização e na modernização dos cadastros de prestadores de serviços, otimizando informações e aperfeiçoando seu sistema de inteligência fiscal com fulcro no Art. 37 da Constituição Federal.

Outras soluções aqui demonstradas são extraídas do próprio ordenamento jurídico, que estabelece diretrizes gerais e específicas para o cumprimento das obrigações tributárias dos sujeitos ativos e passivos, que estão obrigados a obedecer também aos princípios do federalismo fiscal, da cooperação e da capacidade contributiva, em nome do modelo Federativo e da autonomia municipal, estabelecidos pela Constituição Federal de 1988.

O presente trabalho optou por buscar uma solução jurídica, e não política, consoante propostas de mudanças na sistemática constitucional tributária, tendo em vista a porvindoura e tão

estimada reforma tributária, que pretende, em seus moldes atuais, unificar impostos. A proposta desperta incertezas quanto a modificação ou não do princípio do federalismo fiscal e a necessidade de autonomia dos entes municipais, solução esta que, por si só, comportaria uma nova pesquisa.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Tributário Nacional**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm. Acesso em: 01 maio 2020.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 37**, de 12 de junho de 2002. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc37.htm. Acesso em: 01 maio 2020.

BRASIL. **Constituições brasileiras: 1824**. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 1999

BRASIL. **Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/LCP/Lcp116.htm>. Acesso em: 01 maio 2020

BRASIL. **Secretaria do Tesouro Nacional – Boletim 2018** Disponível em:

<http://sisweb.tesouro.gov.br/apex/cosis/thot/transparencia/arquivo/30407:981194:inline:9731352684720>. Acesso em: 14 maio 2020

CALIENDO, Paulo. **Curso de direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

COSTA, Regina Helena. **Curso de direito tributário: Constituição e código tributário nacional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DEL PADRE TOMÉ, Fabiana. **A Prova no Direito Tributário**. São Paulo: Noeses, 2011.

HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. **Manual de direito financeiro e tributário**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MOURA, Frederico Araújo Seabra de. **Lei complementar tributária**. São Paulo: Quartier Latin: 2009.

NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. **Revista Direito Mackenzie**, São Paulo, v. 3, n. 2, p. 9-30, 22 maio 2015. Disponível

em: <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/7246>. Acesso em: 01 maio 2020.

PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário completo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

THE FISCAL WAR WITHIN THE MUNICIPALITIES: THE FRATRICIDE AROUND THE ISSQN

ABSTRACT

The purpose of this article is to discuss the behavior of municipal tax authorities as competent entities for the collection of the Tax on Services of Any Nature and its context of the fiscal war, the result of the relentless search for investments by the private sector. It employs the deductive method to develop qualitative research, where the Federal Constitution, the National Tax Code, the study of doctrine, jurisprudence and specific legislation will be analyzed, surpassing the tax area and inevitably entering into constitutional issues capable of minimizing the conflict addressed. He understands that there is a real fratricide among the entities that should be cooperated, also exposing the aspects and consequences of the phenomenon, especially with regard to the impacts on regional social and economic development. It analyzes possible solutions based on the Brazilian legal system. Finally, it is concluded that the fiscal war is an economic and social problem that can be solved through the current legal system, the standardization of tax obligations, the modernization of municipal information systems and obedience to the principles of cooperation, fiscal federalism and contributory capacity.

Keywords: Fiscal War. ISSQN. General Guidelines.

A INFLUÊNCIA POLÍTICA NO MANEJO PATRIMONIAL CULTURAL DO BRASIL REPÚBLICA (1889 A 1988)

Bianca de Souza Saldanha¹⁰

Recebido em: 24/06/2020

Aprovado em: 10/02/2021

RESUMO

A presente pesquisa versa sobre como se deu o manejo do patrimônio cultural no Brasil desde a queda da Monarquia com a proclamação da República, em 1889, durante toda a República e até o desabrochar da República Democrática, com a publicação da Constituição Federal de 1988 (CF/88), e partindo da premissa que o tema goza de ílibada importância para a memória coletiva, pois alimenta a dinâmica cultural que se tem até os dias de hoje. A análise gira em torno do desafio de criar o imaginário popular da República, utilizando-se de elementos nacionais republicanos que se consubstanciaram por meio das artes, da simbologia e das ações culturais de um governo voltado para um grupo seletivo. No tocante aos aspectos metodológicos, desenvolveu-se pesquisa descritiva-analítica, bibliográfica, pura e qualitativa. Conclui-se que, acerca do recorte temporal proposto (1889 a 1988), o Estado, por ser provedor de políticas culturais, as faz através de modelos que lhe convêm, impondo diretrizes que lhe são vantajosas, relegando ao esquecimento ou à pouca atenção outras que não o apeteçam.

Palavras-chaves: Patrimônio Cultural. Cultura. República Oligárquica. República Aristocrática. República Democrática.

1 INTRODUÇÃO

Proclamou-se, no Brasil, a República, em 1889, quedando o regime vigente até então, a Monarquia. Essa transição de Monarquia para República se deu sob uma sociedade extremamente desigual e hierarquizada, de sorte que era imprescindível a criação e a aplicação de políticas

¹⁰ Mestra em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza - Unifor. Assessora da Vice-Reitoria de Ensino de Graduação na Unifor. Membro do Grupo de Estudos e Pesquisas em Direitos Culturais - Unifor.

culturais que desenvolvessem e incutissem no povo o sentimento de pertença ao novo regime. Para tal, foram utilizados símbolos, mitos e alegorias, com o fito de criar o imaginário popular republicano, culminando na criação de uma nova bandeira, na elevação de um herói nacional, na tentativa frustrada de mudança do hino nacional, na pintura de inúmeros quadros com a temática republicana e na confecção de monumentos contemplando personalidades e símbolos republicanos.

Em 1929 ocorreu o declínio da República Oligárquica, dando espaço para o início da República Aristocrática, com o Golpe de 1930, que coloca Getúlio Vargas na presidência da república. Iniciou-se a Era Vargas e, com ela, ascendeu a necessidade de criar-se uma identidade nacional, findando em uma gestão que era eivada de censura, porém apresentava-se sob a égide da proteção às artes e ao patrimônio cultural, concorrendo para a criação, em 1937, do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (SPHAN).

Com o desprestígio da República Aristocrática e o início do período de redemocratização do país, fez-se latente a necessidade da feitura de uma nova constituição que contemplasse avanços nos direitos civis, sociais e políticos, e, em especial, na cultura e na política preservacionista dos patrimônios culturais, que têm seu ponto alto nos artigos 215 e 216 da constituição, então, promulgada em 1988.

A transição do modelo governamental e do chefe do poder desemboca em formas diversas de desenvolver diferentes potências culturais, uma vez que cada momento político carece de diferentes ações a serem trabalhadas bem como cada gestor as concretiza em conformidade com suas ideologias e pelo seu olhar ímpar sobre o que o cerca.

Nesse contexto, propõem-se os seguintes questionamentos: As questões políticas, incluindo as mudanças de regimes (fim da Monarquia Constitucional, República Oligárquica, República Aristocrática e República Democrática) do Brasil, tiveram influência no manejo dos patrimônios culturais? Em sendo positiva a resposta, como se deu tal influência?

A justificativa para essa pesquisa, por conseguinte, advém da primordialidade de se desenvolverem pesquisas sobre como se deu o manejo do patrimônio cultural no Brasil desde a queda da Monarquia com a proclamação da República, em 1889, durante toda a República e até o desabrochar da República Democrática, com a publicação da Constituição Federal de 1988 (CF/88), em se tratando de matéria de indubitável escassez exploratória, nessa abordagem, e partindo da premissa que o tema goza de ilibada importância para a memória coletiva, pois alimenta a dinâmica cultural que se tem até os dias de hoje.

No tocante aos aspectos metodológicos, desenvolve-se pesquisa descritiva-analítica, por meio de estudo que se classifica como: quanto ao tipo, bibliográfica, quanto à abordagem e à aplicação dos resultados é pura e qualitativa. Quanto aos objetivos, o estudo é descritivo, sendo presente no seu transcurso a observação, o registro e a análise dos fatos e fenômenos oriundos do tema proposto, e, por fim, exploratória, com o cunho de catapultar o aperfeiçoamento das ideias através das informações sobre o assunto em foco.

Nesse âmbito, pretende-se analisar com que intensidade e de que maneira se deu a influência da política no manejo patrimonial e cultural, no período de 1889 a 1988, transcorrendo as distintas formas de governo que foram implementadas no Brasil no período supracitado, com os holofotes voltados para os patrimônios culturais materiais e imateriais, em detrimento da organização social vigente à época, relacionando os fios da trama social composta pelo poder dominante e aqueles que são “dominados”.

2 REPÚBLICA OLIGÁRQUICA

A vinda da Família real para o Brasil, em 1807, trouxe consigo a implantação de uma Monarquia Absolutista. Esta perdurou até 1821, quando Dom João VI, cedeu à Monarquia Constitucionalista desembocando na feitura da Constituição Política do Império do Brasil, em 1824.

Uma das derradeiras ações do monarca, Dom Pedro II, foi a abolição da escravidão, gerando grande descontentamento aos que tinham nos escravos sua massiva fonte de renda. A Monarquia, com tal ato, respondeu a uma demanda política de preservação da ordem pública, que se encontrava em vias de ser infringida pela copiosa evasão dos escravos, e também a uma demanda econômica que buscava atender às necessidades da região cafeeira (incentivo à vinda de mão de obra livre). (CARVALHO, 1990)

Em 1889 foi proclamada a República, quedando a Monarquia Imperialista e destituindo Dom Pedro II. Bobbio, Matteucci e Gianfranco Pasquino (1994, p. 1107) definem a República como um governo em que “o chefe de Estado, que pode ser uma só pessoa ou um colégio de várias pessoas, é eleito pelo povo, quer direta, quer indiretamente. Com efeito, *res publica* quer pôr em relevo a coisa pública, a coisa do povo, o bem comum, a comunidade” (grifo do autor). A primeira

República pode ser denominada Oligárquica. Essa adjetivação é cabível, pois a palavra oligarquia, de origem grega, quer dizer governo de poucos, e tendo sido introduzida no vocabulário político da modernidade para indicar situação em que um restrito grupo de pessoas detém o poder e, a partir deste, gozam de privilégios particulares. (BOBBIO *et al.*, 1994)

Em meio a uma política cravejada de autoritarismo e exclusão, que privilegiava os militares e as elites agrárias, emergiu a imprescindibilidade de ações que fomentassem a identidade coletiva e o sentimento de comunidade, ou seja, havia de se trabalhar, por meio de símbolos, mitos e alegorias, todo o viés ideológico incutido na República e formar o imaginário popular republicano. (CARVALHO, 1990)

O símbolo é embebido de significado para que evoque ou represente algo. Ele proclama ideias, propósitos e intenções, pois carrega atributos que lhes são próprios. O Estado, ao disseminar os símbolos da pátria de maneira eficaz, agrega vitalidade aos seus atributos e prima pela sua preservação, pois quanto maior a difusão dos símbolos augustos da Pátria, mais simples e recorrente será a defesa e a preservação por parte dos brasileiros, que agirão como guardiões.

Ou seja, com o advento da mudança na forma de governo, era de todo urgente a criação de novos símbolos nacionais que traduzissem um drástico corte com o passado, com o modelo vigente até então. Resta claro, assim, que os que encabeçavam o movimento republicano queriam, com a reformulação dos símbolos, construir e propagar a imagem de que a mudança não era adstrita somente à forma de governo e sim que atingia toda a sociedade.

Entende-se que a população assistira tolamente à queda da Monarquia e ao levante da República, sem compreender verdadeiramente o que se construía bem à sua frente, e para que o povo fosse envolvido pela teia republicana e para a seguridade da implantação do novo regime, urgia a consecução de ações que mirassem o sentimento de envolvimento e pertença ao novo regime. Para conseguir atingir o objetivo supracitado, deu-se assim, um massivo investimento dos republicanos na criação da identidade coletiva e do imaginário coletivo, que convergiu para a mudança da bandeira nacional, para a mudança do hino nacional, para a escolha de um herói nacional, para a pintura de inúmeros quadros com a temática republicana e a feitura de monumentos contemplando personalidades e símbolos republicanos.

A bandeira nacional foi estabelecida por decreto do governo provisório. Na sua constituição, foram herdados da bandeira imperial o fundo verde, o losango amarelo e a esfera azul, retirados os emblemas imperiais (a coroa, a esfera armilar, a cruz e os ramos de café e tabaco),

transferidas de lugar as estrelas (inseridas dentro da calota) e, o principal, acrescida a frase *Ordem e Progresso*. Essa disposição estava permeada de mensagens subliminares e tinha o fito de simbolizar fraternidade, e, harmoniosamente, fundir passado, presente e futuro. (LUZ, 2005)

O hino que existia foi inicialmente afastado, abrindo lugar para a *Marselhesa* – o hino francês e tido como o hino da revolução em todos os países e uma composição guerreira por excelência. A tentativa de mudança no hino foi, contudo, fracassada, de maneira que a população não a assimilou bem e clamou pelo hino monárquico composto por Francisco Manuel, já tradicionalmente enraizado no povo brasileiro. (CARVALHO, 1990)

Para a escolha do herói nacional, foi feito um estudo qualitativo com foco na boa aceitação da população, sendo o escolhido, Tiradentes. A escolha de Joaquim José da Silva Xavier, conhecido como Tiradentes, pautou-se no fato de este ter sido o líder da luta dos Inconfidentes contra os desmandos da Metrópole (uma vez que, a esse tempo, o Brasil ainda era colônia de Portugal), findando em seu enforcamento em 21 de abril de 1792. Deu-se também pelo fato de estar ainda muito viva na população a memória do sacrifício feito por ele (CARVALHO, 1990). Convenientemente, os republicanos trouxeram à tona o enaltecimento de um herói que lutou contra o regime agora decaído, que foi ferozmente combatido pelo imperador, que tinha ideais republicanos e que gozava da simpatia do povo.

Há que se ressaltar que a importância de escolher um herói republicano gira em torno do reconhecimento de que “heróis são símbolos poderosos, encarnações de idéias e aspirações, pontos de referência, fulcros de identidade coletiva”, ou seja, a construção de um herói nacional e, por conseguinte, de um mito da origem da República, galga alcançar de forma efetiva “a cabeça e o coração dos cidadãos a serviço da legitimação de regimes políticos”. (CARVALHO, 1990, p. 55)

A pintura de quadros republicanos foi amplamente difundida pelo governo, situação em que este, almejando encontrar o símbolo da República, lançava concursos ou remunerava bem aqueles pintores que atendessem à referida demanda. Tem-se, a partir daí, uma enxurrada de pinturas com o viés republicano e destaca-se o uso da figura feminina como símbolo da República e da liberdade. Em alguns casos, a mulher aparece em pé, com o colo descoberto (e até seios aparentes), carregando uma bandeira tricolor e um fuzil, a lembrar a Revolução Francesa, passando a ideia de um potencial belicoso e, em outros, surge sentada, amamentando, transmitindo segurança e proteção. (CARVALHO, 1990)

A feitura de monumentos republicanos, implantados, em sua maioria, em praças públicas, conceberam verdadeiros discursos políticos. Dentre as estátuas, destacam-se a de Benjamin Constant (um dos principais articuladores do golpe republicano e Ministro da Guerra) situada no Rio de Janeiro, a de Floriano Peixoto (Presidente de República de 1891 a 1894) situada no Rio de Janeiro, a de Júlio de Castilhos (principal autor da Constituição de 1891), situada em Porto Alegre, e a de Tiradentes (considerado herói nacional), situada no Rio de Janeiro. Para além das personalidades, os monumentos também portavam a bandeira republicana, a mulher simbolizando a República e uma mulher com uma criança no colo representando a humanidade (CARVALHO, 1990).

Evidencia-se, portanto, que a massiva construção de monumentos se dava com o intuito de adentrar a profunda dimensão simbólica da pessoa, do cidadão e da construção do Estado Constitucional, pois tal função é inerente aos monumentos de natureza política.

Resta claro que as artes “deveriam inspirar-se em ideias grandiosas e úteis. Seu fim não era apenas encantar os olhos, mas, sobretudo, contribuir poderosamente para a educação pública penetrando nas almas” (CARVALHO, 1990, p. 11). Os valores republicanos, por meio das ferramentas acima descritas, deveriam, assim, ser enxertados na cultura do povo, modificando o sentimento existente e quebrando qualquer relutância ao novo regime.

Em 1891 foi promulgada uma nova Constituição, que havia de consubstanciar as diretrizes republicanas. Paulo Bonavides (2004, p. 260), acerca da constituição supracitada, afirma:

Entre a Constituição jurídica e a Constituição sociológica havia enorme distância; nesse espaço se cavara também o fosso social das oligarquias e se descera ao precipício político do sufrágio manipulado, que fazia a inautenticidade da participação do cidadão no ato soberano de eleição dos corpos representativos.

Em 1920, iniciou-se o movimento modernista no Brasil, tendo seu ápice com a Semana de Arte Moderna, em 1922, na cidade de São Paulo, e primava por uma arte essencialmente brasileira e concomitantemente em harmonia com o movimento modernista europeu. O rompante foi impulsionado pelos artistas Mário de Andrade (escritor), Tarsila do Amaral (pintora), Anita Malfatti (pintora), Oswald de Andrade (escritor), Heitor Villa-Lobos (compositor) e Di Cavalcanti (pintor). A Semana de Arte Moderna, que inicialmente nascera como uma corrente intelectual paulista, a posteriori se apresentou como grande catalisadora capaz de metamorfosear velhos

valores que simbolizavam o moderno e o civilizado, incorporando a renovação dos padrões e esculpindo novamente os antigos (CHUVA, 2009).

Os frutos da Semana de 1922, que tomam grandes proporções alguns anos depois, só podem ser percebidos pela posteridade, sendo salutar destacar, para essa pesquisa, o despertar e o desenvolvimento de Mário de Andrade na seara da salvaguarda do patrimônio cultural.

Com a quebra da bolsa de Nova York, em 1929, caem vertiginosamente no Brasil as vendas do café, dando espaço para a plantação da insatisfação popular e oligárquica e instaura-se a crise econômica em 1930. Eis que ocorre a Revolução de 1930, liderada por Getúlio Vargas, que destitui do poder o presidente Washington Luís (1926 – 1930) e passa a presidência para Getúlio Vargas (CAMPOS *et al.*, 2015). Embora tratado como revolução, entende-se que em 1930 consolidou-se, na verdade, um golpe militar, em que os militares tomaram o poder, em forma de junta militar, para a assunção da presidência por Getúlio Vargas. Deca am as estruturas sociais até então firmadas, eis que chega ao fim a República Oligárquica.

3 REPÚBLICA ARISTOCRÁTICA

3.1 O golpe

Acerca do que seja a aristocracia, Jardim Júnior (1979, p. 18-19) a define como: “a forma de governo em que o poder pertence exclusivamente a uma classe restrita, privilegiada e hereditária”, ou seja, distanciando-se da finalidade de um governo que preze por todos, distanciando-se da democracia. Em 1934 é publicada a nova Constituição Federal de 1934 e Getúlio Vargas   eleito presidente da República.

A referida Constituição foi a primeira do Brasil a se reportar à cultura e ao patrimônio cultural, porém ainda de maneira deveras primária, em seu artigo 10: “Compete concorrentemente   União e aos Estados: III – proteger as belezas naturais e os monumentos de valor histórico ou artístico, podendo impedir a evasão de obras de arte”. E segue no artigo 148 dispondo sobre delegação: “Cabe   União, aos Estados e aos Municípios favorecer e animar o desenvolvimento

das ciências, das artes, das letras, e da cultura em geral, proteger os objetos de interesse histórico e o patrimônio artístico do País, bem como prestar assistência ao trabalhador intelectual”.

Vargas, em 1937 instaurou o golpe militar denominado ditadura do Estado Novo e governou por decretos e decretos-lei, até promulgar a Constituição Federal de 1937. Em tempos de ditadura militar, com bastante firmeza, o manto da censura encobriu os vários meios de comunicação, alcançando os jornais, o rádio, a literatura, o cinema, o teatro etc. Eram permitidos, quase que em sua totalidade, somente propagandas que enaltecessem e divulgassem as ações do regime vigente (CAMPOS *et al.*, 2015). A propaganda estatal tinha o forte condão de difundir o ideal de uma nação forte e unida, resgatar a ordem nacional e demonstrar que se avançava para tempos de bonança e paz. (BRAICK, 2011)

Era urgente a criação de uma identidade nacional e o Estado, dentro de um contexto de choque de temporalidades e de moções do modernismo, sabiamente promoveu a imagem de uma nação que alcança êxito por ser composta de modernidade e tradição, havendo de ser consagrada. As diferenças regionais passaram a ser vistas não como entrave à renovação da cultura brasileira e sim como elemento portador da verdadeira identidade do Brasil. (CHUVA, 2009)

Mário de Andrade, em 1936, em decorrência de um convite do diretor do Departamento de Cultura da Prefeitura de São Paulo, elaborou anteprojeto para a criação de um órgão de proteção ao patrimônio nacional e este, conseqüentemente, foi o alicerce para a concepção do órgão que seria criado em 1937 e designado para atender às demandas patrimoniais. Seu projeto ganhou destaque, pois aprofundou sobremaneira as concepções de cultura e arte bem como tratou acerca das atribuições do responsável pelas ações a serem executadas, o qual deveria gozar de sapiência na seara cultural. Para além disso, o texto do anteprojeto foi entendido como solo fértil para o romper de ideias que concorressem para a construção de uma cultura nacional. (FONSECA, 2005)

Destarte, concomitantemente à censura, o Estado Novo, estrategicamente, se fez atento às questões culturais, criando o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (SPHAN) e levantando a bandeira de que o governo de Vargas se preocupava com a proteção das artes, do patrimônio histórico e de todos os elementos que formassem a identidade nacional. Em verdade, eram valorados os artistas que eram concebidos pelo menos neutros e reprimidos os artistas, os escritores e os intelectuais que eram classificados como de oposição ao governo vigente. (BRAICK, 2011, p. 166)

A Lei nº 378, de 13 de janeiro de 1937, em seu artigo 46 cria o SPHAN, “que tem por finalidade promover, em todo o país e de modo permanente, o tombamento, a conservação, o enriquecimento e o conhecimento do patrimônio histórico e artístico nacional”. A atuação do SPHAN, contudo, claramente deu-se em conformidade com o que a gestão de Getúlio Vargas entendia ser o mais interessante para o seu regime e para a nação, ou seja, como bem elucida Márcia Chuva (2009, p. 54 - 55), para o SPHAN, “as coisas patrimoniais, inicialmente, restringiram-se a monumentos e peças de arte cuja origem remontava a um tempo histórico determinado que se pretendia sacralizar”.

Assim, dentro do cenário ditatorial do Estado Novo, brota a primeira semente constitutiva da prática preservacionista, de maneira oficial, no Brasil, e as ações de preservação cultural ganham força em uma nuance mais ampla e geral. O SPHAN conseguiu, por meio de suas intervenções, que primavam pela identificação de uma arte brasileira, lançar para a universalidade da arte europeia os atributos e as particularidades que se faziam latentes no Brasil, convergindo para o reconhecimento mundial (FONSECA, 2005). Por acreditar que formar uma identidade nacional alicerçada na imagem de um Brasil moderno iria convergir diretamente para uma guinada econômica e social, Getúlio Vargas volta olhares às questões culturais, de modo que foram incutidas nas políticas de cultura, meticulosamente, a valoração da cultura popular e das etnias nativas. (AZEVEDO; SERIACOPI, 2015)

No que concerne ao processo de construção da nação, as práticas de proteção do “patrimônio nacional” configuraram estratégias bastante eficazes no processo de construção de uma autoimagem da nação, recorrendo a objetos cuja materialidade conferia estatuto de verdade à história contada por meio do vestígio. Dessa forma, o Sphan construiu representações de um tempo originário e heroico da nação, forjando testemunhos materiais de origens nacionais. (CHUVA, 2009, p. 374)

Resta claro que, com o intuito de manipular uma identidade nacional, a preservação do patrimônio cultural enfocou-se maciçamente o prestígio das altas camadas de poder e dos símbolos da República Oligárquica, em detrimento da escassez de ações protetivas de bens que fizessem referência aos grupos subordinados.

Nesse contexto, Maria Fonseca (2005) aponta que o SPHAN teve na sua trajetória, a partir de sua criação, em 1937, até 1979, uma fase denominada de *fase heroica* ou *fase da pedra e cal*, na qual se primava pela preservação do patrimônio arquitetônico, em especial os que se remetiam ao período colonial. Observa-se, dessa maneira, que o SPHAN voltava sua atuação preservacionista

aos monumentos de pedra e cal, que representavam a cultura branca, classificadas como de estética barroca e teor monumental (fortes, castelos do período colonial, igrejas católicas). Ou seja, as ações preservacionistas eram elitistas e afastavam a cultura popular.

Em 1945, deu-se o fim do período conhecido como “Era Vargas” (1930 – 1945), com a assunção do presidente Gaspar Dutra, em 1946. Nesse cenário promulgou-se a Constituição Federal de 1946, com o claro intento de findar a restrita centralização de Getúlio, de modo a primar pela autonomia e pelo equilíbrio dos três poderes (legislativo, executivo e judiciário), pelas eleições diretas e obrigatórias (nas esferas federal, estadual e municipal), além de nítido caráter liberal, culminado com as liberdades de expressão, de pensamento, de associação, e por fim, determinou o ensino primário e gratuito para todos. Em 1951, Getúlio Vargas volta à presidência da República, por meio do voto direto, e comete suicídio em 1954. (BRAICK, 2011)

Em 1964, o então presidente João Goulart foi destituído do poder por meio de um Golpe Militar. A liberdade de expressão, há pouco fixada em constituição, foi completamente minada, convergindo para a prisão ou o exílio de cantores, escritores, artistas, intelectuais, líderes sindicais e estudantes. Qualquer um que se opusesse à ditadura era severamente punido. Os meios de comunicação foram cobertos pela censura, bem como as manifestações culturais (teatro, cinema, música e literatura) que deveriam se submeter ao crivo de uma censura prévia à sua exposição ao público. (AZEVEDO; SERIACOPI, 2015)

A população, diante desse cenário, reagiu com indignação e, em especial no campo das produções culturais, eclodiram incontáveis filmes, peças de teatro, músicas e escritos com o tônus da crítica ao regime ditatorial. Dentre as manifestações culturais citadas, a mais forte foi a música, com destaque Caetano Veloso, Chico Buarque de Hollanda, Gilberto Gil, Rita Lee, Milton Nascimento, entre outros, que escreveram canções recheadas de críticas veladas e ostensivas ao governo e ao regime ditatorial. Esses artistas eram acompanhados de perto pelos censores, tendo músicas proibidas de serem gravadas.

Em meio ao cenário ditatorial, foi promulgada a Constituição Federal de 1967. Esta se revestia de medidas ditatórias e tinha a finalidade de tornar constitucionais os instrumentos de autoritarismo. A decaída do regime ditatorial iniciou-se em 1973. (CAMPOS *et al.*, 2015)

3.2 A redemocratização

Em 1988, promulgou-se a Constituição Federal de 1988, chamada de Constituição Cidadã, por avançar nos direitos civis, sociais e políticos e contemplar princípios e direitos relevantes, como a vedação à censura prévia às manifestações culturais, a liberdade de expressão, de manifestação e de religião etc.

A República Democrática que se consolidava no Brasil, trouxe, na Constituição Federal de 1988, a devida salvaguarda do patrimônio cultural material e imaterial, consubstanciados nos artigos 215 e 216, na Seção II, Da Cultura, do Capítulo III, Da Educação, Da Cultura e Do Desporto, do Título VIII, Da Ordem Social.

Nos artigos supracitados, tem-se a imprescindibilidade do Estado de garantir e incentivar o exercício dos direitos culturais, o acesso às fontes da cultura nacional e a difusão das manifestações culturais. Abarcou-se a multiplicidade de possibilidades das manifestações e uma gestão que consulte a população sobre as ações protetivas, configurando uma guinada significativa na gestão do patrimônio cultural no Brasil.

Acredita-se que, para interpretar e compreender toda a trajetória do Brasil no tocante às artes *versus* a política, é imprescindível ressaltar o entendimento de Norberto Bobbio (2015, p. 155) sobre o tema. Este acredita que “a arte é um bem instrumental, ou seja, é um bem que serve para conseguir outros bens”. Partindo dessa premissa, Bobbio (2015, p. 156) propõe dois questionamentos: “é verdade ou não que a arte pode determinar correntes de gostos, tendências psicológicas, orientações espirituais, em suma, formar uma opinião pública? (...) É bom ou mau que a política dirija a arte?”

Tais questionamentos são plenamente pertinentes à presente análise acerca da influência política no manejo patrimonial do Brasil República, pois apontam a existência dessa influência e que esta foi estudada e aplicada pelos que se encontravam no poder, mirando a formação de uma opinião pública favorável à política vigente, o silenciamento do que ia de encontro a tal, a construção de costumes e a confecção de artes que enaltescessem pontos de interesse previamente escolhidos por aqueles que a encomendavam e a incentivavam.

Acerca do tema, Norberto Bobbio (2015, p. 157), enaltece que a produção de arte com o intuito de promover questões políticas “no fundo não é um problema estético, mas um problema ético-político”. Ou seja, a arte *per se* não traz imperfeições ou máculas, mas o seu papel e/ou o seu poder diante da sociedade pode estar eivado de intenções que infrinjam a ética.

Contudo, o autor traz ainda a percepção de que a mesma postura tomada por uma pessoa pode ser considerada ética e por outra considerada antiética: “Fulano, por exemplo, pode estar convencido de que, numa sociedade comprometida com a renovação radical das suas instituições, seja necessário que a arte seja subordinada aos fins supremos da política” (BOBBIO, 2015, p. 158). Tal ambiguidade acontece especialmente em se tratando de questões políticas, pois estas trazem, de maneira contundente, as convicções pessoais de cada um, uma vez que têm nascedouro nas ideologias.

Trata-se, assim, de uma questão repleta de nuances, porém, percebe-se claramente que o manejo patrimonial da cultura e da arte no Brasil deu-se pelos representantes da política, como meio para conseguir outros bens, ou seja, com um caráter instrumental.

As escolhas dos patrimônios culturais influenciam e determinam a montagem da estrutura ideológica que manipula a memória nacional, pois o ato de comemorar, de se lembrar conjuntamente é de todo um ato político, e, como tal, visa à coesão social, indo além da coerção social e acessando os vínculos afetivos que evocam os sentimentos de pertencimento a um grupo. Esses sentimentos ecoam intimamente na conquista de novos espaços para atuação e representação dos grupos de poder e, por essa razão, a formação da sociedade é construída e, longe de ser um dado natural, a memória é uma seleção ideologicamente determinada. (OLIVEIRA, 2011)

Dessa forma, é inegável que exista um poder simbólico, que pode ser entendido como um poder capaz de constituir o dado pela enunciação, ou seja, de materializar-se através da crença ou da visão, pois confirma, atua e transforma a visão de mundo das pessoas e, conseqüentemente, nas ações destas; um poder que, sem quaisquer forças, física ou econômica, quase que de maneira invisível, através dos signos, produz uma ordem gnosiológica e conduz a um efeito planejado, impondo posições ideológicas. (BOURDIEU, 2010)

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Entende-se do estudo realizado que o fim da Monarquia Constitucionalista no Brasil e a conseguinte instauração da República Oligárquica, em se tratando de um golpe militar em que a população não foi consultada ou incluída, invoca a imprescindibilidade de se manipular a formação do imaginário popular, direcionando-o para a conveniência do novo regime (im)posto.

No imaginário popular a ser construído na primeira República, havia de pulsar as ideias republicanas, e, para tal, os militares, que se encontravam no poder, desenvolveram ações culturais que abrangeram as artes e a simbologia, talhando na população a aceitação do novo regime. Trata-se de uma mudança cultural, de maneira que foram trabalhados tais objetivos paulatinamente com a consecução de monumentos, pintura de quadros, feitura de um novo hino (tendo falhado essa tentativa), elaboração de uma nova bandeira, criação de um herói republicano, entre outros, sempre mirando cair nos agrados da população, ganhar sua simpatia e sua adesão.

Depreende-se que, na República Oligárquica, somente os elementos culturais que eram convenientes aos que estavam no poder foram criados, fortalecidos e incentivados e os patrimônios culturais criados tinham o claro papel de envolver o povo, trazendo a sensação de pertença ao regime. As culturas e os patrimônios culturais que não se enquadravam neste perfil, ou seja, a cultura popular ou os patrimônios culturais que simbolizassem algo diverso do pretendido – símbolos da cultura negra, por exemplo –, não eram cobertos pelo véu da proteção e pelo incentivo do governo, padecendo do esquecimento das autoridades.

Infere-se que, com a transição da República Oligárquica para a República Aristocrática, voltam-se os olhares dos governantes para a criação de uma identidade nacional, por entender-se que o investimento cultural ia trazer uma roupagem de preocupação e cuidado do governo com o Brasil e com a população. O investimento na cultura, contudo, deu-se de maneira repressora, com a mão de ferro da censura, prevalecendo somente as manifestações culturais que estivessem em consonância com as ideias propagadas pelo governo.

Para fortalecer o Estado Novo, deu-se uma política de manejo patrimonial que primava pelo fortalecimento do processo de construção do próprio regime vigente, do Estado e da nação, ou melhor, do Estado-Nação, com o fito de incorporar socialmente seus ideais, que, de maneira velada, estavam sendo propagados sob a égide da conveniência da gestão pública e com distanciamento das demandas sociais desprestigiadas.

As inovações implementadas na República Oligárquica têm similitudes com as praticadas na República Aristocrática, pois, em ambos os momentos políticos, desenvolveram-se políticas culturais que alçavam simbologias e inserções de ideais da República, com a finalidade de construir uma identidade coletiva e o sentimento de pertença ao rompante que se firmava, pois era sabido pelos militares que era indispensável ter a população como sua aliada, para o bom andamento de seus esboços republicanos.

Conclui-se que as demandas políticas, em especial a modificação de regimes, influenciaram, conduziram e interferiram na questão patrimonial, de forma que as vertentes traçadas pela história convergiram para um manejo patrimonial cultural que, ao longo do Brasil República, condecorou a cultura da alta sociedade em detrimento do menosprezo da sapiência dos menos abastados. Tal realidade se manteve até a iminência do declínio da República Aristocrática. Com a aproximação da República Democrática, sucederam-se transformações de cunho sociocultural, no sentido de privilegiar o saber popular entendido como patrimônio cultural imaterial. Essa proteção tomou corpo com a Constituição Federal de 1988. Portanto, acerca do recorte temporal proposto (1889 a 1988), infere-se que o Estado, por ser provedor de políticas culturais, as faz através de modelos que lhe convêm, impondo diretrizes que lhe são vantajosas, relegando ao esquecimento ou à pouca atenção outras que não o apeteçam.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução de Alfredo Bossi e Ivone Castilho Benedetti. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- AZEVEDO, Gislane; SERIACOPI, Renaldo. **Projeto teláris: história**. 2. ed. São Paulo: Ática, 2015.
- BOBBIO, Norberto. **Política e cultura**. Tradução Jaime A. Clausen. 1. ed. São Paulo: Editora Unifesp, 2015.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINI, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução Carmen C. Varriale. 6. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994.
- BONAVIDES, Paulo. **História constitucional do Brasil**. 6. ed. Brasília: OAB Editora, 2004.
- BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução Fernando Tomaz. 14. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.
- BRAICK, Patrícia Ramos. **Estudar história: das origens do homem à era digital**. São Paulo: Moderna, 2011.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da república federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da república dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Senado, 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 13 jan. 2021.

BRASIL. **Lei nº 378**, de 13 de janeiro de 1937. **Dá nova organização ao Ministério da Educação e Saúde Pública**. Disponível em: portal.iphan.gov.br/uploads/legislacao/Lei_n_378_de_13_de_janeiro_de_1937.pdf. Acesso em: 01 fev. 2021.

CAMPOS, Flávio de; CLARO, Regina; DOLHNIKOFF, Miriam. **História nos dias de hoje**. 2. ed. São Paulo: Leya, 2015.

CARVALHO, José Murilo de. **A formação das almas: o imaginário da república no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

CHUVA, Márcia Regina Romeiro. **Os arquitetos da memória: sociogênese das práticas de preservação do patrimônio cultural no Brasil (anos 1930-1940)**. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2009.

COSTA, Emilia Viotti da. **Da monarquia à república: momentos decisivos**. 6. ed. São Paulo: Unesp, 1999.

FONSECA, Maria Célia Londres. **O patrimônio em processo: trajetória da política federal de preservação no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: UFRJ/MINC-IPHAN, 2005.

HOBBS, Thomas. **O leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural Ltda, 1997.

JARDIM JÚNIOR, David. **Dicionário de ouro de política**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1979.

LUZ, Milton. **A história dos símbolos nacionais: a bandeira, o brasão, o selo, o hino**. 2. ed. Brasília: Senado Federal, Secretaria Especial de Editorações e Publicações, 2005.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. Tradução Cristina Murachco. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

OLIVEIRA, David Barbosa de. **Tempo, memória e direito: um estudo jurídico, político e filosófico sobre o patrimônio cultural imaterial**. 2011. 142 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2011.

**THE POLITICAL INFLUENCE IN CULTURAL HERITAGE MANAGEMENT OF THE
BRAZILIAN REPUBLICAN PERIOD (1889 TO 1988)**

ABSTRACT

This study presents how the cultural heritage was managed in Brazil, since the end of the Monarchy Era, as a consequence of the Republic Proclamation in 1889, as during the whole Republican Period and until the institution of the Democratic Republic with the Federal Constitution of the 1988. This article is based on the relevant importance of this theme to the collective memory, as it extends the cultural dynamic until nowadays life. The author analysis the challenge of creating a popular version of the Republican Period, by the use of national elements that were embodied with art, symbolism and cultural actions of a federal government focused just in a select group. It concerning to the methodological aspects, the author developed a descriptive-analytical research, based on bibliographic investigation, and in a pure and a qualitative analysis. As a conclusion of this proposed period of time analysis (1889 to 1988), the State, as in charge of the cultural policies, makes them by the use of models that better fit to its political concepts and parameters that give to them advantages and leave in a second plan contents that are not important to their proposals.

Keywords: Cultural Heritage. Culture. Oligarchic Republic. Aristocratic Republic. Democratic Republic.

A RESPONSABILIZAÇÃO DO GESTOR PÚBLICO FRENTE AO DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE ACESSIBILIDADE: O DIREITO DO ADVOGADO COM DEFICIÊNCIA NAS DELEGACIAS DE POLÍCIA

*Eliane Macedo Ferreira da Silva*¹¹

*Isabella Costa Urnikes*¹²

Recebido em: 12/10/2020

Aprovado em: 20/01/2021

RESUMO

O escopo do artigo é verificar a responsabilização do gestor público frente à inobservância do dever de acessibilidade nos prédios das Delegacias de Polícia, ocasionando a privação do exercício de plenos direitos da advocacia, tal como a liberdade do exercício profissional do advogado com deficiência, bem como afronta a princípios fundamentais e constitucionais de igualdade e de acesso à Justiça. O texto apontará a necessidade de adequação atrelada à importância de proteção das pessoas com deficiência, em especial da figura do advogado com deficiência, obrigando o gestor público a adotar providências, após análise de responsabilidade, sendo certo que o descumprimento do dever de acessibilidade ocasionará a punição, nos termos da Lei de Improbidade Administrativa. As garantias individuais devem ser observadas e respeitadas e o gestor público descumpridor das normas constitucionais estará sujeito à imputação de reponsabilidade pela demora nas adequações dos espaços públicos que não atendam e restrinjam os direitos do advogado com deficiência.

Palavras-chave: Pessoa com deficiência. Advocacia. Improbidade administrativa. Acessibilidade. Igualdade.

1 INTRODUÇÃO

¹¹ Mestranda em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Especialista em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Servidora Pública e Mediadora. E-mail: lilithyds@gmail.com

¹² Mestranda em Direito Constitucional pela a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Bacharela em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogada. E-mail: isabellaurnikes@gmail.com

Segundo o Censo IBGE 2010¹³, aproximadamente 46 milhões de brasileiros declararam possuir alguma dificuldade em uma ou mais questões por tipo de deficiência. Equivale dizer que 1 a cada 4 brasileiros têm deficiência, como enxergar, ouvir, caminhar ou subir degraus, ou ainda, deficiência mental ou intelectual. O número, cumpre destacar, não considerou perturbações, doenças ou transtornos mentais como autismo, neurose, esquizofrenia e psicose.

O número é expressivo e representativo. Um quarto de uma população precisa de cuidados e atenção especiais para ser plenamente envolvida no ambiente social. Aliás, é dever da União, dos Estados e Municípios promover a inclusão social da pessoa com deficiência nos termos do inciso XIV, artigo 24 da Constituição Federal.

No entanto, como se verá no presente artigo, as pessoas com deficiência ainda têm seus direitos cerceados, na medida em que as autoridades seguem falhando em promover o acesso igualitário às pessoas com deficiência, seja pela inércia de sua função de legislar, adequando às situações rotineiramente mutáveis, seja pela inércia da função de fiscalizar o cumprimento dos normativos já existentes.

Nesse quesito, trataremos da garantia do dever de acessibilidade à figura do advogado com deficiência, principalmente quando este necessita de informações junto às delegacias de polícia do país, e das respectivas ofensas aos direitos, como igualdade, livre exercício profissional e acesso à informação, ante a inobservância de um dever legalmente assegurado. Destaca-se que na cidade de São Paulo, a maior cidade do país, existe apenas uma delegacia especializada¹⁴ para atender o público em questão, quando todas as demais do município ainda não se adequaram aos parâmetros estabelecidos pela Lei de Acessibilidade¹⁵.

Ressalta-se que o advogado exerce função essencial à Justiça, e exerce múnus público, ou seja, é uma profissão essencial no Estado Democrático de Direito. Dessa forma, conforme analisaremos nos tópicos a seguir, não prover a acessibilidade das delegacias de polícia, será hipótese de responsabilização imputável ao gestor público, e inclusive, poderá o agente responder pela Lei de Improbidade Administrativa, sem prejuízo das ações cíveis e criminais.

¹³ Disponível em: <https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/20551-pessoas-com-deficiencia.html>. Acesso em: 28 set. 2020.

¹⁴ Disponível em: <https://esaoabsp.edu.br/Noticia?Nid=1129>. Acesso em: 04 out. 2020.

2 A FALTA DE ACESSIBILIDADE ÀS DELEGACIAS COMO TERMÔMETRO DA PROTEÇÃO DO EXERCÍCIO PROFISSIONAL DO ADVOGADO COM DEFICIÊNCIA

A figura do advogado, tal como dispõe o artigo 133 da Constituição Federal de 1988, é indispensável à administração da Justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão. Dentre suas prerrogativas, destaca-se a de entrar em delegacias ou em qualquer repartição pública quando age em defesa dos interesses de seu cliente. Tal prerrogativa está pautada na alínea b, inciso VI e inciso XXI do artigo 7º da Lei nº 8.906/1994, o Estatuto da Advocacia.

Não obstante, além de indispensável à administração da Justiça nos termos retro citados, a Constituição Federal igualmente garante inviolabilidade por seus atos e manifestações no exercício da profissão, com a finalidade de resguardar o interesse público pela realização e funcionamento da Justiça.

Ainda assim, violações aos direitos e prerrogativas dos advogados não são incomuns, e uma vez que o advogado tem seus direitos tolhidos, conseqüentemente também o tem o cidadão, que vê seu direito de defesa, contraditório e devido processo legal igualmente restringidos.

Isto posto, a manutenção e preservação das prerrogativas dos advogados não apenas garante o livre exercício da profissão, como também propicia aos cidadãos o pleno funcionamento e acesso à Justiça.

Fator agravante é quando o advogado com deficiência é impedido de exercer sua profissão sob a premissa do ambiente não estar preparado para recebe-lo, o que não é viável, uma vez que a Lei de Acessibilidade foi promulgada no ano de 2000 e aperfeiçoada com o passar do tempo. Ou seja, a sociedade teve mais de 20 anos para adequar-se aos parâmetros acessíveis e ainda assim não o fez.

Isso é o que se sucede nas delegacias de polícia. Basta frequentar uma unidade para notar que a acessibilidade não está presente em sua integralidade, na medida em que as edificações são estranhas ao padrão acessível, raras são as vezes nas quais existem profissionais suficientemente capacitados para uma comunicação em Língua Brasileira de Sinais ou maquinário que permita a impressão e leitura documental em Braille.

Quando o advogado com deficiência recebe uma negativa indireta para acessar uma delegacia, todo o sistema é diretamente prejudicado. A Administração Pública, que deve estar apta a garantir direitos e deveres em igualdade de condições, deverá responder pelo descumprimento ao dever de acessibilidade. E finalmente, como se verá no decorrer deste artigo, há 5 anos o gestor público está sujeito ao enquadramento em ato de improbidade administrativa.

2.1 Da proteção da pessoa com deficiência

Organizações internacionais estimam haver no mundo aproximadamente 650 milhões de pessoas com deficiência, o que corresponde a 10% da população mundial¹⁶. Só no Brasil, segundo o último Censo, 23,9% da população brasileira têm algum tipo de deficiência. Daí, a importância do constituinte e de parlamentares em olhar com atenção a segurança dos direitos desse grupo.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 não decepcionou e tornou-se um marco de extrema relevância quando o assunto é a proteção da pessoa com deficiência. Além de ser uma Constituição com viés social, inovando em seus objetivos fundamentais, principiou um novo formato de inclusão e proteção da pessoa com deficiência ante sua inserção no convívio familiar e social para fins de garantir o exercício da cidadania, o acesso à educação e ao mercado de trabalho.

O garantismo constitucional propiciou a vedação à discriminação, além de reafirmar a igualdade entre todos, independente de cor, classe, gênero ou condição. A título de mera exemplificação, é possível notar a proteção nos artigos¹⁷ 7º, inciso XXXI; 203, inciso IV, 208,

¹⁶ From Exclusion to Equality: realizing the rights of persons with disabilities, handbook for parliamentarians, UN, OHCHR, Genebra, 2007.

¹⁷ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência.

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

(...) IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

(...) III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade,

inciso III e 227, inciso II; todos da Constituição Federal. Assim, a disposição constitucional é protetiva e abrangente.

Seguindo para a legislação brasileira infraconstitucional, ela também dispendeu certa atenção e cuidado ao abordar da proteção à pessoa com deficiência. A Lei Federal nº. 7.853/89 foi a primeira a tratar dos direitos individuais e sociais da pessoa com deficiência e fixou um conjunto de medidas a serem adotadas nas áreas de educação, saúde, mercado de trabalho e acessibilidade.

Posteriormente, foram editadas as Leis Federais nºs. 8.213/1992, 10.048/2000 e 10.098/2000, que previram, respectivamente, cotas para pessoas com deficiência em empresas – implementado efetivamente via Decreto nº. 3.298 apenas em 1999 – e acessibilidade para as pessoas com deficiência em repartições públicas, sendo que as últimas duas foram regulamentadas pelo Decreto nº. 5.296/2004. Especificamente a Lei nº. 10.098/2000, referida neste texto como Lei de Acessibilidade, foi a responsável por estabelecer os critérios para promoção da acessibilidade e a considerou não apenas em edifícios, como também em veículos de transporte coletivo, sistemas de comunicação e sinalização.

No âmbito internacional, merece destaque a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência¹⁸ e seu Protocolo Facultativo, ambos de 2006 da Organização das Nações Unidas (ONU). Embora não tenha sido o primeiro tratado sobre a proteção da pessoa com deficiência, é a convenção que simbolizou uma transformação no arquétipo sobre o tema, na medida em que estabeleceu diversas definições, dentre elas o termo adequado para referir-se ao grupo como sendo “pessoa com deficiência”, humanizando a terminologia para lembrar aos demais que antes de uma deficiência, há uma pessoa.

Assinada pelo Brasil em 2007, aprovada pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo nº. 186/2008 e promulgada via Decreto nº. 6.949/2009, foi a primeira legislação

ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

(...) II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação.

¹⁸ A Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência tem hierarquia normativa de uma emenda constitucional e em razão disto, deve ser entendida como se fosse uma norma constitucional, nos termos do §3º, do artigo 5º, da Constituição Federal.

infraconstitucional, incluída no ordenamento jurídico com status constitucional por força do §3º do artigo 5º da Constituição Federal.

Dentre as obrigações assumidas na Convenção, os Estados Membros se comprometeram a internalizar e endurecer o tratamento da proteção da pessoa com deficiência em seu ordenamento interno. E após muita pressão da comunidade internacional, o Brasil, finalmente, editou a Lei nº 13.146/2015, conhecido como Estatuto da Pessoa com Deficiência, que dentre muitas previsões relevantes, também alterou o artigo 11 da Lei nº. 8.429/1992, Lei de Improbidade Administrativa ou LIA, considerando como ato de improbidade deixar de cumprir a exigência dos requisitos de acessibilidade previstos na legislação brasileira.

O Brasil demorou para consolidar, em uma legislação específica, os direitos das pessoas com deficiência. Previamente à sua edição, os direitos estavam esparsos no texto constitucional e em demais legislações infraconstitucionais. O Estatuto da Pessoa com Deficiência, segundo Luiz Alberto David Araújo, veio para aplicar, de forma mais direta, os ditames convencionais que, vez ou outra, podem aparecer genéricos de baixa eficácia (ARAÚJO, 2017).

Tal marco legislativo gerou uma série de questionamentos, como aquele formalizado na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 5357, proposta pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino, para impugnar dispositivo do Estatuto da Pessoa com Deficiência que imputa à iniciativa privada a obrigação de incluir alunos com deficiência sem a diferenciação de tratamento financeiro e oneroso às famílias e – felizmente – julgado improcedente pelo Supremo Tribunal Federal.

Fato é que o Estatuto da Pessoa com Deficiência completou seus 5 anos e esperar-se-ia um avanço superior ao alcançado. O grupo ainda tem direitos cerceados, talvez pela falta de coercibilidade e fiscalização do cumprimento dos dispositivos legais.

2.2 Do dever de acessibilidade

Como previamente abordado, o dever de acessibilidade está previsto tanto no texto da Constituição Federal como em múltiplas legislações infraconstitucionais.

Em termos constitucionais, a Constituição Federal dedica o §2º do seu artigo 227 e seu artigo 244 ao tema da acessibilidade, ante a exigência de que novas construções de logradouros e edifícios de uso público e a fabricação de veículos de transporte coletivo sejam feitas observando

o acesso às pessoas com deficiência e, por outro lado, os logradouros, edifícios e veículos já existentes devem ser adaptados para garantir tal acesso.

A própria Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência dispôs de um parágrafo do seu preâmbulo para tratar da “importância da acessibilidade aos meios físicos, social, econômico e cultural, à saúde, à educação e à informação e comunicação, para possibilitar às pessoas com deficiência o pleno gozo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais”¹⁹.

Mais recentemente, o Estatuto da Pessoa com Deficiência igualmente destrinchou o dever de acessibilidade. Inclusive, com o Estatuto permitiu-se a responsabilização do gestor público pela falta de cumprimento da legislação que dispõe sobre acessibilidade, considerando-a como um ato de improbidade administrativa, feitas as devidas inserções no inciso IX do artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa.

Portanto, como se verá a seguir, a acessibilidade não é apenas a construção de uma rampa na porta de um prédio, mas sim a eliminação de toda e qualquer barreira em edificações, espaços, mobiliários e equipamentos urbanos, transportes, comunicação e informação devidamente adaptados para todas as pessoas com deficiência, qualquer que seja a deficiência.

2.2.1 Conceito: edificações, transporte e comunicação

Muito se pensa que promover acessibilidade é apenas eliminar uma barreira de um prédio, ou de uma rua, pela construção de uma rampa. Pouco se dissemina sobre o real conceito de acessibilidade. Mas então, o que seria acessibilidade? Segundo consta no artigo 3º, I do Estatuto da Pessoa com Deficiência, acessibilidade é a possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, de espaços, mobiliários, equipamentos urbanos, edificações, transporte, informação e comunicação, inclusive seus sistemas e tecnologias, bem como de outros serviços e

¹⁹ Colacionamos aqui, o artigo 9º da mesma Convenção que define acessibilidade como: “1. A fim de possibilitar às pessoas com deficiência viver de forma independente e participar plenamente de todos os aspectos da vida, os Estados Parte tomarão as medidas apropriadas para assegurar às pessoas com deficiência o acesso, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, ao meio físico, ao transporte, à informação e comunicação, inclusive aos sistemas e tecnologias da informação e comunicação, bem como a outros serviços e instalações abertos ao público ou de uso público, tanto na zona urbana como na rural. Essas medidas, que incluirão a identificação e a eliminação de obstáculos e barreiras à acessibilidade, serão aplicadas, entre outros, a: a) Edifícios, rodovias, meios de transporte e outras instalações internas e outras instalações internas e externas, inclusive escolas, residências, instalações médicas e local de trabalho; b) Informações, comunicações e outros serviços, inclusive serviços eletrônicos e serviços de emergência”.

instalações abertos ao público, de uso público ou privados de uso coletivo, tanto na zona urbana como na rural, por pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida.

Sendo assim, não se trata apenas de rampa nas calçadas, mas de qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que limite ou impeça a participação social da pessoa com deficiência ao gozo, fruição e ao exercício de seus plenos direitos. É garantindo o direito à acessibilidade que se assegura o exercício de outros direitos constitucionalmente previstos, como o livre exercício da profissão da advocacia, que está no cerne do presente artigo.

2.2.2 Dignidade da pessoa humana e proteção constitucional à pessoa com deficiência

O princípio universal da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, III da Constituição Federal é considerado como o pilar do direito constitucional. E adotá-lo como valor fundamental do Estado democrático de direito é colocar o ser humano no centro do direito.

É na essência da dignidade da pessoa humana que reside o exercício de direitos pelas pessoas com deficiência. Nesse sentido, George Salomão enfatiza que as pessoas com e sem deficiência são todas dignas e merecedoras de igual respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade. No entanto, os mecanismos para promoção e respeito da dignidade humana não são idênticos em se tratando de pessoas com e sem deficiência. E nesse caso, temos situações distintas que necessitam ser tratadas diferentemente para efeitos de concretização e promoção da dignidade da pessoa humana (FERRAZ [et. al], 2012, p. 69).

Destaca-se ainda a previsão trazida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência em seu artigo 10: “compete ao poder público garantir a dignidade da pessoa com deficiência ao longo de toda a vida”. Desse modo, à pessoa com deficiência deverá ser assegurado todo e qualquer direito, incluindo o livre exercício profissional, em igualdade de condições.

E por falar em igualdade, este princípio é o *suprassumo* quando fala-se no pleno desenvolvimento e inclusão da pessoa com deficiência. Segundo Luiz Alberto David Araújo:

O direito à igualdade surge como regra de equilíbrio dos direitos das pessoas portadoras de deficiência. Toda e qualquer interpretação constitucional que se faça, deve passar, obrigatoriamente, pelo princípio da igualdade. Só é possível entendermos o tema da proteção excepcional das pessoas com deficiência se entendermos corretamente o princípio da igualdade. (ARAÚJO, 1992, p. 49)

Assim dizendo, o princípio da igualdade é o balizador da inclusão social das pessoas com deficiência, na medida em que permite que o tratamento isonômico seja diferenciado, seguindo o dito por Rui Barbosa no discurso intitulado “Oração aos Moços”, sobre:

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. Os mais são desvaridos da inveja, do orgulho ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. (BARBOSA, 2019, p. 36)

Aí reside a importância da adequação dos espaços públicos para que estejam aptos a atender as pessoas com deficiência. Afinal, é inviável falar em proteção das pessoas com deficiência sem a observância do dever de acessibilidade. A acessibilidade é a responsável por assegurar o pleno exercício de outros direitos, uma vez que sem ela, o advogado com deficiência não consegue ser satisfatoriamente atendido em uma delegacia de polícia.

2.3 Dos direitos do advogado nas Delegacias de Polícia

O Estatuto da Advocacia dispõe, em seu artigo 7º, inciso I, que o advogado deve exercer sua profissão com liberdade em todo o território nacional. No mesmo sentido, o inciso VI, alínea b, estabelece que é direito do advogado ingressar livremente nas salas e dependências de audiências, secretarias, cartórios, ofícios de Justiça, serviços notariais e de registro, e, no caso das delegacias e prisões, mesmo fora da hora de expediente e independentemente da presença de seus titulares. Frise-se, o advogado poderá adentrar uma delegacia de polícia quando bem lhe convier.

A delegacia de polícia é local de convívio de pessoas que precisam obter informações. E o direito à informação é direito fundamental previsto no ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que o artigo 5º, inciso XXXIII da Constituição Federal estabelece que todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestados no prazo da lei, sob pena de responsabilidade. A continuação do dispositivo prevê uma ressalva não aplicável ao advogado, considerando que este necessita de informações para assegurar a administração da Justiça.

É através do advogado que o Estado Democrático de Direito brasileiro garante o acesso à Justiça para todos os cidadãos que dela necessitem. Por acesso à Justiça, entende-se como “o

sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado” (CAPPELLETTI; GARTH; 1988, p. 8) Vai além de simplesmente propor uma ação para resguardar ou garantir um direito. A garantia do acesso à Justiça está diretamente atrelada ao pleno exercício da cidadania, vez que é utilizando-se desse artifício que ao cidadão, por intermédio de seu advogado ou defensor público, são garantidos outros preceitos jurídicos elementares como a ampla defesa, o contraditório, o devido processo legal e a presunção de inocência. Não é à toa, a propósito, que o Conselho Nacional de Justiça tem comissão permanente denominada “Comissão de Acesso à Justiça e à Cidadania” com a finalidade de analisar o funcionamento do Poder Judiciário em suas várias instâncias.

Sendo assim, fica evidente o porquê uma violação às prerrogativas do advogado constitui afronta direta a todo o sistema jurisdicional. Não seria diferente se o advogado é pessoa com deficiência e o entrave seja causado pela a falta de acessibilidade de determinado órgão público.

Ao tratar do advogado com deficiência nas delegacias de polícia, caso esta não esteja apta a receber-lhe, seja por falta de acessibilidade na edificação ou na comunicação, o descumprimento da legislação é duplamente qualificado. Se hipoteticamente defender um acusado por roubo, seu cliente poderá ter sua liberdade cerceada erroneamente porque ao seu advogado foi vedado do direito de adentrar às salas de sessões da delegacia de polícia. Ou seja, a falta de acessibilidade ocasionaria uma transgressão em todo o sistema constitucional judiciário.

Como anteriormente destrinchado, a Lei de Acessibilidade não é fato novo. 20 anos se passaram desde a sua edição. Igualmente, 5 anos já são suficientes para observar as disposições de acessibilidade contidas no Estatuto da Pessoa com Deficiência. No entanto, as delegacias de polícia ainda precisam fazer adequações físicas e operacionais para assegurar que todos os cidadãos sejam atendidos em seus espaços, incluindo os advogados com deficiência.

Os gestores públicos, por sua vez, necessitam adequar os prédios públicos para garantir o exercício das prerrogativas dos advogados e, conseqüentemente, de todo o sistema jurídico. Pautar-se na justificativa de não haver recursos suficientes para atendimento ao cidadão, em especial ao advogado, constitui afronta direta não apenas às prerrogativas supracitadas, como também ao direito à igualdade. Caso não o façam, devem ser punidos. E é sobre a viabilização desta correção que veremos a seguir.

3 LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA ANTE O DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE ACESSIBILIDADE

A Administração Pública rege-se por normas próprias que disciplinam o seu funcionamento, consubstanciado pelo regime jurídico de Direito Público. Desse modo, a Administração, por meio dos agentes públicos, deve observar as leis, a Constituição Federal e os princípios constitucionais implícitos e explícitos no artigo 37, como o princípio da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.

O princípio da moralidade administrativa serviu como base para a instituição da Lei de Improbidade Administrativa, na medida em que o legislador visou proteger a Administração Pública de condutas indevidas. Da mesma forma, durante anos a probidade e a moralidade administrativa, foram deixados de lado pelos agentes corruptos, uma vez que não tinham interesse em preservar os valores administrativos.

A probidade administrativa está relacionada com o atuar honesto e moral dos agentes públicos, que desempenham a função pública, a fim de conter os desvios de condutas que ensejam prejuízos a terceiros e à Administração Pública. Como dantes mencionado, o agente público além de observar as leis, as normas constitucionais e os princípios, deve atuar com honradez e fidelidade para a persecução do bem comum.

Do mesmo modo, destaca-se o princípio da eficiência, que diz respeito a boa gestão da coisa pública. Trata-se da gestão pública adequada e em observância ao cumprimento das leis, dos princípios e da Constituição, bem como a aplicação correta dos recursos públicos.

Entretanto, mesmo que os recursos públicos sejam escassos, o gestor precisa equacioná-los e destinar parte para a adaptação e adequação das delegacias de polícias para atendimento do cidadão e do advogado com deficiência. A sociedade demanda pelo direito à igualdade, e promover a igualdade dos advogados com deficiência é uma questão social, uma vez as barreiras que eles encontram, é um obstáculo para o livre exercício profissional.

Sem as devidas adequações, a regra da acessibilidade dos órgãos públicos é inobservada. O gestor público descumpe o preceito constitucional que assegura a acessibilidade nos locais públicos. E o gestor deve gerir a coisa pública para atender a todas as pessoas em igualdade de condições e garantir o direito de ir e vir livremente.

Com efeito, é dever da Administração Pública destinar recursos para equipar adequadamente as delegacias de polícia para atendimento aos advogados com deficiência, que necessitam de condições para bem exercer a advocacia livremente.

Ressalta-se que a sociedade clama por acesso à Justiça para todos, e é interesse público promover a acessibilidade das delegacias de polícia, uma vez que como antes mencionado, o advogado desenvolve função essencial à Justiça.

O descumprimento do dever de acessibilidade e dos meios para a promoção de igualdade aos advogados com deficiência, sujeita os agentes públicos à responsabilização disciplinar, prevista no artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa, diante da inércia e do descumprimento da norma.

A improbidade administrativa está prevista no §4º do artigo 37 da Constituição Federal. Segundo a norma constitucional, os atos ímprobos ensejarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, sem prejuízo da ação penal.

Importa destacar que o gestor público tem deveres, e não basta apenas agir com honestidade, e não obter nenhum proveito em relação ao desempenho da função pública. O agente público deve atuar de maneira diligente, em observância do adequado desempenho da função (LESSA, 2011, p. 25).

De acordo com Lessa (2011, p. 51), a Lei nº 8.112/90 fixou que a improbidade administrativa prevista no inciso IV do artigo 132 é transgressão disciplinar gravíssima com pena de demissão ao agente público que agiu no exercício irregular das suas atribuições. O sujeito poderá ser processado nas esferas civil, penal e administrativa pela sua conduta nos termos dos artigos 121 a 125 da LIA. Assim, a infração é considerada como responsabilidade tri dimensionada.

Portanto, para evitar o enquadramento na LIA, o agente público necessita equipar adequadamente as delegacias de polícia, a fim de prestar serviço público adequado, e tratamento igualitário ao advogado com deficiência, como forma de promover a Justiça social.

3.1 Improbidade administrativa: conceito, legislação e breves considerações

De acordo com Oliveira (2009, pp. 147-148), os atos de improbidade administrativa estão inseridos na Constituição Federal, no §4º do artigo 37, em um sistema jurídico de responsabilidade, cuja norma possui hierarquia formal e material.

Com efeito, a improbidade administrativa possui autonomia constitucional, sendo esfera diversa de responsabilidade disciplinar, uma vez que na Constituição foi estabelecido sistema jurídico próprio de responsabilidade administrativa, diverso do Direito Penal.

O constituinte buscou a preservação da probidade dos atos administrativos, resguardando a Administração dos atos eivados de desonestidade, cometidos por agentes públicos desonestos.

O princípio da moralidade administrativa foi base para a edição da Lei de Improbidade Administrativa. A finalidade da Lei é moralizar os atos administrativos, porque antes da edição da LIA havia uma sensação de impunidade, e os atos nefastos em prejuízo à moralidade eram conhecidos como a “Lei de Gerson” (FIGUEIREDO, 2008, p. 259).

Ademais, é de se esperar que o agente público aja de forma correta e proba, e se ocorrem atos desonestos, haverá o sancionamento. O agente público está a serviço da sociedade, e os atos ilícitos praticados são passíveis de controle interno e externo.

Dessa forma, o agente responderá pelos atos ilegais praticados, perante qualquer do povo que se sentiu lesado em seu direito, uma vez que a moralidade administrativa é condição para o exercício da função pública (SANTOS, 2006, p. 65).

Por outras linhas, o agente público deve atentar ao fiel cumprimento do Direito globalmente considerado, e não basta parecer honesto, mas deve ser honesto. O agente público deve adotar postura ética e gerir a coisa pública de modo eficiente, para evitar atos ímprobos.

A Lei de Improbidade Administrativa conceitua os atos que são considerados como atos de improbidade administrativa. Denominada Lei tem por finalidade proteger a probidade administrativa, sancionando os atos que causam enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário, ou atos contrários aos princípios da Administração Pública (SZKLAROWSKY, 2000).

Cumprir registrar que desde os tempos remotos do surgimento do Brasil, a improbidade administrativa esteve presente na história brasileira. Ademais, nos primórdios da colonização brasileira vigorava o jeitinho brasileiro para burlar as leis vigentes no país (FURTADO, 2015, p. 17).

Com a edição da LIA, foram retomados os valores morais no âmbito da Administração Pública, no sentido de valorizar a honestidade e a moralidade da função pública e a fim de conter os desvios dos agentes públicos.

Infelizmente, quando a prevenção não é eficaz no combate aos atos ímprobos, verifica-se a necessidade da força do aparato estatal repressivo. Destarte, a LIA impõe sanções severas como a aplicação das medidas cautelares e reparação integral dos danos, e ação criminal decorrente da configuração do ilícito.

O legislador dividiu os atos de improbidade em atos que importam enriquecimento ilícito, atos que causam prejuízo ao erário, e atos que atentam contra os princípios da administração pública, previstos respectivamente nos artigos, 9º, 10, e 11 da LIA. Estes dispositivos tratam de cláusulas gerais dos três tipos de improbidade administrativa (MELLO, 1995).

3.2 Aplicação do inciso IX do artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa frente à inobservância dos requisitos de acessibilidade previstos na legislação

A Lei de Improbidade Administrativa prevê sanções ao gestor público que descumpre a regra da acessibilidade nas delegacias de polícia, e dessa forma, poderá o agente responder nas esferas civil, penal e administrativa, a fim de reparar a lesão ao direito.

A Lei nº 8.429, de 02.06.1992²⁰ trata de imputar como ímproba os atos contrários aos deveres de promoção da acessibilidade, atos lesivos aos direitos dos advogados com deficiência que impedem o exercício pleno da advocacia.

Os atos que forem praticados em afronta à lei, são passíveis de ação em face do gestor público faltoso, caracterizando a improbidade administrativa por descumprimento de preceito fundamental.

Da mesma forma, os danos sofridos pelos advogados com deficiência ensejam algumas medidas cabíveis, como a reparação pela via administrativa perante a Administração Pública; postulação da ação condenatória em face da Administração; ação em face do agente público;

²⁰ A Lei nº 8.429, de 02.06.1992 prediz no inciso IX do artigo 11 que: “Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: (...) IX - deixar de cumprir a exigência de requisitos de acessibilidade previstos na legislação.”

propositura de ação em face da Administração e do agente público, o chamado litisconsórcio passivo facultativo.

Ressalta-se que a conduta danosa do agente público em desfavor da acessibilidade está em desacordo com o interesse público primário, compreendido como o interesse da coletividade em geral, que preza pelo adequado atendimento aos usuários que demandam informações e postulam medidas perante os órgãos públicos. Destarte, o órgão público deve prezar por fornecer e adotar meios de acessibilidade aos advogados com deficiência, uma vez que representam os interesses da coletividade ao postular a defesa dos direitos da sociedade.

Cumpra esclarecer que o princípio da legalidade prediz que a Administração deve estar em conformidade com as leis, e com o sistema jurídico. Ademais, o gestor público necessita adotar medidas que cumpram as normas estruturantes e principiológicas do Direito. Com efeito, as medidas adotadas precisam respeitar às normas constitucionais, para atingir as atividades finalísticas de alcance ao bem comum, a fim de assegurar uma sociedade justa e fraterna, com o respeito aos direitos de todos, sob pena de responsabilização civil, penal, e administrativa do agente público responsável pelo ato irregular.

Configurado o ilícito, a Administração Pública responderá objetivamente pelos prejuízos que os seus funcionários causarem à terceiro, podendo ingressar em ação de regresso contra o agente público que contribuiu para o dano.

4 A CONDUTA ÍMPROBA E A OFENSA À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O agente público não pode agir livremente e dispor da coisa pública como se fosse privada. Ademais, a gestão pública deve ser levada a efeito, com vistas a atender aos proclamos estabelecidos no sistema jurídico como um todo.

Destarte, ocorre o desvio da finalidade pública, quando o mau gestor público descumpra a acessibilidade, por interesses escusos, ou por falta de interesse, e não adota medidas em observância aos direitos dos advogados que procuram as delegacias de polícia para exercer a profissão.

O legislador conferiu margem para a discricionariedade administrativa, que só pode ser aceita nos limites da lei, porque não há como antever todas as condutas e medidas possíveis. No entanto, agir discricionariamente não quer dizer que o administrador público pode atuar ao seu bel

prazer, em benefício próprio ou de amigos. O gestor público deve atuar em prol do interesse público, para uma administração ótima e eficaz, pois se assim não for, será responsabilizado (LEÃO, 2002).

Assim, a conduta ímproba do agente que não envida esforços para cumprir a norma que garante a acessibilidade do advogado com deficiência nas delegacias de polícia, poderá ser responsabilizado pelo artigo 11 da LIA.

Ao exercer a função pública, o gestor público é mandatário do povo, age em nome do interesse público para cumprir fielmente a missão institucional. O interesse público primário de toda a coletividade deve prevalecer, inclusive a demanda legal da acessibilidade. Da mesma forma, o gestor público, ao não reconhecer o direito à acessibilidade nas delegacias de polícia, fere a dignidade da pessoa humana, uma vez que no Estado Democrático de Direito não há espaços para exclusões.

Deste modo, o gestor precisa atentar para o outro, o diferente, no sentido de promover a inclusão social, de reconhecer o outro e promover a dignidade da pessoa humana por meio de políticas pública. E assim, a inclusão social das pessoas com deficiência demandar uma atenção para o outro, como pessoa humana que demanda direitos para que possam se desenvolver plenamente. (DANTAS, 2014).

4.1 Elementos objetivos para caracterização da conduta

A Constituição assegura a acessibilidade às pessoas com deficiência, e de acordo com a norma constitucional, no artigo 227, § 2º e artigo 224, caberá à lei infraconstitucional disciplinar sobre a forma da edificação do prédio público a ser adaptado para garantir o acesso. A Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000 dispõe da acessibilidade nos espaços públicos que deverão ser adaptados para atendimento das pessoas com deficiência.

Não obstante, existem outras barreiras que não somente as físicas, e que dificultam a acessibilidade nas delegacias de polícia, como a falta de pessoal capacitado para atendimento especializado, falta de material em braile e tecnologia da informação para auxiliar no trabalho do advogado com deficiência.

Para a promoção da acessibilidade, há a necessidade da correta destinação de recursos. A adequação de todas as delegacias do país é medida urgente a ser adotada pela Administração

Pública sendo que é com a acessibilidade que se assegura o pleno desenvolvimento das atividades do advogado com deficiência.

Ocorrendo o desvio pela ausência de medidas para tornar possível a acessibilidade do advogado com deficiência, estará caracterizada a improbidade administrativa prevista no artigo 11 da Lei nº 8.429/92.

Segundo a LIA constitui ato de improbidade administrativa, a conduta ativa ou omissiva, de deixar o agente público de cumprir a exigência dos requisitos de acessibilidade previsto na legislação (inciso IX do artigo 11).

Desse modo, ocorre a falha na fiscalização em verificar se os particulares estão cumprindo adequadamente os deveres de acessibilidade: se não é acessível, não deveria ser concedido alvará de funcionamento.

Com efeito, considera-se como meio ambiente urbano os prédios públicos, na medida em que são destinados à toda a coletividade. A acessibilidade deve ser a regra nos edifícios públicos, bem como deverá haver funcionários capacitados para atendimento a este público.

Destarte, é dever do gestor público assumir compromissos de acessibilidade para adequar as delegacias de polícia para atendimento aos advogados com deficiência, que procuram o prédio público para exercício profissional.

A necessidade de adotar tratamento desigual para equiparar situações de desigualdade é um dos preceitos fundamentais estabelecidos pela Constituição Federal, uma vez que o advogado com deficiência está em desigualdade com os demais advogados.

Por outras linhas, a LIA no inciso XI do artigo 11 apregoa que aquele que não assegure a acessibilidade para as pessoas com deficiência, descumpra preceito fundamental e estará incurso na Lei de improbidade administrativa.

5 A RESPONSABILIZAÇÃO DO GESTOR PÚBLICO QUE NÃO VIABILIZA A ACESSIBILIDADE AOS ADVOGADOS COM DEFICIÊNCIA EM DELEGACIAS

Conforme mencionado nos tópicos anteriores, a implementação da acessibilidade às pessoas com deficiência, no caso em estudo, os advogados, é medida urgente e dever fundamental,

pois de outra forma, o direito de trabalhar, dentre tantos outros, fica prejudicado com a falta de acessibilidade (ARAUJO; BALERA, 2017, p. 50).

A Constituição Federal adotou medidas garantistas para efetivar os direitos fundamentais, com a criação de cláusulas pétreas, e a aplicação imediata dos direitos de acessibilidade. Entretanto, as medidas de acessibilidade não são cumpridas pelos gestores públicos. Conforme explica Piovesan, et. al. (2012, p. 378) existe falta de efetividade das normas que será combatida por uma cultura participativa de iniciativas populares, e com medidas de cidadania para cobrança destes direitos perante os Poderes Públicos.

A responsabilidade Administrativa dos agentes se consubstancia na relação de sujeição especial estabelecida com o Estado. Ou seja, por atuarem com vínculo funcional, os agentes públicos estão adstritos às regras de funcionamento do Ente Público e às demais normas relacionadas ao regime jurídico administrativo.

Da mesma forma, poderá o advogado acionar o Estado, uma vez que o Ente estatal responde objetivamente pela omissão e pelo descumprimento da lei, tendo em vista que não adotou medidas efetivas para a acessibilidade nas delegacias de polícia.

Em outras palavras, constatado o dano, responderá o Estado de forma objetiva, cabendo ação de regresso contra o agente público que provocou o dano a terceiro.

Com efeito, a responsabilidade administrativa dos agentes públicos está prevista expressamente na Constituição. Assevera Martins (2008, p. 602) que cometido o ilícito há a responsabilidade de corrigi-lo, uma vez a necessidade de preservar a devida regularidade da atividade pública.

Cumprido esclarecer que o §6º do artigo 37 diz que a responsabilidade objetiva é caracterizada pela inexistência de acessibilidade nas delegacias de polícia, pois responde o Ente estatal pelos danos que o agente causou a terceiros, resguardados o direito de regresso em desfavor do agente público que agiu com dolo ou culpa.

Ademais, o agente público responderá pelos atos danosos que causarem a terceiros, conforme previsto na Lei nº. 8.112/1990, nos seus artigos 121, 122 e 124 que disciplina a responsabilidade funcional do agente. Sem embargo, cabe ao advogado acionar o agente público, ou o Estado, ou ambos, a fim de recompor os prejuízos causados pela falta de acessibilidade nas delegacias de polícia.

Convém ao final mencionar que o processo de responsabilização do agente, deve respeitar aos parâmetros constitucionais estabelecidos pelo Estado Democrático de Direito, com a observância do devido processo legal e da ampla defesa do acusado pela prática de atos de improbidade administrativa.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Brasil é signatário da Convenção sobre os Direitos de Pessoas com Deficiência, internacionalizada pelo Decreto nº 6.949/2009, pelo qual se comprometeu a adotar medidas para prover integralmente os Direitos das Pessoas com Deficiência. Ademais, a norma constitucional determina que é dever do Estado assistir as pessoas com deficiência a fim de promover a igualdade de oportunidades aos cidadãos.

Merece destacar que com a edição do Estatuto da Pessoa com Deficiência, houve alteração na Lei de Improbidade Administrativa com a finalidade de coibir práticas ímprobas relacionadas à falta de acessibilidade às pessoas com deficiência. Desse modo, o artigo 11 da LIA passou a imputar que constitui ato de improbidade administrativa deixar de atender os requisitos de acessibilidade, responsável por eliminar os entreves impostos às pessoas com deficiência.

Não obstante, as normas não são plenamente observadas pelos entes públicos, que deveriam adequar o meio para então assegurar o pleno exercício a direitos legalmente garantidos, como o livre exercício profissional do advogado com deficiência, sem restrições de qualquer ordem.

Entretanto, os advogados com deficiência encontram dificuldades para exercer livremente a sua função nas delegacias de polícias, uma vez que por falta de estrutura adequada o ofício fica prejudicado.

Constatada esta carência no atendimento aos advogados com deficiência, poderá o profissional acionar o Poder Judiciário a fim de garantir o pleno atendimento especializado ao exercício da função advocatícia.

Em conclusão, o gestor público ao não adotar as medidas necessárias de acessibilidade nas delegacias de polícia, poderá ser responsabilizado pelos danos sofridos pelo particular. E caberá à Administração Pública responsabilizar o gestor, em ação de regresso, se o agente concorreu para a prática ilícita.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David; BALERA, Felipe Pentead. **Princípios Constitucionais e Efetividade a Dignidade da Pessoa Humana**. In: SILVA, Marco Antônio Marques da. A efetividade da dignidade humana na sociedade globalizada. São Paulo: Quartier Latin, 2017. p. 50.

ARAUJO, Luiz Alberto David. **Direito das pessoas com deficiência**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/51/edicao-1/direito-das-pessoas-com-deficiencia>. Acesso em: 30 set. 2020.

ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. 1992. 215 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 1992. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/8708>. Acesso em: 28 set. 2020.

BARBOSA, Ruy, 1849-1923. **Oração aos moços**. / Ruy Barbosa; prefácios de senador Randolfe Rodrigues, Cristian Edward Cyril Lyuch. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2019, p. 36. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/564558>. Acesso em: 7 jan. 2021.

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988. Disponível em <https://www.irib.org.br/app/webroot/publicacoes/diversos003/pdf.PDF>. Acesso em: 26 set. 2020.

DANTAS, Lucas Emanuel Ricci. **Ética constitucional e a pessoa com deficiência**: sob a efetividade da democracia. Revista Espaço Acadêmico. Nº 157. 01 junho 2014. pp. 19-30.

FERRAZ, Carolina Valença. LEITE, George Salomão. LEITE, Glauber Salomão. LEITE, Glauco Salomão. **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 69.

FIGUEIREDO, Marcelo. A corrupção e a improbidade: uma reflexão. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto (Coord.). **Corrupção, ética e moralidade administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 259.

FURTADO, Lucas Rocha. **As raízes da Corrupção no Brasil**: estudo de casos e lições para o futuro. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 17.

LEÃO, Maria do Carmo. **A improbidade administrativa**. Prim@ Facie, 01 January 2002, Vol.1, pp.107-112.

LESSA, Sebastião José. **Improbidade Administrativa: Doutrina e Jurisprudência**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. pp. 25, 51.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 602.

MELLO, Cláudio Ari. **Improbidade Administrativa – Considerações sobre a Lei 8.249/92**. Revista de Direito Constitucional e Internacional | vol. 11/1995 | p. 49 - 62 | Abr - Jun / 1995. Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo | vol. 7 | p. 787 - 806 | Nov / 2012. DTR\1995\160. Disponível em: https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/delivery/offload/get?_=. Acesso em: 18 ago. 2020.

PIOVESAN, Flávia; SILVA, Beatriz Pereira da; CAMPOLI, Heloisa Borges Pedrosa. A proteção dos Direitos das pessoas com deficiência no Brasil. In: PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. pp. 377-378

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Improbidade Administrativa e sua autonomia constitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009. pp. 147-148

SANTOS, Cilon da Silva. **Do princípio da moralidade à improbidade administrativa: o ressarcimento do erário e a impunidade**. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Programa de Pós-Graduação em Direito. Data de Publicação: 2006. p. 65.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. **Crimes praticados por funcionários contra a Administração Pública e improbidade administrativa**. Revista Tributária e de Finanças Públicas | vol. 32/2000 | p. 215 - 226 | Maio - Jun / 2000. Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo | vol. 7 | p. 1261 - 1274 | Nov / 2012. Disponível em: https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/delivery/offload/get?_=. Acesso em: 18 ago. 2020.

**THE ACCOUNTABILITY OF THE PUBLIC MANAGER IN THE FACE OF NON-COMPLIANCE WITH THE DUTY OF ACCESSIBILITY:
THE RIGHT OF LAWYERS WITH DISABILITIES IN POLICE STATIONS.**

ABSTRACT

The scope of this article is the accountability of the public manager in the face of the non-fulfillment of the duty of accessibility in the police station

buildings, causing the consequent deprivation of the exercise of full legal rights, as well as the right of exercise their profession, affronting fundamental and constitutional principles of equality and access to Justice. The text will point out the need for adequacy linked to the importance of protection of people with disabilities, especially the figure of the lawyer with disabilities, obliging the public manager to adopt measures, after analysis of liability, being certain that failure to comply with the duty of accessibility will cause punishment, under the terms of the Administrative Improbability Law. The individual guarantees must be observed and respected and public manager who fails to comply with the constitutional rules will be subject to the imputation of responsibility for the delay in the adaptation of public spaces that do not meet and, consequently, restrict the rights of the lawyer with disability.

Keywords: People with disabilities. Law practice. Administrative improbity. Accessibility. Equality.

AS POSSIBILIDADES DE LIMITAÇÃO A DIREITOS DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19

*Lucas Antônio Pires Daloia*²¹

Recebido em: 11/09/2020

Aprovado em: 20/01/2021

RESUMO

O presente artigo pretende analisar o regime jurídico composto pelo conjunto de normas contidas no texto da Convenção Americana de Direitos Humanos que limitam e conformam a possibilidade de limitações aos direitos por ela previstos. Para isso, foi usado método indutivo, a partir de revisão de literatura relevante ao tema, em adição à análise e estudo do texto convencional. Percebeu-se, ao longo do trabalho, que a Convenção prevê verdadeiro regime de restrição aos limites dos direitos, direcionando as disposições dos Estados neste sentido e, assim, qualificando o conteúdo do rol de direitos e a relação entre as espécies e, também, protegendo este rol e o núcleo de valores centrais que pautam o sistema interamericano, o qual tal rol se presta a prestigiar.

Palavras chave: Limites dos limites. Suporte fático. Direitos fundamentais. Direitos humanos. Sistema interamericano.

1 INTRODUÇÃO

Em meados do primeiro semestre de 2020, o Brasil foi atingido pela pandemia causada pelo Sars-cov-2, tornando-se, em menos de 120 dias desde a confirmação do primeiro caso, um dos líderes mundiais em números de pessoas infectadas e de mortes²². A nova variante de coronavírus se espalhou rapidamente desde o primeiro caso reportado, na província de Wuhan, na China, transmitido, sobretudo, pelo contato humano. Em que pesem os estudos científicos –extremamente

²¹ Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Advogado. E-mail: lucasdaloia@gmail.com

²² Conforme dados divulgados em levantamento pela John Hopkins University, Disponível em: <https://www.arcgis.com/apps/opsdashboard/index.html#/bda7594740fd40299423467b48e9ecf6>. Acesso em: 29 jun. 2020.

recentes e produzidos em meio à própria crise— se manterem em constante processo de atualização e aprofundamento, dada a novidade do vírus, percebeu-se que diversos fatores facilitavam o rápido contágio, como o fato de poder ficar incubado por dias no organismo, sem a manifestação de sintomas, o que permite uma transmissão discreta, por pessoas assintomáticas e pré-sintomáticas, aumentando o nível de espalhamento da doença e minando maiores possibilidades do seu controle.

Sem vacinas desenvolvidas ou medicamentos comprovadamente eficazes, as estratégias que se demonstraram eficientes, já desde o início do – ainda classificado, na China, como – surto de coronavírus, no final de 2019, para conter o espalhamento, envolveram medidas de isolamento social, com consequentes restrições de uso ou, até mesmo, fechamento do comércio e espaços públicos, bem como a obrigatoriedade no uso de máscaras e adoção de medidas mais rígidas de higiene.

Os protocolos recomendados pela OMS²³ foram adotados por diversos países, encampados por ações dos poderes públicos. Sem dúvidas, a pandemia tornou-se a maior das últimas décadas, ocasionando a rápida infecção de grandes quantidades de pessoas, com uma taxa de mortalidade mais alta do que aquela causada por vírus já endêmicos, como o Influenza ou o H1N1. O quadro percebido desde cedo, e que gerou o maior centro de preocupações de autoridades sanitárias ao redor do mundo, foi a facilidade com que o vírus em questão gerava superlotação de sistemas de saúde, com esgotamento dos números de leitos e de UTIs, bem como a alta necessidade de respiradores mecânicos²⁴.

Tal cenário foi o que ocorreu em países como Itália e Espanha. O fácil contágio e o exponencial crescimento do número de casos em curto período de tempo superlotou o atendimento nestes países, gerando o colapso do sistema de saúde em determinadas regiões, o que impossibilitou atendimento de pessoas doentes, deixando para os profissionais de saúde verdadeiras escolhas trágicas sobre quem seria atendido e quem não seria²⁵. Estudos já apontaram o aumento sensível na taxa de mortalidade pelo novo coronavírus, em regiões nos quais ocorresse o esgotamento da

²³ Com recomendação de adoção de medidas, tais quais as que se vislumbram em WORLD HEALTH ORGANIZATION, **Overview of public health and social measures in the context of COVID-19: interim guidance, 18 May 2020**. World Health Organization, 2020.

²⁴ A exemplo da China, que centrou esforços para, além de conter o espalhamento do vírus em seu território, reforçar seus serviços de saúde com a disponibilização de hospitais e leitos nas regiões mais afetadas e, inclusive, a construção de hospitais de campanha, exemplo que foi adotado por diversos outros países, incluindo o Brasil.

²⁵ Como noticiado em <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-51968491>, ou https://www.abc.es/sociedad/abci-colapso-sanitario-causo-mas-mitad-muertos-espana-segun-modelo-matematico-202006242018_noticia.html?ref=https:%2F%2Fwww.google.com%2F. Acesso em: 25 jun. 2020.

capacidade de atendimento à saúde, o que se confirmou nos casos de Itália e Espanha, nos quais chegou a superar, após pico do número de novos casos, os 10% (o dobro da média de 5%, em países que conseguiram evitar o mesmo fim)²⁶.

Com a potente ameaça a direitos humanos como a vida e a saúde, coube aos Estados adotarem medidas necessárias para superar a crise sanitária de forma eficiente e adequada a proteger o conjunto de direitos fundamentais, o que implicou, certamente, na restrição a determinados direitos como a liberdade de locomoção, o direito de propriedade, o direito de reunião e, por consequência, princípios centrais a reger ordens econômicas e mercados. Ainda assim, muito se aventou sobre a possibilidade jurídica de restrição de direitos fundamentais pelo poder público, saltando aos olhos, em ocasiões como a vivenciada em 2020, a problemática dos limites aos direitos e do equilíbrio entre as necessárias e adequadas medidas para proteger o núcleo essencial do conjunto de direitos fundamentais.

No caso brasileiro, foi, inclusive, empreendido debate, entre autoridades dos poderes legislativo e executivo, sobre a possibilidade de acionar mecanismos constitucionais para enfrentamento de crises, em grau de exceção, como é o estado de defesa. A hipótese não ocorreu, de fato, justamente em razão da existência e suficiência dos mecanismos ordinários do ordenamento jurídico pátrio, previstos para o enfrentamento de crises mais próximas da normalidade cotidiana e que, com sua adoção, preservam relativo grau de normalidade, o que não é possível nos casos que eclodem a necessidade de adoção do mecanismo citado²⁷.

O que se observa, na ocasião, é a previsão, pelo constituinte, de sistemas de enfrentamento de crises em diferentes níveis, para casos que demandam dos poderes constituídos ações hábeis a organizar e modificar o quadro de normalidade social, visando a garantia do plexo de direitos e manutenção adequada do núcleo de objetivos e fundamentos republicanos, sob a chancela da necessária segurança jurídica. Neste âmbito se inserem a possibilidade edição de medidas provisórias pelo poder executivo (artigo 62), aprovação de créditos suplementares ou especiais, pelo poder legislativo (artigo 167, V), a possibilidade contratação de agentes, por tempo

²⁶ Conforme dados disponíveis na página da Organização Mundial de Saúde, em <https://covid19.who.int/region/euro/country/es>, <https://covid19.who.int/region/euro/country/it>. Acesso em: 29 jun. 2020.

²⁷ Como bem expôs Walter Claudius Rothenburg em artigo de opinião publicado no portal Consultor Jurídico, disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-abr-09/walter-claudius-rothenburg-quarentena-constituicao>. Acesso em: 25 jun. 2020.

determinado, para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público (artigo 37, IX), entre outros. Percebe-se, daí, que o ordenamento constitucional oferece aos poderes constituídos, sobretudo ao Executivo, a possibilidade de adoção de medidas para superação de crises e entraves à administração cotidiana, em tempos de normalidade institucional.

Já as medidas previstas no capítulo I do Título V da Constituição somente são autorizadas mediante contexto fático comprovadamente mais gravoso, que demande a necessidade de maiores restrições a direitos e uma ampliação dos poderes do poder público, de acordo com o rito previsto entre os artigos 137 e 141 do texto constitucional. Há, neste caso, um segundo nível estipulado para contenção de crises e manutenção da ordem social e democrática, focado em casos de anormalidade institucional, para além daqueles expostos no parágrafo anterior. O que se conclui, do todo, é a existência de complexo sistema de atendimento de crises previstos no texto, vinculando os poderes públicos e sua atuação em casos excepcionais ao núcleo axiológico que informa e conforma a ordem constitucional e os poderes constituídos, sobretudo à legalidade e ao ideal democrático.

É relevante ressaltar que, para além da atuação estatal e dos contextos fáticos extraordinários, um terceiro elemento que compõe a lógica exposta é a relação entre estes e o plexo de direitos que a Constituição da República se presta a garantir e efetivar. Todavia, é certo que, para além do plano normativo do texto constitucional, interno, o ordenamento jurídico brasileiro é composto de outras fontes irradiadoras de deveres de garantia de direitos, previstos nos tratados internacionais dos quais é signatário, conforme disposição expressa do artigo 5, § 2º, da Constituição da República. É este o caso do sistema interamericano e da Convenção Americana de Direitos Humanos, objeto do presente trabalho.

Enquanto fonte normativa de direitos humanos, ela, para além da previsão de um rol de direitos e de mecanismos de proteção, impõe aos Estados signatários o dever de respeitá-los e de garantir o seu livre e pleno exercício, conforme disposto já em seu artigo 1º. Sendo o pilar normativo do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, a Convenção, junto da Carta da OEA, é marco de um ordenamento internacional regional conjunto, propagado sobre os Estados do bloco, promotor de um plexo de valores fundados no ideal do Estado democrático de direito, conforme se aduz dos princípios constantes do artigo 3º da Carta e do preâmbulo da Convenção. Neste contexto, princípios como a segurança jurídica, a legalidade e a meta da eficácia social das normas que formam o sistema, informam as estruturas normativas delineadas no

ordenamento em tela e, assim, o municiam de recursos para garantia de seu próprio plexo de fundamentos, princípios vetores e objetivos.

Em meio ao cenário normativo delineado, o presente artigo busca estudar o texto da Convenção Americana de Direitos Humanos para expor o desenho dos mecanismos de superação de crise nela previstos, em especial no que toca à possibilidade e, por vezes, necessidade de restrição de direitos. A metodologia adotada para sua elaboração compreendeu revisão bibliográfica de obras e artigos científicos referentes ao regime jurídico de Direitos Humanos e à possibilidade de limitação a direitos fundamentais. Com base no método indutivo, procurou-se contrapor o cenário normativo convencional e constitucional à doutrina especializada sobre direito, buscando, ao cabo, desenvolver o tema em meio ao cenário de pandemia e esgarçamento dos sistemas de proteção social pelos quais o mundo passou desde o final de 2019.

Tendo em vista a lógica constitucional já exposta aqui sobre a proteção jurídica sobre a restrição de direitos fundamentais mediante a estipulação de procedimentos em diferentes níveis, a depender do nível de crise apresentada em relação a possível quadro de normalidade ou anormalidade, verifica-se que a sistemática da Convenção parece adotar lógica semelhante. Dois regimes diferentes se encontram previstos entre seus dispositivos, amarrados por disposições presentes nos artigos 27 e 30 de seu texto, hábeis a reger contextos fáticos diversos, separados por um nivelamento de acordo com as dificuldades apresentadas e suas respectivas relações com a necessidade de ação dos poderes públicos e a conseqüente restrição a direitos.

Assim, a estrutura do trabalho, após a presente introdução, segue com a análise dos dispositivos de restrição a direitos constantes nos próprios dispositivos nos quais se encerram seus centros normativos, em diálogo, também com o artigo 30 da Convenção, na seção 2. A terceira seção abordará a sistemática prevista no artigo 27, que prevê cláusula de derrogação temporária das obrigações firmadas com base na aderência ao seu regime. A quarta seção, por sua vez, analisa a relação entre a sistemática de restrição de direitos estabelecida na Convenção e a variabilidade das condições fáticas que ensejam a adoção de medidas do tipo. A quinta e última seção contém as conclusões alcançadas com o estudo.

2 LIMITAÇÃO DE DIREITOS EM PERÍODOS DE NORMALIDADE

O primeiro degrau do já exposto nivelamento do grau de tratamento da Convenção para com situações de crise é previsto em meio à lógica sistemática que possui seu centro no artigo 30 do texto. Este dispõe que

As restrições permitidas, de acordo com esta Convenção, ao gozo e exercício dos direitos e liberdades nela reconhecidos, não podem ser aplicadas senão de acordo com leis que forem promulgadas por motivo de interesse geral e com o propósito para o qual houverem sido estabelecidas.

A referência feita a restrições permitidas pelo texto remete a dispositivos específicos, localizados em artigos da Parte I da Convenção, e que encerram o núcleo do suporte fático²⁸ dos róis de direitos previstos, delineando a estrutura central de seus perfis jurídicos. Conforme Valerio de Oliveira Mazzuoli²⁹, os direitos em questão são os previstos nos artigos 15 (liberdade de reunião), 16, parágrafos 2 e 3, (liberdade de associação) e 22.4 (liberdade de circulação e residência).

Sem adentrar o mérito acerca das correntes doutrinárias que debatem a natureza dos limites aos direitos previstos em texto constitucional³⁰, dentre elas a teoria interna e a externa³¹, ou fazer filiação absoluta a qualquer uma delas, encontramos nos artigos relacionados à previsão do artigo 30 a previsão expressa à possibilidade de limitação do suporte fático de tais direitos. A título de exemplo, consta na parte final do artigo 15, que

O exercício de tal direito só pode estar sujeito às restrições previstas pela lei e que sejam necessárias, numa sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança ou da ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral pública ou os direitos e liberdades das demais pessoas.

²⁸ Aqui nos filiamos à terminologia adotada por Virgílio Afonso da Silva, ao tratar dos limites e restrições dos direitos fundamentais, entendendo que sua monografia sobre o tema, em que pese ter sede na teoria do direito constitucional e, de tal fato, surgirem naturais diferenças para com o direito constitucional internacional, possui aderência bastante aos mecanismos encontrados na Convenção e à sua lógica de elaboração.

²⁹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Artigo 30, *in* PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi e MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

³⁰ Fazemos referência ao processo que vem se intensificando, sobretudo nas últimas duas décadas, de fortalecimento do sistema interamericano, sobretudo pela força das normas positivadas na Convenção e demais instrumentos normativos do sistema e seu impacto nas ordens normativas internas dos Estados, em movimento de crescente fortalecimento do plexo normativo do sistema e constitucionalização do direito internacional dos direitos humanos, conforme destacado em PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2017. Capítulo VII, “e”. Neste sentido, entendemos que a aproximação a ser feita, em termos metodológicos, sobretudo no cenário brasileiro, entre a Convenção e o direito constitucional, se aproxima cada vez mais.

³¹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: Conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 3a Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014.

Em aproximação entre a teoria do direito constitucional e o direito constitucional internacional³², é possível entender os efeitos do dispositivo em questão, para fins de limitação do conteúdo de um direito humano previsto no texto magno, como semelhantes àqueles decorrentes da chamada reversa de lei qualificada³³, no sentido de que ambas autorizam o poder vinculado (no caso do ordenamento interamericano, o Estado que se submete às obrigações decorrentes da Convenção; no caso do direito interno, o poder legislativo constituído) a restringir direitos previstos no ordenamento hierarquicamente superior mediante cumprimento das condições por ele previstas.

Os três artigos em questão preveem cláusulas de restrição semelhantes, com identidade quanto aos seus requisitos. Deste modo, seguem uma mesma lógica, cabendo abordar os parâmetros de restrição previstos pela Convenção e as condições estipuladas. Trata-se de um requisito de caráter formal ou procedimental, em adição a um requisito de caráter material.

No caso do requisito formal para estipulação de restrições aos direitos de reunião, de associação e de liberdade de locomoção e residência, prevê a Convenção, que estas só poderão ocorrer se forem previstas por meio de Lei. O requisito material, por sua vez, vincula a possibilidade de restrição a determinadas situações fáticas, mediante uma expressa vinculação à ideia de proporcionalidade.

O encadeamento da possibilidade de restrição à existência de previsão em lei impõe uma vinculação deste ao princípio da legalidade, nuclear ao ordenamento convencional e impositivo sobre a ação dos Estados. Conforme já se manifestou a Corte Interamericana de Direitos Humanos³⁴, o termo “leis”, previsto no artigo 30 e refletido no regime específico dos três direitos aos quais o dispositivo se refere,

(...) significa norma jurídica de caráter geral, voltada ao bem comum, emanada dos órgãos legislativos constitucionalmente previstos e democraticamente eleitos, e elaborada segundo o procedimento estabelecido pelas Constituições dos Estados-Partes para a formação das leis.

O texto da Convenção vincula expressamente, por meio deste requisito procedimental, a restrição a direitos aos aspectos formais decorrentes do ideal democrático insculpido e promovido

³² Ver nota de rodapé nº 7.

³³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Livraria do Advogado editora, 2018. Capítulo 4.2.3.

³⁴ Na Opinião Consultiva nº 6.

pelo sistema interamericano, sobretudo a legalidade. Disto decorre uma consequência importante, relacionada aos aspectos formais do ideal democrático: a possibilidade de restrição dos direitos, conforme o disposto no artigo 30, só poderá ocorrer se autorizada por disposição prévia, geral e abstrata, quando houver o preenchimento dos parâmetros fáticos que envolvem o requisito objetivo e, também, mediante adoção do critério da proporcionalidade, também um componente daquele³⁵.

No caso do critério material, por sua vez, a Convenção indica que só poderão ser restringidos os direitos nela previstos “na medida indispensável, numa sociedade democrática, para prevenir infrações penais ou para proteger a segurança nacional, a segurança ou a ordem pública, a moral ou a saúde pública, ou os direitos e liberdades das demais pessoas”. Tal disposição, que se repete nos três artigos citados, impõe a adoção do critério da proporcionalidade como métrica para aplicação fática de restrição, tendo por paradigma o marco do Estado democrático. Disso se extrai que quaisquer restrições aos direitos em questão deverão ocorrer sob as balizas da democracia e de seus componentes nucleares, preservando direitos em seus núcleos essenciais e sendo aplicadas, no caso concreto, mediante processo que prestigie a legalidade, o devido processo legal e o interesse da sociedade.

Todavia, o texto vai além, especificando os contextos fáticos que autorizam a previsão de restrição. Só poderão ser restringidos os direitos em tela para fins de prevenir infrações penais, proteger a segurança nacional, a segurança ou a ordem pública, a moral ou a saúde pública ou os direitos e liberdades das demais pessoas. Deste modo, a Convenção acaba por limitar a restrição de direitos aos parâmetros democráticos, vinculando tal possibilidade a formas e conteúdos ínsitos ao Estado democrático de direito. É expressão dos “limites dos limites”, teoria relativa à regulação dos parâmetros de direitos fundamentais, adequando-a à lógica normativa destes e vinculando a ação dos poderes constituídos à determinados parâmetros objetivamente definidos³⁶.

Se extrai dos dois critérios estipulados para a restrição de direitos uma vinculação bastante intensa das disposições específicas de limitação com o núcleo de princípios da Convenção. A previsão de forma e conteúdo determinados para orientar a previsão de limites tem sede na essência do regime jurídico interamericana, com fulcro, sobretudo, nas normas do artigo 2º da Carta da

³⁵ Neste sentido, o próprio dispositivo indica alusão à adoção do critério da proporcionalidade, conforme exposto em ALEXY, Robert. **Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade**. Ratio Juris, 2003, 16.2: 135-137 e, de forma mais completa, em ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. Pgs. 116-120.

³⁶ Conforme exposta, por todos, por SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit. Capítulo 4.2.3.

OEA, que estabelece, dentro os propósitos do sistema, aqueles de garantir a paz e a segurança continentais e promover e consolidar a democracia representativa e são desenvolvidas, desdobradas e promovidas pela Convenção Americana. O que ocorre, portanto, é a criação de um sistema conciso e apto, em sua estrutura intrínseca, a garantir o conteúdo mínimo e prestígio de tais princípios, reconhecendo o poder dos Estados para adotar soluções a situações concretas que, sabe-se, povoam o seu dia a dia. Ademais, é rotineiro que, para a garantia de determinados direitos, o contexto fático imponha a necessária limitação na parcela de efetivação de outros, de modo que, para garantia do núcleo essencial do conjunto, o poder público precise de poderes para agir neste sentido. Tal realidade é admitida pela Convenção, que orienta tal mecânica, de modo a racionalizá-la e concluir um sistema de garantia de direitos humanos voltado à eficácia concreta e coerente com o empreendimento de formação de um direito constitucional internacional comum aos Estados parte.

Esse esforço da Convenção tem relação direta com os artigos 1º e 2º de seu texto, que estabelecem, respectivamente, a obrigação de respeitar os direitos constantes do texto e, sobretudo, o dever de adotar disposições de direito interno em conformidade com as disposições convencionais e aptas a garantir o cumprimento destas últimas. Por força dos deveres inscritos nos dois primeiros artigos do texto, centrais em sua sistemática, fica estabelecido para os Estados partes o dever de adequar seus ordenamentos e suas ações ao sistema de restrições previsto na Convenção, impondo a adoção normativa de limites aos limites, sob pena de incorrer em violação de direitos humanos no caso concreto, seja limitando direitos sem existência de base legal interna delineando a possibilidade, seja fazendo-o de forma desproporcional ou em casos não autorizados pela Convenção. Tais limites consistem em um núcleo mínimo de direitos e, portanto, de eficácia normativa do texto, inderrogável e cujo cumprimento é obrigatório independentemente de quaisquer circunstâncias.

A conclusão é que o sistema de limites aqui exposto se insere numa lógica de normalidade social, institucional e normativa, o que é refletido nos parâmetros limitadores estipulados, tanto no que diz respeito ao procedimento, quanto naquilo que se refere ao conteúdo na ação do Estado e no quadro fático ensejador desta. O necessário prestígio à legalidade, que impõe previsão genérica e abstrata autorizando ações do legislador neste sentido, limita os poderes do Estado, possibilitando, porém, regime que permite o emprego da medida necessária à superação de situação anormais dentro da lógica cotidiana. Neste sentido, a sistemática deste primeiro nível de

estipulação de limites aos limites se refere a, no máximo, perturbações comuns a rotina do poder público no exercício das funções que lhe são próprias e que, por vezes, podem necessitar a restrição de determinados direitos.

3 LIMITAÇÃO DE DIREITOS EM PERÍODOS DE EXCEÇÃO

Já num segundo nível sistemático de previsão de limites aos limites, a Convenção busca contemplar casos fáticos mais graves, que requeiram do Estado ações mais sensíveis na restrição de direitos tendo em vista a garantia e prestígio aos valores base que os orientam. Tais casos consistem em situações que demandam uma necessária restrição de direitos e garantias, para além das ações demandadas dos poderes nos entraves ocorridos em períodos de normalidade, tuteladas pelo primeiro nível, abordado na seção anterior, que não necessariamente ocasionam a limitação em questão.

O marco normativo do nível de restrição em tela encontra-se no artigo 27 da Convenção Americana, que estabelece, em seu parágrafo 1º, que

1. Em caso de guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado Parte, este poderá adotar disposições que, na medida e pelo tempo estritamente limitados às exigências da situação, suspendam as obrigações contraídas em virtude desta Convenção, desde que tais disposições não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhe impõe o Direito Internacional e não encerrem discriminação alguma fundada em motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião ou origem social.

O dispositivo guarda verdadeira “cláusula derogatória”, de modo que seu acionamento, preenchidos os requisitos fáticos e procedimentais delineados, importa na suspensão de obrigações contraídas em virtude da Convenção, podendo, inclusive, afastar sanções por violações aos artigos 1º e 2º, o que não ocorre em relação ao primeiro nível de restrições, para períodos de normalidade. Aqui, no caso, a anormalidade fática reflete-se em tratamento normativo excepcional³⁷.

A suspensão de obrigações contraídas em virtude da Convenção pode, naturalmente, significar a suspensão de determinados direitos e garantias nela previstos, sem que tal fato acarrete

³⁷ A exemplo do que faz, entre outros, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em seu artigo 4º, que prevê a possibilidade de suspensão de obrigações contraídas em razão da adesão ao tratado em questão.

sanção. Todavia, não necessariamente a suspensão de direito ou de garantia será a medida cabível. Ainda que a cláusula, em tese, permita a total suspensão de determinados direitos e garantias, está só se justificará a luz do caso concreto, porquanto a suspensão de obrigação deverá ser proporcional à medida necessária para tutela da situação. Assim, a título de exemplo, poderá o Estado, em casos que necessitem de medidas mais sensíveis, para superação de determinada crise, do que aquelas autorizadas no primeiro nível sistemático de limitação aos direitos, suspender determinadas obrigações de forma que não suspendam todas as garantias existentes para o direito afetado, mantendo uma efetividade parcial. É certo, também, que há obrigações decorrentes da Convenção que não constituem, diretamente, direitos ou garantias e também são suscetíveis de suspensão em função da cláusula derogatória. Deste modo, a suspensão da própria previsão do direito ou de garantias relativas a direitos só serão cabíveis – e, nesse caso, queremos dizer que somente serão autorizadas pelo texto convencional – porquanto seja medida necessária, adequada e razoável à superação de um dado quadro de crise, no plano concreto.

Como requisito fático, portanto, a cláusula de derrogação demanda, para seu acionamento, situação de guerra, de perigo público ou outra emergência que a ameace a independência ou segurança do Estado parte. Por perigo público, no contexto textual, deve-se entender não qualquer situação que poderia ser classificada como tal, mas apenas aquelas que resultem em ameaça à independência ou segurança do Estado, tendo em vista o fato de a cláusula de abertura para interpretação analógica, logo na sequência, adota os casos anteriores como paradigma. Tais valores se encontram no centro da proteção pelo mecanismo em tela, sendo o risco a eles o qualificador do quadro fático autorizador do acionamento da cláusula.

Além disso, o requisito material é informado, também, pelo critério da proporcionalidade, de modo que as disposições de suspensão de obrigações resultante do acionamento da cláusula derogatória deverão ser adotadas “na medida e pelo tempo estritamente limitados às exigências da situação”, vinculando o conteúdo da ação do Estado, portanto, ao quadro fático que a justifica. Assim, como já afirmado, a ação estatal baseada na cláusula derogatória deverá comportar a medida necessária para a superação do quadro de crise apresentado, podendo ocasionar, inclusive, a total suspensão de determinados direitos e garantias, mas não necessariamente. Para averiguação dessa compatibilidade com o critério da proporcionalidade e seus subprincípios, é imperativo que sejam preenchidos, também, os requisitos formais estipulados.

A Convenção estabelece, no parágrafo 3 do artigo 27, que o uso da cláusula derogatória é um direito do Estado parte, que deverá

(...) informar imediatamente os outros Estados Partes na presente Convenção, por intermédio do Secretário-Geral da Organização dos Estados Americanos, das disposições cuja aplicação haja suspenso, dos motivos determinantes da suspensão e da data em que haja dado por terminada tal suspensão.

Fica estabelecido o dever de motivar a adoção do dispositivo, expondo os motivos determinantes, o que é necessário para verificação da conformidade do preenchimento dos requisitos materiais da medida. Além disso, para além da Secretária-geral da OEA, também são destinatários de tal motivação os outros Estados Partes na Convenção, porquanto as obrigações contraídas são, na verdade, contraídas em face da comunidade de Estados, no sentido da elaboração de verdadeiro direito comum entre eles. No caso, as denúncias de violações ao tratado podem ser feitas, à Corte Interamericana de Direitos Humanos, pelos próprios Estados que reconheçam a sua jurisdição. Assim, natural que sejam eles destinatários do ato de motivação realizado por Estados que acionam a cláusula derogatória, porquanto caberá a eles, também, a possibilidade de participação no controle da medida.

Ademais, o parágrafo 2 do artigo 27 prevê rol de direitos que não podem ser suspensos ou ter as garantias indispensáveis à sua proteção suspensas. No rol em questão constam os direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica; à vida; à integridade pessoal; a proibição da escravidão e servidão; o princípio da legalidade e da retroatividade; à liberdade de consciência e de religião; à proteção da família; ao nome; os direitos da criança; o direito à nacionalidade e os direitos políticos.

A Convenção acaba, assim, restringindo a extensão das disposições adotadas pelos Estados para que estas possam apenas abarcar a suspensão de obrigações que não avancem sobre um plexo mínimo de direitos por ela estipulado, porquanto essenciais para subsistência do núcleo axiológico do sistema interamericano, baseado sobretudo no ideal democrático e valores a ele coligados, como a dignidade humana³⁸. A sistemática de restrição estipulada pelo acionamento do artigo 27, a exemplo do que já ocorre nos casos de restrição de direitos em tempos de normalidade, acaba por proteger os valores centrais que guiam o sistema interamericano.

³⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Livraria do Advogado Editora, 2018. Parte I, capítulo 4.

Além disso, o plexo de direitos retirados da ação restritiva dos Estados denota um núcleo duro concretizador daquilo que Ferrajoli aponta como sendo um conteúdo substancial da democracia, formado pelos direitos fundamentais e preenchendo o princípio e a noção de democracia por valores fundados em posições jurídicas universais que conformam a atuação do Estado e limitam seus poderes. É neste sentido, inclusive, que deve ser interpretada a posição normativa do princípio democrático como fundamento do sistema, conforme previsto desde o preâmbulo da Carta da OEA e repetido ao longo de seu texto, sobretudo enquanto elemento principal dos propósitos e princípios do sistema, nos artigos 2º, ‘b’ e ‘g’, e 3º ‘d’ e ‘f’. A mesma proeminência é dada ao ideal democrático na própria Convenção Americana, tanto por sua previsão logo no primeiro parágrafo do preâmbulo (“Reafirmando seu propósito de consolidar neste Continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do homem”), quanto pela posição enquanto base normativa para os institutos previstos no corpo de seu texto, incluindo os aqui abordados.

Nesta linha, o ideal democrático, compreendido no amplo sentido moderno proposto por Ferrajoli e fundante dos direitos fundamentais, mostra-se como base de sustentação principal dos limites aos limites inseridos na Convenção. Não à toa, tal princípio tem seu papel central como articulador axiológico exposto, mais uma vez, porquanto o plexo de direitos previstos no artigo 27.2, enquanto elemento do critério material para restrição de direitos, figura, no sistema expresso na Convenção, em conjunto com as limitações de ordem formal, que, como se abordou nos tópicos 2 e 3 do presente artigo, se apresentam como limites calcados nos aspectos formais da democracia, a segunda parcela de conteúdo do princípio.

No caso, é importante ressaltar que o procedimento imposto pela Convenção não guarda necessária relação de identidade de cabimento com mecanismos internos do Estado, relativos também a casos de graves crises. É dizer, assim, que a adoção de medida semelhante ao que é o estado de sítio, no Brasil, não implica no necessário acionamento da cláusula de derrogação. Isso porque é possível que, apesar da possibilidade deste ser acionado por causas do contexto fático também ensejador do acionamento do dispositivo previsto no artigo 27 da Convenção, não necessariamente as consequências jurídicas, de direito interno, para adoção do mecanismo de crise importarão na necessidade de total suspensão de obrigações convencionais ou mesmo na suspensão

de garantias ou direitos. Isso dependerá, no caso, do regime jurídico específico próprio de cada Estado e seus mecanismos de enfrentamento a crises.

O que se conclui é que a sistemática de limitação à restrição dos direitos delineada no texto da Convenção, em seu segundo nível, se baseia na ideia de proporcionalidade para ampliar o conteúdo passível de exceção em virtude de situação fática grave; além do normal. Todavia, o faz em meio a regime definido normativamente, em termos de procedimento e hipóteses, que permitem o controle e garantem, ainda assim, um conteúdo mínimo não apenas dos direitos pactuados, mas sim do próprio bloco central de valores nos quais o sistema interamericano se funda e de onde emanam os propósitos que orientam sua existência, sobretudo o ideal democrático.

4 A VARIABILIDADE DAS SITUAÇÕES DE FATO EM FACE DA CONVENÇÃO

Apesar das já citadas menções à possibilidade de adoção de medidas excepcionais como o estado de defesa, a realidade que se mostrou, após mais de 120 dias do primeiro caso no Brasil, demonstra a falta de necessidade e, inclusive, de possibilidade jurídica de adoção da medida. Pela lógica do direito interno brasileiro, as medidas empreendidas com base nos dispositivos jurídicos disponíveis para superação de crises atinentes à vida cotidiana do poder público se mostraram suficientes para combater os efeitos da pandemia e conter a proliferação do vírus. De fato, isto não se deu sem conflitos entre esferas federativas, ensejando inclusive manifestação do Supremo Tribunal Federal sobre a repartição de competências relativas às medidas de necessária adoção³⁹, ou mesmo de conflitos por posições políticas de grupos atualmente à frente dos governos de diferentes esferas⁴⁰.

No que diz respeito à possibilidade de adoção de medidas recomendadas pela Organização Mundial de Saúde ou cuja eficiência se provou pela experiência de outros países, o ordenamento jurídico demonstrou oferecer mecanismo suficientes à sua adoção, dentro de sua regularidade.

³⁹ Supremo Tribunal Federal, ADI 6341.

⁴⁰ Cabe destacar, aqui, a existência de posições antagônicas entre o governo federal e os governos de estados e municípios. Enquanto o primeiro, inclusive a partir da própria figura do Presidente da República, minimizou os efeitos da pandemia, promovendo agenda diversa daquela recomendada por organismos como a Organização Mundial de Saúde, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e imensa parcela da comunidade científica, governos de diversos estados e municípios buscaram adotar medidas de isolamento social, reforço dos serviços de saúde e medidas econômicas relativas ao período de crise.

Medidas como isolamento social, *lockdown*, restrições a abertura do comércio e ao uso de espaços públicos, imposição de medidas sanitárias, entre outras, se mostraram as mais eficazes no mundo inteiro, sendo que todas foram, em alguma medida, adotadas pelo poder público, reduzindo o nível de circulação de pessoas. De fato, apesar de casos pontuais de alguns municípios, não houve grande ocorrência de esgotamento de leitos, o que, combinados com os níveis de isolamento social alcançados pelas medidas, demonstram que, em algum grau, tais medidas tiveram certa eficácia.

No caso do ordenamento interno, não se vislumbra qualquer necessidade que justifique a adoção de medidas como o estado de defesa. Este pode ser decretado quando houver ameaça à ordem pública ou paz social, o que não se verifica no caso concreto, ao menos não em medida que não possa ser contornada por alguma das medidas existentes no ordenamento jurídico regular. A mesma lógica se aplica quando posto em tela o sistema de restrição de direitos da Convenção.

A restrição de direitos realizada no Brasil, tendo em vista a necessidade imposta pelo espalhamento do vírus, se deu de acordo com os mecanismos já previstos legalmente e no próprio texto da Constituição da República, existindo regramento apto a delinear as ações do Estado que acabem por restringir direito, em atendimento ao previsto no artigo 30 da Convenção Americana. O fato é que o quadro fático encontrado se insere dentro da lógica do primeiro nível da sistemática de restrição de direitos da Convenção, sem violação aos critérios formal e material para restrição dos direitos nela previstos.

Cabe o regime jurídico estabelecido na Lei 13.379/2020. Editada pelo Congresso Nacional tendo em vista o enfrentamento à pandemia, dispõe de medidas que garantem poderes necessários, a autoridades das diferentes esferas, para superação dos desafios impostos pela crise. Destaca-se, no caso, o artigo 3º, que prevê medidas de possível adoção pelas autoridades competentes, no embate aos efeitos da pandemia. Dentre as medidas arroladas, encontra-se a adoção do isolamento (inciso I), quarentena (inciso II), determinação de realização compulsória de exames médicos, testes laboratoriais, coleta de amostras clínicas, vacinação e outras medidas profiláticas ou tratamentos médicos específicos (inciso III), requisição de bens ou serviços de pessoas naturais e jurídicas (inciso VII), entre outras.

A sistemática da citada lei cumpre com o requisito previsto no artigo 30 para restrição dos direitos previstos na Convenção, em conformidade com o entendimento já definido na Corte Interamericana. Trata-se de lei formal, editada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo Executivo, autorizando a adoção de medidas excepcionais para restrição de direitos, mantendo o

núcleo essencial de cada espécie e vinculando sua vigência à duração da crise causada pelo vírus, conforme expresso no seu artigo 8º.

Nesta mesma linha, a exemplo do que ocorre com relação à possibilidade de adoção de mecanismo constitucional excepcional, como o estado de defesa, no caso concreto da crise gerada pela pandemia de 2020, o escalonamento na restrição de direitos para atingir o segundo nível dentro da sistemática da Convenção Americana e ser acionada a cláusula de derrogação do artigo 27 depende, necessariamente, de um preenchimento de condições fáticas que se mostram, quatro meses após o primeiro caso no país, inexistentes. De fato, será necessário um escalonamento no quadro de crise, que imponha a adoção da medida em razão da necessidade de suspensão de obrigações contraídas em razão do tratado. Como se viu, as medidas empreendidas dentro da lógica de normalidade se mostram eficientes e aptas a combater os efeitos da pandemia, apesar de tensões e cenários de crise política que afetam tais esforços.

Caso as medidas citadas percam eficácia e o quadro fático existente sofra um agravamento no cenário de crise, de modo a se preencher o requisito fático imposto para o acionamento da cláusula de derrogação da Convenção, ainda assim, só poderia ser suspensas obrigações e, até mesmo, direitos e garantias, na necessária medida para superação do quadro de crise. Isso porque as disposições adotadas mediante suspensão de obrigações são pautadas pelo critério da proporcionalidade, em íntima relação entre o plano fático presente e as medidas adotadas. Assim, não é qualquer suspensão de obrigações que poderá ser feita, sendo, inclusive, vedado que o Estado parte avance sobre os direitos e garantias citados no parágrafo 2 do artigo 27. Caso o plano fático recomende medida que imponha a suspensão de qualquer dos direitos e/ou garantias do rol em questão, deverá o Estado parte buscar outras alternativas para alcance do mesmo objetivo.

A vinculação ao requisito material, ademais, implica no fato de que, caso o Estado apresente motivo falacioso, insuficiente ou, de alguma outra forma, desproporcional, deverá este ser responsabilizado pela restrição de direitos em desacordo com o rito previsto na Convenção, recaindo em clara violação aos direitos humanos afetados. Nestes casos, poderá o Estado ser responsabilizado perante os mecanismos previstos no sistema interamericano, sendo a fiscalização, como já exposto, realizada tanto pelos órgãos do sistema, quanto pelos demais Estados parte na Convenção.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Algumas conclusões foram alcançadas e pontuadas ao final de cada seção, porquanto elementares dos raciocínios seguintes. Ainda assim, cabe rememorá-las, neste capítulo final, em conjunto com outras, extraídas do percurso deste artigo.

Como se percebeu, ao longo do trabalho, a Convenção Americana de Direitos Humanos possui amplo lastro normativo apto a amparar situações de crise que imponham restrições a direitos. Este regramento tem por paradigma a própria situação fática encontrada no caso concreto, de modo que a Convenção performa um escalonamento de consequências jurídicas, regando diferentemente a depender do grau de crise apresentado. São dois níveis de tratamentos jurídicos diferentes, operando em lógicas distintas, a depender do nível de normalidade ou anormalidade apresentado. No primeiro nível, relativo a crises naturais ao cotidiano social, a Convenção prevê a possibilidade de restrição de alguns direitos específicos, possibilitando ao poder público alcançar determinados objetivos mais sensíveis, que demandem medida deste tipo. No segundo nível, mais severo, a Convenção prevê uma cláusula de derrogação, no artigo 27, de modo que, cumpridos alguns requisitos, poderá o Estado parte suspender determinadas obrigações contraídas, o que poderá levar até mesmo a suspensão de direitos e garantias, preservado um núcleo de direitos essenciais elementares dos valores centrais nos quais o sistema interamericano se assenta.

O que se observa, no entanto, é que a Convenção, em ambos os níveis delineados, se escora no critério da proporcionalidade como forma de garantir a juridicidade das medidas de crise do Estado, à luz de seu texto e das obrigações dele decorrentes. Tanto no caso do nível relativo aos períodos de normalidade, como no caso dos períodos de exceção, a validade da medida de restrição, pelo Estado, está vinculada a uma compatibilidade com o quadro fático apresentado, sendo expostos tais atos a controle no âmbito do sistema interamericano.

Em conjunto com o critério da proporcionalidade, o texto convencional estabelece, ainda, critérios de forma e de conteúdo necessário para adoção de medidas restritivas. Em uma comparação entre níveis, apesar da identidade de espécies, os requisitos de limitação dos direitos sofrem relativa mudança de conteúdo, em razão do perfil de cada nível de restrição.

No caso do requisito formal, em tempos de normalidade, a Convenção exige dos Estados legislação prévia, genérica e abstrata, apta compatibilizar a ação limitadora com os valores centrais que conformam o sistema, incluindo a garantia do núcleo essencial dos direitos, à luz do que é

comumente trabalhado como fundamento de limites aos limites⁴¹. Em tempos que requeiram medidas excepcionais, o requisito formal da Convenção envolverá a exposição dos motivos para acionamento da cláusula de derrogação e a comunicação aos outros Estados partes, tendo em vista que estes são aptos a iniciar procedimento de controle das ações excepcionais, possibilitante responsabilização por eventuais abusos.

Já no que diz respeito ao requisito material para tempos de limitação ordinária, a Convenção, à luz do critério da proporcionalidade, indica faticamente os limitadores mínimos que justifiquem a limitação de direitos, ou seja, prevenir infrações penais, proteger a segurança nacional, a segurança ou a ordem pública, a moral ou a saúde pública ou os direitos e liberdades das demais pessoas. Poderá o Estado, evidentemente, adotar outras limitações contextuais para restrição de direitos, sendo a norma da Convenção uma garantia básica aos valores em jogo. Já no caso relativo à cláusula de derrogação, o critério fático diz respeito à aferição da situação de fato, no caso concreto. Tendo em vista que a restrição, neste caso, se dará na medida e no contexto necessário e a Convenção não demanda que seja prevista de forma prévia, o paradigma normativo será a situação de crise em concreto e a efetiva exposição desta pelo Estado, demonstrando a proporcionalidade de suas disposições. Isso porque o objetivo material principal da proteção, pela Convenção, neste segundo nível, será o resguardo dos valores e direitos nucleares do sistema, em especial o ideal democrático e os princípios a ele coligados, daí a importância do controle e correta delimitação das medidas.

Os instrumentos criados pela Convenção para reger a atuação estatal na ocasião de limitação dos direitos humanos nela previstos são demonstrativos da robustez e compleição normativa que possui o tratado, representando verdadeiro recurso garantidor da segurança jurídica no regime de direitos que ela tem por objetivo promover. Isso porque a existência de tais dispositivos garante a comunicação entre o plano normativo dos direitos humanos e os limitadores fáticos que desafiam sua efetivação. O texto da Convenção, ao realizar tal conexão, delineia regime mais clarificado para os direitos que prevê, especificando patamares mínimos e, assim, vinculando os Estados a deveres definidos e delimitados.

Não está a Convenção, afinal, a demandar a efetivação conjunto e incondicionada de um plexo de direitos absolutos e, sobretudo, rígidos, justamente porque uma visão assim adotada acaba

⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit. Capítulo 4.2.4.1.

por descartar a existência de um núcleo essencial a dado direito, massificando seu conteúdo e, deste modo, abrindo mão de uma seleção de prioridades necessárias dentro de seu suporte fático. A maior consequência de uma abordagem nesta linha, porém, é o descolamento entre os direitos previstos e o núcleo essencial de valores que guiam e orientam o texto convencional.

Para além de a Convenção não considerar, por óbvio, que quaisquer direitos nela previstos tenham um suporte fático absoluto, seu texto é claro ao estipular quais são as prioridades e em quais ocasiões poderá o Estado delimitar e, na ocasião concreta, limitar o perfil jurídico e a garantia de determinados direitos. É postura coerente com a própria natureza dos direitos humanos e sua vinculação por valores essenciais os quais são, por eles, prestigiados.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade**. Ratio Juris, 2003, 16.2. Pgs. 131-140.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008

CORTE IDH. **Opinião Consultiva OC-6/86**.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Edição Kindle. Livraria do Advogado Editora, 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: teoria del derecho y de la democracia 2. Teoria de la democracia**. Madri: 2013, Editorial Trotta.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. 1969.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. Edição Kindle. Saraiva Educação SA, 2017.

PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi e MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Edição Kindle. Livraria do Advogado editora, 2018.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: Conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 3a Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014.

WHO. Overview of public health and social measures in the context of COVID-19: interim guidance, 18 May 2020. World Health Organization, 2020.

THE POSSIBILITIES OF RIGHTS REGRESSION DURING COVID-19 PANDEMIC

ABSTRACT

The present article intends to analyze the legal regime composed of the set of rules contained in the text of the American Convention on Human Rights, that limit and conform the possibility of limitations to the rights it provides for. For this, it was adopted an inductive method, based on a literature review on the topic, in addition to the analysis and study of the conventional text. It was noticed, throughout the work, that the Convention foresees a regime of restriction to the limits of human rights, directing the provisions of the States in this sense and, thus, qualifying the content of the list of rights and the relationship between species and, also, protecting this role and the core of central values that guide the inter-american human rights system, which its right set seek to achieve.

Keywords: Limits of the limits. Factical suport. Fundamental rights. Human rights. Interamerican system.

COLABORAÇÃO PREMIADA UNILATERAL COMO DIREITO SUBJETIVO

*Caio Vanuti Marinho de Melo*⁴²

*Walter Nunes da Silva Júnior*⁴³

Recebido em: 28/04/2020

Aprovado em: 25/11/2020

RESUMO

A proposta do presente trabalho é averiguar a natureza jurídica do instituto da colaboração premiada e quais as consequências de considerá-lo como um direito subjetivo do imputado. A posição majoritária na doutrina e na jurisprudência tem conferido à colaboração uma natureza dúplice. Dessa forma, é dito que o instituto se apresenta tanto em negócio jurídico processual como meio de obtenção de prova, o que, aliás, restou ressaltado no art. 3º-A da Lei 12.850, de 2013, introduzido pela Lei 13.964, de 2019. Porém, suscita-se a possibilidade de uma natureza tríplice da colaboração, visto que ela é uma manifestação do direito de defesa, em especial da autodefesa. Nesse sentido, a colaboração premiada constitui um direito subjetivo do acusado, de modo que, presentes os pressupostos e requisitos para a sua aplicação, não pode ser negada pelo Ministério Público ou órgão policial, sob pena de ser deferida a colaboração premiada unilateral pelo Judiciário. Isso faz surgir um novo problema, a falta de regramento normativo sobre os pressupostos da colaboração. Propõe-se, assim, uma sistematização dos elementos necessários para um juízo positivo de admissibilidade do instrumento colaborativo, especialmente quando se tratar da colaboração unilateral.

Palavras-chave: Colaboração premiada. Direito de defesa. Justiça Criminal Negocial. Controle do poder punitivo.

1 INTRODUÇÃO

⁴² Advogado criminalista. Assistente da Coordenação Regional do IBCCrim (2018). Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). E-mail: caio.vanuti@hotmail.com

⁴³ Juiz Federal, Mestre e Doutor, Professor Associado da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Membro da Academia de Letras Jurídicas do Rio Grande do Norte. E-mail: walterjr@jfrn.jus.br

O movimento de expansão da justiça criminal negocial é evidente em todo o mundo, inclusive com a criação de programas de incentivo financeiro. Assim sendo, ganha cada vez mais destaque o uso da colaboração premiada, a nova vedete da política de combate ao crime que obtém cada vez mais apelo midiático e, conseqüentemente, atenção da população.

Entretanto, esse instituto foi pensado na lógica do *common law* e da ampla disponibilidade da ação penal, de modo que para a sua adaptação ao sistema jurídico brasileiro, pertencente ao sistema de *civil law* e com uma concepção de garantias processuais bastante diversa do contexto de criação da justiça criminal negocial, um estudo aprofundado é necessário.

Nessa perspectiva, o estudo da colaboração premiada se conforma como uma das temáticas mais relevantes e urgentes da atualidade, necessitando de grande esforço doutrinário para a adaptação da lógica negocial ao ordenamento jurídico brasileiro.

Diante disso, pretende-se contribuir para o debate com um olhar singular sobre a problemática, com a análise do instituto a partir de sua aplicação na prática forense, apontando as críticas necessárias, tendo em vista os preceitos do devido processo legal e da necessidade de contenção do poder punitivo. Para tanto, serão analisados os ditames da Lei nº. 12.850 de 2 de agosto de 2013 e as alterações nela introduzidas pela Lei no. 13.964, de 24 de dezembro de 2019, da jurisprudência dos tribunais superiores e dos acordos firmados nas “megaoperações”.

Como recorte temático, a análise estará centrada no estudo da natureza jurídica da delação e na sua conformação enquanto direito subjetivo do acusado. Ainda será aventada a possibilidade da colaboração premiada unilateral, como garantia de efetivação deste direito subjetivo. Equacionadas essas questões, o estudo irá mirar a investigação sobre as condições em que isso será concebível, a partir de uma proposta de procedimentalização e análise dos pressupostos de admissibilidade e requisitos de validade.

2 NATUREZA JURÍDICA E ASPECTOS CONCEITUAIS

É inegável que a expressão *delação premiada* ganhou o imaginário popular nos últimos anos devido ao grande destaque que obteve no âmbito da operação *Lava Jato*. Interessante notar

que, apesar de não ser propriamente uma novidade no ordenamento jurídico brasileiro⁴⁴, só veio a ter regramento mais extenso com a edição da Lei 12.850, de 2013, único documento a se preocupar com o seu aspecto processual.

Dessa forma, percebe-se que só após a edição da Lei das Organizações Criminosas a doutrina e a jurisprudência se atentaram mais sobre o tema, impulsionadas pelo seu uso no contexto das megaoperações.

Essa fase incipiente do debate requer que, como etapa preliminar à análise da natureza jurídica da colaboração, sejam apresentadas as noções de justiça criminal negocial e barganha, fazendo a devida diferenciação com o objeto deste estudo.

A justiça criminal negocial é identificada como um modelo de processo penal pautado no acerto entre acusação e defesa, visando uma colaboração processual e o abreviamento do processo (VASCONCELLOS, 2015, p. 55). Nesse sentido, a justiça criminal negocial representa uma nova forma de atuação das instâncias punitivas, a qual não se identifica, com exatidão, com nenhum dos sistemas processuais penais clássicos, acusatório e inquisitivo. Diante disso, talvez seja possível inferir a existência de um terceiro sistema que emerge da prática processual brasileira, cuja inspiração decorre do sistema adversarial americano, em que se privilegia a solução consensual, mediante a verdade admitida pelas partes, em detrimento da busca por uma verdade real (utópica).

Por outro lado, a colaboração premiada é um dos mecanismos desse novo modelo processual, mais especificamente, uma espécie do gênero “colaboração processual” (LAUAND, 2008). Ao lado dela, outros institutos estão abarcados nesse gênero, tais como a transação penal, a suspensão condicional do processo, o acordo de leniência, o acordo de não persecução criminal e a barganha em si. Sobre o último, é necessária uma última diferenciação, tendo em vista as constantes confusões conceituais entre ele e a colaboração premiada (PEREIRA, 2016, p. 51).

A barganha é “instrumento processual que resulta na renúncia à defesa, por meio da aceitação (e possível colaboração) do réu à acusação. Geralmente pressupõe a confissão, em troca de algum benefício (em regra, redução de pena)” (VASCONCELLOS, 2015, p. 68). Enquanto a colaboração se destina à incriminação de terceiros, à recuperação do produto do crime e à localização de eventuais vítimas, a barganha tem em mira diminuir a sanção penal do acusado, em

⁴⁴ Uso da delação vem desde as Ordenações Filipinas, sendo suficiente lembrar da Inconfidência Mineira e do papel de Joaquim Silvério dos Reis, delatando o movimento e provocando a condenação e consequente execução de Tiradentes.

troca da sua confissão. A barganha, assim é assunção de culpa como barganha para o recebimento de uma pena mais branda. Logo, a principal distinção entre os institutos é o papel da confissão, uma vez que na colaboração ela é incidental e pressuposto do acordo e na barganha ela é o fim principal da avença.

Com isso, fica afastada a equivocada distinção, comumente feita na doutrina, de que a colaboração seria aplicada no âmbito do direito material e a barganha ficaria ligada ao direito processual.

Feitas essas considerações, identifica-se o primeiro desafio para a definição da natureza jurídica da colaboração premiada, isto é, analisar se estamos tratando de um instituto de direito material ou de direito processual.

A confusão que resulta na defesa da natureza material da colaboração premiada ocorre, sobretudo, pela vagueza dos diplomas legislativos anteriores à Lei 12.850, de 2013. Tome-se como exemplo o documento legislativo que primeiro se ocupou da matéria em período mais recente, a Lei 8.072, de 1990. No seu art. 8º, parágrafo único, o referencial normativo em destaque preceitua que “O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços”. Como se vê, o tratamento dispensado à matéria era genérico e não trazia qualquer menção à sua procedimentalização.

De outra parte, a Lei 12.850, de 2013, tratou o tema quase que exclusivamente pelo viés processual (VASCONCELLOS, 2017, p. 55), com a especificação do procedimento a ser adotado. Isso, aliado ao fato de que o escopo predominante do instituto é fornecer elementos de prova, conforme aponta Vasconcellos (2017, p.55), torna indubitável a sua natureza processual.

Essa visão foi corroborada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do emblemático HC 127.483/PR, em que foi asseverada a natureza processual do instituto. Merece destaque o trecho do acórdão contendo a afirmação de que “a colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que além de ser qualificado expressamente pela lei como ‘meio de obtenção de prova’, seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo penal” (BRASIL, 2017).

Essa noção da colaboração como negócio jurídico processual é primordial, motivo pelo qual merece aplauso a recente Lei 13.964, de 2019, que deixa claro, com o enxerto do art. 3º-A, tratar-se de negócio jurídico processual e meio de obtenção de provas. No entanto, a discussão não se encerra com esse esclarecimento. O conceito fornecido pela doutrina processual civilista traz a

noção de negócio processual como o “fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático se reconhece ao sujeito o poder de regular dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico certas situações jurídicas processuais ou alterar o procedimento” (DIDIER JR, 2018, p. 439). Tendo isso em vista, no tocante à colaboração, o mais correto é defini-la como um *acordo ultra partes*” (ESPIÑERA; CALDEIRA, 2016, p. 133), visto que matérias como pena e perdão judicial estão sujeitas à reserva de jurisdição e, portanto, não podem ser dispostas pelas partes (SANTOS, 2017, p. 154). O máximo que as partes estipulam é um limite à decisão do magistrado e mesmo assim este tem que ser cancelado pelo juízo.

Independentemente da nomenclatura utilizada, o mais importante é notar o caráter de bilateralidade desse tipo de acordo (DIDIER JR; BONFIM, 2016, p. 151), pois se constata a composição de interesses distintos e com reflexos diversos para cada uma das partes.

Além disso, tornou-se comum apontar a colaboração como meio de obtenção de prova, tendo em vista a sua importância para a incriminação de terceiros, mediante a colheita de elementos de prova que auxiliem a persecução penal de crimes de difícil investigação como a lavagem de dinheiro, corrupção ativa e passiva e os relacionados às organizações criminosas. Entretanto, esse é apenas um lado da moeda (GOMES; SILVA; MANDARINO, 2018, p. 108), o lado do acusador, que tem como benefício os elementos informativos e probatórios trazidos pela colaboração.

Todavia, uma compreensão mais ampla do instituto também parte do seu reconhecimento como manifestação do direito à ampla defesa, na medida em que oferece mais uma alternativa para o seu exercício (SILVA JÚNIOR, 2015, p. 539).

A prática judicial já demonstra que, diante de uma acusação robusta, a confissão prevista no art. 65, III, “d”, do Código Penal, é amplamente utilizada como forma de defesa, na qual se busca uma condenação mais branda. A mesma lógica, com mais razões ainda, aplica-se à colaboração, pois os seus efeitos são bem mais amplos. Por outro lado, admitindo-se esta formulação, permite-se uma visão mais densa da complexidade que permeia a compreensão do instituto, abarcando todos os seus momentos.

No ponto, a Constituição é peremptória ao garantir o direito de defesa com *os meios e recursos a ela inerentes*. Sendo assim, constata-se que a colaboração premiada é um dentre outros meios de defesa, de modo que tem proteção em sede constitucional.

Ademais, admitir a natureza da colaboração enquanto meio de defesa, permite expandir os horizontes da sua análise, de forma a compatibilizá-la com o devido processo legal. Uma dessas

novas possibilidades é tratar o instituto como um direito subjetivo do acusado, o que será aprofundado a seguir.

3 A COLABORAÇÃO COMO MEIO DE DEFESA E O DIREITO À COLABORAÇÃO UNILATERAL

Os mecanismos de justiça criminal negocial que tiveram maior destaque, até a edição da Lei 12.850, de 2013, foram a transação penal e a suspensão condicional do processo. Em relação a eles, já se discutia qual o grau de discricionariedade do Ministério Público e se seria possível a configuração de um direito subjetivo do imputado, em face do cumprimento dos requisitos legais.

A questão ainda não é pacífica, mas tinha prevalecido nos tribunais o entendimento de que o Ministério Público não poderia se abster de propor o acordo, quando cumpridas determinadas condições, e no caso de discordância do magistrado, este deveria aplicar, por analogia, o antigo art. 28 do CPP⁴⁵, para enviar os autos ao Procurador-Geral de Justiça, conforme o enunciado da Súmula nº 696 do STF.

No entanto, a questão deve ser revisitada após a edição da Lei 13.964, de 2019, que dentre as demais alterações, deu nova redação ao art. 28 do Código de Processo Penal, excluindo a possibilidade do magistrado encaminhar o inquérito para o procurador-geral. Na atual redação, essa incumbência fica a cargo da vítima ou do seu representante legal, que poderão, em até trinta dias após serem comunicados da manifestação pelo arquivamento, provocar a sua revisão a qual será decidida por instância competente do órgão ministerial, conforme o disposto na respectiva lei orgânica.

Houve aqui grande avanço legislativo ao retirar do âmbito judicial essa decisão. Na sistemática anterior, o magistrado exercia ingerência sobre a acusação e quebrava a tripartição de funções que é o fundamento do sistema acusatório. De outro modo, privilegia o ofendido que poderá instar o titular da ação penal a propô-la caso discorde da decisão pelo arquivamento.

⁴⁵ Este artigo foi teve sua redação alterada pela Lei 13.964, de 2019, contudo o Ministro Luiz Fux, em julgamento de medida cautelar da ADI 6.299/DF, suspendeu a eficácia dessa e de outras alterações. Entretanto, comentar-se-á o novo art. 28, do CPP, como válido fosse, pois os argumentos apontados na ADI (falta de prévia dotação orçamentária e autonomia financeira dos Ministérios Públicos) não apresentam-se consistentes o suficiente para que seja crível a declaração de inconstitucionalidade do novo dispositivo.

Outra novidade trazida pela Lei 13.964, de 2019, é a previsão do acordo de não persecução penal⁴⁶, que como já dissemos, é mais um instituto da justiça criminal negocial. Diferentemente da colaboração premiada, ele possui um procedimento previsto em lei para a hipótese de não oferecimento do acordo. Segundo o art. 28-A, §14, do CPP, caso o Ministério Público se recuse a oferecer o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer remessa dos autos ao órgão superior, na forma do art. 28, do CPP.

É preciso destacar dois pontos sobre a remissão ao art. 28. Em primeiro lugar, a suspensão de sua nova redação não impede o investigado de requerer a remessa ao órgão superior, pois esse procedimento já existia no texto anterior. A mudança foi somente em relação à legitimidade para a remessa, que antes era do juiz e agora passou para o ofendido. Nesse sentido, ela poderá ser feita nos termos do art. 28 antigo, isto é, com o encaminhamento do inquérito ou peças de informação ao procurador geral que poderá oferecer o acordo, designar outro membro do Ministério Público para que o faça, ou insistir no não oferecimento.

Noutro momento, destaca-se que a escolha pela utilização do procedimento do art. 28, ou seja, do momento do arquivamento, como solução para o não oferecimento do acordo de não persecução penal, é errônea, uma vez que confunde os princípios da oportunidade e da legalidade da ação penal. A decisão de arquivamento, dependendo da hipótese, tem como fundamentos os mesmos motivos da absolvição e da absolvição sumária, conforme os arts. 395 e 397, do CPP, respectivamente (LIMA, 2018, p.165-166). Dessa forma, apresenta-se como uma expressão da legalidade, ou seja, da mesma forma que o Ministério Público tem o dever de oferecer a ação penal, quando presentes os indícios de autoria e materialidade, ele terá que se manifestar pelo seu arquivamento, quando estes não se fizerem presentes ou, quando extinta a punibilidade. Por outro lado, o acordo de não persecução penal é a consagração do princípio da oportunidade, enquanto permite ao Ministério Público deixar de oferecer a denúncia mesmo quando presentes os elementos para tanto, visando fins de política criminal. Nesse contexto, esse instituto, assim como a colaboração premiada, a transação penal e a suspensão condicional do processo são direitos subjetivos do acusado, derivados do princípio da ampla defesa, de modo que devem ser resguardados pelo poder jurisdicional.

⁴⁶ Diversamente do que ocorreu com o novo art. 28, do CPP, o acordo de não persecução penal, introduzido pelo art. 28-A, do CPP, não teve sua eficácia suspensa pela decisão do Min. Luiz Fux, o que demonstra o compromisso do Judiciário com as soluções negociadas no processo penal.

Dito isso, incabível que a última palavra sobre a questão fique a cargo somente do órgão acusador, pelo que se recomenda a possibilidade de reconhecimento do benefício ao acusado, devido ao seu efetivo auxílio para a solução rápida do processo, conforme a proceduralização aqui sugerida, superando a construção dogmática vigente desde a formulação da Súmula 696 do Supremo Tribunal Federal.

Por fim, quanto à colaboração premiada, surgem posicionamentos favoráveis à contenção dos poderes do Ministério Público, para garantir o direito à colaboração, mesmo que unilateral. As justificativas para tanto perpassam pelo dever de coibir a quebra da submissão à legalidade e a abertura de espaços para arbitrariedades, provenientes da ampla discricionariedade, conferida pela colaboração premiada, ao órgão ministerial (VASCONCELLOS, 2017, p. 84).

Por outro lado, os contrários a tal possibilidade utilizam como argumento o caráter negocial do instituto e a discricionariedade do acusador como elementos indissociáveis e essenciais da colaboração. É necessário ainda apontar a posição de Alexandre Coura e Américo Bedê Júnior (2016, p. 151) que, apesar de contrários à configuração da colaboração como direito subjetivo, concebem o controle da discricionariedade do Ministério Público quando restarem configuradas situações teratológicas, a exemplo da negativa do acordo por racismo.

Diante do exposto, a primeira questão a ser apontada é a da discricionariedade do Ministério Público. Ela não pode ser confundida com arbitrariedade, pelo contrário, deve ser encarada como espaço de decisão dentro dos ditames legais (CARVALHO FILHO, 2018, p. 54).

Essa submissão à legalidade faz parte do arcabouço valorativo de toda a doutrina processual criminal, não podendo ser olvidado pelos órgãos responsáveis pela persecução penal. A história de construção do processo penal democrático passa pela possibilidade de limitação do poder punitivo, a partir do papel proeminente dos princípios constitucionais.

Sendo assim, permitir que o Ministério Público e a Polícia Judiciária⁴⁷ atuem sem nenhuma espécie de controle seria um grande retrocesso ante as conquistas civilizatórias do processo penal brasileiro. Os princípios da oportunidade e do consenso, introduzidos pelos mecanismos da justiça

⁴⁷ A legitimidade da polícia judiciária para oferecer e negociar acordos de colaboração premiada foi firmada no julgamento da ADI 5.508, pelo Supremo Tribunal Federal. A decisão é por vários motivos criticável, mas a argumentação nesse sentido fugiria do objeto do presente estudo, sendo assim, o tema será tratado em conformação com a decisão da Suprema Corte.

criminal negocial, devem ser sempre entendidos com os adjetivos “regrado” ou “limitado”, a fim de compatibilizar sua funcionalidade com a ordem constitucional vigente.

Desse modo, a configuração da colaboração premiada como meio de defesa garante ao acusado o direito subjetivo de poder colaborar e receber o prêmio correspondente, pelo que a atuação ilimitada dos órgãos da persecução penal entra em conflito direto com essa garantia constitucional. O Estado Democrático de Direito em sua concepção gera a necessidade de um controle constante e público das instituições da República, sob pena de conferir espaço para um *Estado Policial*. Isso é que justifica as duas conclusões acima.

Outra consequência dessa constatação é a exigência de motivação da postura do Ministério Público ou da polícia em negar o acordo. Como já dizia Antônio Magalhães de Gomes Filho (2013, p. 41), a motivação é uma garantia de segundo grau, isto é, ela existe para assegurar que as demais garantias processuais sejam respeitadas. É pela motivação que o agente público demonstra que o seu posicionamento respeitou os princípios constitucionais do devido processo legal. Tradicionalmente, imputa-se essa responsabilidade somente ao magistrado, visto que na concepção clássica de processo é ele o responsável pelas decisões que irão restringir os direitos fundamentais do acusado.

No entanto, é inegável que a colaboração premiada, ao ampliar os espaços de oportunidade e de interferência na qualidade e quantidade da pena a ser aplicada, atribui muitos poderes ao Ministério Público e à Polícia, inclusive no tocante a matérias que estavam na competência do Judiciário. Aqui cabe perfeitamente a famosa frase: *com grandes poderes, vêm grandes responsabilidades*. Em uma República democrática vige o sistema de freios e contrapesos, daí porque nenhuma atribuição conferida a órgão público deve ser ilimitada, sem a efetiva possibilidade de controle.

Consequentemente, a necessidade de motivação é um dos elementos do próprio Estado Democrático de Direito, significando que “os poderes públicos se exercem segundo um padrão de legitimação racional e objetiva, que transfere à apreciação da comunidade uma espécie de controle democrático e difuso sobre a racionalidade ou não arbitrariedade do poder” (GOMES FILHO, 2013, p. 64).

Em consonância com o expandido, surge o principal problema: diante de uma recusa ilegítima à proposição do acordo, qual deve ser a conduta do magistrado? Vinicius Gomes de Vasconcellos (2017, p. 85-86) elenca quatro possibilidades: a) excepcionalmente, poder-se-ia

admitir o oferecimento da proposta pelo Delegado de Polícia; b) ao receber a proposta da defesa com a negativa da acusação, o julgador poderia utilizar a sistemática do art. 28, CPP, por analogia, remetendo a decisão ao Procurador-Geral de Justiça; c) diante de requerimento da defesa, ao julgador seria admitido homologar proposta de acordo, ainda que sem a concordância do acusador; e d) mesmo se inexistente o acordo firmado/homologado, seria possível a concessão de benefício no momento da sentença, se houver colaboração efetiva pelo acusado.

Cada uma dessas soluções alvitradas merece análise mais densa.

Quanto à primeira hipótese, não se acredita que possa resolver o problema. A citação aqui parafraseada é de texto anterior ao julgamento da ADI 5.508, no qual o Supremo, infelizmente, firmou o entendimento favorável à possibilidade de acordo firmado por delegado de polícia. Além disso, o simples fato de o delegado poder propor acordo não impediria que existissem recusas injustificadas, não sendo medida eficaz para equacionar o problema proposto.

A segunda proposta aproxima a colaboração premiada a outros mecanismos como a suspensão condicional da pena e a transação penal. Quanto a esses, o Supremo já admite, por entendimento sumulado⁴⁸, a aplicação analógica do art. 28, do CPP, quando presentes os requisitos da suspensão, mas haja recusa do órgão ministerial. A aplicação do disposto nessa súmula não parece a mais adequada para o problema em questão, por confundir a aplicação dos princípios da legalidade e da oportunidade, como já foi salientado linhas acima. Isso sem falar que a Lei n° 13.964, de 2019, emprestou outra redação para o art. 28 do CPP. Ademais, identifica-se que essa proposição, da forma como exposta, não poderia ser aplicada no ordenamento jurídico brasileiro, seja com a redação anterior do artigo 28 – porque dizia explicitamente “ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender” –, seja com a emprestada pela Lei 13.964, de 2019, na medida em que o *poder decisório* permanece na alçada do Ministério Público.

Além do mais, deve-se fazer a ressalva da crítica feita por Marco Paulo Dutra Santos (2017). Segundo o professor carioca, através da aplicação dessa analogia, insiste-se em atribuir ao Ministério Público, ou ao Delegado, a última palavra sobre questões pertencentes à reserva de jurisdição, como o perdão judicial e a fixação da pena. Nessa conformidade, isso só se justificaria nos casos da proposta versar sobre o não oferecimento da denúncia, uma vez que essa medida é exclusiva do órgão ministerial.

⁴⁸ Súmula 696, citada anteriormente.

A terceira e a quarta dizem respeito à chamada *colaboração unilateral*. Nesses casos, após a tentativa frustrada de acordo, o juiz analisaria a proposta de acordo – se houvesse – homologando-o à revelia da recusa do Ministério Público, por entender trata-se de um direito subjetivo do acusado, quando satisfeitos os requisitos, colaborar na solução do caso e receber os benefícios pertinentes, conforme a avaliação do juiz.

O desafio da colaboração unilateral é quanto a sua procedimentalização, especialmente quando não houver proposta formalizada, pois o aparato normativo da Lei 12.850, de 2013, foi pensado a partir da colaboração comum ou bilateral.

Preliminarmente, deve-se destacar que o art. 4º, *caput* da Lei 12.850, de 2013, permite que a defesa requeira ao juiz os benefícios da colaboração quando diz “O juiz poderá, a requerimento das partes[...]”.

Além disso, conforme o art. 4º, §6º, da Lei 12.850, de 2013, o juiz não poderá realizar negociações com a defesa, na medida em que essa atribuição é exclusiva do Ministério Público ou da Polícia. A participação do magistrado comprometeria sua imparcialidade, princípio reitor da atuação jurisdicional, pelo que não poderia ser admitida.

Considerando que a colaboração premiada é um direito subjetivo do autor, a defesa poderia, caso houvesse uma proposta de acordo firmada, mas o Ministério Público não tivesse providenciado o envio ao juiz para fins de homologação, mediante simples requerimento, pedir ao juiz que apreciasse o tema. Diante disso, o juiz analisaria os pressupostos e requisitos da colaboração e poderia deferir o pedido. Claro que aqui não se há de falar em homologação de acordo, pois não há ajuste, na medida em que o Ministério Público tenha, por qualquer motivo, desistido de sufragar a proposta. Cuida-se de o juiz acolher o pedido da defesa do acusado, no sentido de ser reconhecido o seu direito ao benefício, diante de sua efetiva colaboração, tal como ocorre, *mutatis mutandi*, na hipótese de confissão na qualidade de atenuante. A colaboração, enquanto direito subjetivo, deve poder ser interpelado à autoridade judiciária, conforme a garantia do art. 5º, XXXV, da CF (SILVA JÚNIOR, 2015, p. 306-308).

E mais. Caso o magistrado indefira o pedido do imputado, este ainda disporá do instrumento do habeas corpus, sob o fundamento de que está sofrendo constrangimento ilegal, por não ter sido reconhecido o seu direito de usufruir dos prêmios previstos em lei (SILVA JÚNIOR, 2015, p. 303-304).

No entanto, caso não exista acordo firmado, mas a defesa deseje proceder com o pedido, deve, também por petição, requerer a concessão de algum dos benefícios do art. 4º, *caput*, da Lei 12.850, de 2013. Tem de constar no pedido o relato sumário das informações que pretende fornecer à justiça, os elementos mínimos de corroboração destas, a descrição de quais benefícios são requeridos e o pedido de medidas de proteção, quando o colaborador entender cabível. Já a petição deve ser autuada em apartado e se houver pedido de medidas de proteção, o magistrado deverá tornar o processo sigiloso para garantir a integridade física do colaborador e de sua família.

Na atual sistemática, após a introdução de Lei 13.964, de 2019, a competência para a apreciação desta petição passa a ser do juiz das garantias⁴⁹, caso ainda não tenha ocorrido a decisão de recebimento da denúncia na forma do art. 399, do CPP.

Lembre-se ainda que é necessário ao imputado, primeiramente, buscar o acordo com o Ministério Público. Há uma precedência entre a colaboração premiada bilateral e a unilateral, sendo está só admitida nos casos em que não se logrou êxito na primeira. Caso contrário, estar-se-ia conferindo excessivo destaque ao magistrado em um procedimento negocial cujo protagonismo pertence às partes. Nesse sentido, a atuação do julgador é a de garante dos direitos fundamentais, suprimindo eventual recusa injustificada do órgão de acusação.

Por isso, recebida a petição requerendo o benefício, por meio da colaboração, deve-se notificar o Ministério Público, para que justifique os motivos para a não realização do acordo ou, manifestar o interesse em negociar com o imputado.

Reforça-se a imprescindibilidade da motivação do posicionamento do Ministério Público quanto a recusa em oferecer o acordo de colaboração, de modo a permitir que o magistrado faça do devido controle de legalidade. A 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça já consignou entendimento nesse sentido (SILVA JÚNIOR, 2015, p. 308), no julgamento do HC 131.108/RJ, em que se discutia a transação penal, mas perfeitamente adequado, por analogia, à da colaboração premiada.

⁴⁹ O juiz de garantias foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pelos art. 3º-A a 3º-F, do CPP, na redação concedida pela Lei 13.964, de 2019. Acontece que, este artigo também foi suspenso pela mesma decisão que suspendeu a nova redação do art. 28, no âmbito da ADI 6.299/DF, conforme foi explicado alhures na nota de nº 4. Aqui também esses dispositivos serão tratados como se vigentes fossem, os motivos apresentados para a inconstitucionalidades, quais sejam o vício na iniciativa legislativa, impacto financeiro, ausência de previsão orçamentária e a desvalorização dos vieses cognitivos que afetam o magistrado ao atuar na fase de investigação, não são aptos a motivar uma declaração de inconstitucionalidade pelo STF, de modo que se espera que o novo texto legal seja mantido integralmente.

Com isso, o magistrado terá subsídios para analisar os pressupostos de admissibilidade e os requisitos de validade da colaboração, a partir de uma análise dos argumentos das duas partes. Em relação aos benefícios, naturalmente o juiz não ficaria vinculado ao pedido do colaborador, se entender que a contribuição para a persecução for condizente com benefício menos vantajoso, pode proceder à alteração.

Em verdade, a melhor solução seria que essa lacuna fosse suprimida pelo legislador, o que melhor resguardaria a segurança jurídica. Sem embargo, com essa proposição, pretende-se contribuir para a efetividade do direito à colaboração, a partir do respeito às demais garantias constitucionais.

4 PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE E REQUISITOS DE VALIDADE DA COLABORAÇÃO PREMIADA.

Reconhecida a colaboração premiada como direito subjetivo do acusado, cabe agora a análise dos pressupostos de admissibilidade. É importante destacar que se tem como premissa a visão de discricionariedade limitada que foi defendida acima, conciliando a necessidade de contenção dos poderes públicos com a eficiência da persecução penal (FERNANDES, 2008) e o direito à ampla defesa.

O tema ganha ainda mais importância no contexto da colaboração premiada unilateral, pois ela pressupõe a discordância do Ministério Público quanto ao oferecimento de prêmios ao imputado. Dessa forma, uma decisão à revelia do titular da ação penal deve ser calcada em elementos jurídicos robustos e conectados com a finalidade do instituto.

Nessa perspectiva é que o tema é aqui tratado, exercendo a crítica ao *status quo* da jurisprudência firmada sobre o tema. Como já foi aludido anteriormente, o julgado paradigma em termos de colaboração premiada é o do HC 127.483/PR, no qual a Supremo Corte delimitou as diretrizes básicas sobre este mecanismo negocial.

Dessa forma, ao analisar os requisitos do acordo, o STF se valeu da classificação civilista, dividindo os requisitos em três planos: existência, validade e eficácia. Os requisitos de existência identificam-se com aqueles constantes no art. 6º da Lei 12.850, de 2013, a saber: i) o relato da colaboração e seus possíveis resultados; ii) as condições da proposta do Ministério Público ou do

delegado de polícia; iii) a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor; e iv) as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor. (BRASIL, 2015. p. 20)

Já os requisitos de validade são i) a declaração de vontade do colaborador for a) resultante de um processo volitivo; b) querida com plena consciência da realidade; c) escolhida com liberdade e d) deliberada sem má-fé; e ii) o seu objeto for lícito, possível e determinado ou determinável (BRASIL, 2015, p.21).

Por fim, o requisito para eficácia é a decisão judicial, homologação do acordo ou a colaboração unilateral.

Como se percebe, os requisitos propostos pela Suprema Corte não são suficientes para, efetivamente, limitar os poderes atribuídos ao Ministério Público e ao Delegado de Polícia (VASCONCELLOS, 2017, p. 116). Não há em nenhum dos requisitos expostos a possibilidade de determinar em quais situações deve-se ou não colaborar. Quando muito, auxiliam para identificar se a colaboração realizada é válida ou não.

Desta forma, esses critérios se tornam inúteis como diretriz para identificar se o magistrado deve reconhecer o direito à colaboração unilateral. A melhor solução é uma análise bifásica da admissibilidade do acordo, primeiramente analisando seus pressupostos, para depois averiguar seus requisitos de validade⁵⁰.

4.1 Pressupostos para admissibilidade da colaboração

Os pressupostos de admissibilidade são aqueles que devem ser verificados pelo juiz para saber se a colaboração é, ou não, necessária. Em regra, são analisados no momento da homologação do acordo e sua ausência tem como produto a negativa da homologação. De outra parte, se houver requerimento do acusado, alegando que houve recusa ilegítima por parte do Ministério Público ou do Delegado de Polícia, isso importa no exame da colaboração unilateral, com a eventual concessão dos benefícios à revelia desses órgãos.

⁵⁰ O esquema aqui proposto foi originalmente pensado em: VASCONCELLOS, Vinicius G. **Colaboração premiada no processo penal**. 1. Ed. São Paulo. RT, 2017

Nessa ótica, devem ser observados dois pressupostos: a presença de *emergência investigativa* e de elementos mínimos de coerência interna e corroboração externa⁵¹.

A noção de *emergência investigativa* ou *estado de necessidade da investigação* (*Ermittlungsnotstand*) foi desenvolvida na Alemanha, para designar aquelas situações em que o Estado demonstra ser incapaz de combater a criminalidade utilizando os meios tradicionais de prova (PEREIRA, 2013, p. 91).

Nesse caso, estaria legitimada a adoção de métodos especiais de investigação e inteligência como forma de combater um tipo de criminalidade que desafia a própria funcionalidade do Estado, na qualidade de responsável pelo sistema penal, conforme afirma PEREIRA (2013, p.91). Sendo assim, a postura do colaborador se mostra de grande valia para toda a sociedade, no sentido de ajudar a esclarecer um fato criminoso e a estrutura de uma organização criminosa. Inclusive, é possível afirmar que a sua conduta é uma forma de colaboração com toda a sociedade, uma vez que o art. 144, da Constituição, diz que a segurança pública é “direito e responsabilidade de todos” (SILVA JÚNIOR, 2015, p. 538).

Logo, em consonância com o pressuposto da *emergência investigativa* ou *estado de necessidade da investigação*, não é a persecução penal de qualquer tipo de delito que permite a utilização da colaboração premiada, mas tão somente a pertinente a crimes que desafiam a estrutura do sistema penal, pela sua complexidade, pelos vastos recursos financeiros necessários para este tipo de investigação, em razão da influência dos autores do crime ou devido a estrutura organizacional empregada na atividade criminosa. Percebe-se que não só a colaboração, mas todos os meios especiais de obtenção de prova, são destinados a essa criminalidade do terceiro milênio, por isso sua utilização em crimes menos graves seria reprovável e produziria indevida generalização (MENDONÇA, 2013, p.7).

A noção de *emergência investigativa* vai além do foco abstrato, sendo necessária, ainda, a sua verificação na situação concreta. Neste viés, a colaboração premiada assume a característica de subsidiariedade (VASCONCELLOS, 2017, p. 124), de modo que deve ser utilizada em situação excepcional. A colaboração premiada tem, por essência, a marca da coerção (ROSA, 2017, p. 528),

⁵¹ Diversamente, propondo como pressupostos de admissibilidade a adequação; necessidade e proporcionalidade: VASCONCELLOS, Vinicius G. **Colaboração premiada no processo penal**. Op. cit.

ao considerar-se que a pena prevista para o caso concreto há de ser provável e mais maléfica do que a oferecida no acordo, para convencer o imputado a aceitar cooperar.

Essa característica deve ser evidenciada durante o procedimento da colaboração, com a exposição dos motivos que levaram à proposição do acordo, consoante esposado no tópico anterior. Inclusive, *mutatis mutandi*, aplica-se o entendimento lançado por Frederico Valdez Pereira (2013, p.130), no sentido de que o art. 10 da Lei 12.850, de 2013, exige para a infiltração de agentes a demonstração de imprescindibilidade do uso de tal meio investigativo, ou seja, faz-se necessário, para fins de homologação pelo magistrado, a justificativa do porquê de não se utilizar de outros meios de obtenção de prova e da consequente imprescindibilidade da medida.

Além disso, deverá ser analisado o segundo pressuposto de admissibilidade, que consiste na verificação da presença de elementos mínimos de coerência interna e corroboração externa. Linhas acima, quando da explicação da natureza jurídica da colaboração premiada, restou evidenciado que uma das facetas desse instituto consiste em se apresentar como meio de obtenção de prova. Aqui torna-se relevante a clássica distinção entre meios de prova e meios de obtenção de prova.

Conforme a lição de Gustavo Henrique Badaró (2016, p. 387), os meios de prova são os que o magistrado pode utilizar, diretamente, para avaliar a veracidade de um fato, a exemplo do depoimento de uma testemunha. Por outro lado, os meios de obtenção de prova são instrumentos para a colheita de elementos ou fontes de prova, logo não pode ser valorado pelo juiz a fim de dar veracidade ou não a uma afirmação fática.

Sendo assim, percebe-se que a colaboração em si não pode formar o convencimento do julgador, devendo ser corroborada pelas provas encontradas a partir dela. É a chamada corroboração externa da colaboração, que deverá ser analisada sumariamente no momento da homologação. Em outras palavras, o juiz se limitará a uma análise de verossimilhança das alegações trazidas pelo colaborador, a partir dos elementos de informação colhidos na fase de investigação preliminar.

Ainda nesta seara, deve o magistrado perceber se há coerência interna no dito pelo colaborador, verificando a logicidade das suas alegações. Além disso, segundo o art. 3º-C, da Lei 12.850, de 2013, com redação dada pela Lei 13.964, de 2019, o colaborador deve narrar todos os fatos ilícitos para os quais concorreu que tenham relação direta com os fatos investigados. Ou seja,

o conteúdo da colaboração não deve se referir a outros crimes, o que, até então, era bastante comum em nosso meio.

Sendo assim, a abrangência dos fatos trazidos pelo colaborador é limitada. Não interessa saber de toda a vida criminosa pregressa, mas tão somente daqueles fatos relacionados com a investigação ou instrução em andamento, vedando-se a colaboração em relação aos demais ilícitos.

Dessa forma, a exigência de coerência não se resume a uma concatenação lógica da narrativa dos fatos apresentados pelo colaborador, mas também a sua aderência ao objeto da persecução penal. Com isso, pretende-se rechaçar a hipótese de acordos homologados que não servem ao propósito de facilitar a persecução penal objeto da colaboração.

4.2 Requisitos de validade

Analisados os pressupostos, o juiz deve se debruçar sobre os requisitos de validade da colaboração. Simplificando a diretriz jurisprudencial embutida no acórdão da Suprema Corte expendida do HC 127.483/PR, pode-se dizer que os requisitos da colaboração são a voluntariedade, inteligência, boa-fé e objeto lícito, possível e determinado, ou determinável.

Ademais, considera-se importante a adição de mais um requisito, qual seja, a assistência de defensor técnico. No ponto, em respaldo a essa assertiva, cabe considerar que o direito de defesa se desenvolve como espécie de autodefesa, exercida pelo acusado de forma positiva (interrogatório) ou negativa (utilização do direito silêncio), e a defesa técnica, levada a efeito por advogado particular ou Defensor Público (LOPES JR., 2014, 224-234). Enquanto a primeira pode ter seu exercício renunciado pelo titular, a segunda é condição *sine qua non* para o processo penal. Desse modo, a atuação do advogado é indispensável em todas as fases da colaboração, sob pena de nulidade absoluta do acordo, o que restou evidenciado com a inclusão pela Lei n. 13.964, de 2019, do art. 3º-C, § 1º, na Lei 12.850, de 2013.

A alteração legislativa em foco foi mais do que pertinente, ao explicitar a imprescindibilidade da presença do defensor nas tratativas referentes ao acordo. Cabe destacar que no caso da colaboração unilateral esse requisito também resta satisfeito, uma vez que a intenção de colaborar é manifestada por declaração petitória assinada pelo defensor e o imputado, ou só pelo defensor munido de procuração com poderes especiais, na forma do art. 3º-C, da Lei 12.850, de 2013.

Voltando aos requisitos expressos na decisão em comento, primeiro se destaca a voluntariedade. Ela se verifica quando o colaborador é agente capaz, com condições cognitivas saudáveis e que não tenha sofrido quaisquer coações indevidas (VASCONCELLOS, 2017, p. 137). A lógica colaborativa tem em sua essência a coerção, contudo esta é legítima, contanto se refira à probabilidade de uma condenação, em virtude da consistência das provas existentes nos autos. Por outro lado, o uso de prisões preventivas e de interrogatórios judiciais e extrajudiciais extremamente longos, com a finalidade de obtenção de acordo, traduzem coações ilegítimas, ocasionando a nulidade do acordo. A Lei n. 13.964, de 2019, a esse respeito, revelou preocupação com a voluntariedade, na medida em que tornou obrigatório o juiz, antes da homologação, ouvir sigilosamente o colaborador, acompanhado apenas de seu advogado (art. 4o., § 7o., da Lei 12.850, de 2013). Na colaboração unilateral, essa voluntariedade é de todo manifesta.

Aqui é relevante apontar a diferença entre espontaneidade e voluntariedade. Enquanto na primeira o agente está imune a influências externas na tomada de decisão, na segunda se admite tais influências (COSTA, 2018, p.30), desde que legítimas.

A prova da espontaneidade no âmbito de um processo judicial beira à impossibilidade, dado que se trata de questão atinente à psique do agente e da qual só ele poderá ter ciência completa. Por conseguinte, só se exige a voluntariedade como requisito da colaboração (SUXBERGER; MELLO, 2017, p. 204), de sorte que não interessa ao processo penal se o colaborador efetivamente se arrependeu dos crimes cometidos. De toda forma, o inciso IV do §7º. do art. 4º da Lei n. 13.850, de 2013, alterado pela Lei n. 13.964, de 2019, adverte que o juiz deve redobrar a atenção no exame da voluntariedade, nos casos em que o colaborar estiver ou tenha estado sob efeito de medidas cautelares.

Destaque-se, mais uma vez, que na colaboração unilateral, que é requerida pelo próprio acusado, à revelia do Ministério Público e da Polícia, há uma clara evidência da voluntariedade do colaborador. A insistência em colaborar, mesmo ante a negativa do Ministério Público, escancara a sua vontade nesse sentido, conduzindo, em regra, ao reconhecimento da sua voluntariedade.

O segundo requisito apontado no HC 127.483/PR é o da inteligência, ela significa que o potencial colaborador deva ter a sua disposição as informações necessárias sobre a imputação que lhe é dirigida, dos termos do acordo e de seus direitos (VASCONCELLOS, 2017, p. 143). Pretende-se com isso evitar que acordos sejam firmados através de expedientes escusos efetuados pelo

Ministério Público e o Delegado de Polícia (VASCONCELLOS, 2015, p. 93), reputando a existência de provas que efetivamente não existem para convencer o agente a colaborar.

Este requisito se mostra satisfeito, em relação à colaboração unilateral, quando o colaborador revela ter tido acesso aos elementos de informação já documentados – em consonância com o disposto na Súmula Vinculante nº 14 e o art. 7º, XIV, do Estatuto da OAB.

O terceiro requisito de validade é a boa-fé, tema que tem sido negligenciado pela doutrina processual penal, mas que teve grande desenvolvimento na seara do processo civil, inclusive constando no art. 5º do novo Código de Processo Civil⁵².

Assim como nos demais campos do direito, a boa-fé no processo penal deve ser vista como regra de conduta (CORDERO, 2001, p. 632-635), isto é, na sua dimensão objetiva. Trata-se de cláusula geral processual de não frustrar a confiança razoável do outro (DIDIER JR., 2018, p. 135-136).

No tocante à colaboração premiada, a utilidade da aplicação da boa-fé como pressuposto é inquirir de vício as colaborações em que forem evidenciadas atitudes inadequadas ao dever de lealdade. Pode-se tomar como exemplo o colaborador que, na iminência de fechar um acordo de colaboração premiada, utiliza-se dessa informação sigilosa para operar no mercado financeiro, incorrendo no crime de *insider trading*, ou seja, a utilização de informação relevante, ainda não divulgada ao mercado, tendo em vista obter vantagem na negociação de valores mobiliários.

Dessa forma, evidencia-se que os perigos de um delator de má-fé ultrapassam os limites da arena processual, tendo repercussões político econômicas. Não há como deixar de falar do famigerado *caso Joesley*, em que executivos da JBS firmaram um dos acordos mais benevolentes de colaboração premiada que se tem notícia, no qual o prêmio era o não oferecimento da denúncia, mesmo diante de uma multiplicidade de crimes. O conteúdo obtido por essa colaboração foi crucial para a denúncia contra o então presidente da república, Michel Temer, mas, por outro lado, fora utilizado para o cometimento de outros crimes pelos irmãos Batista, no qual se destacou o de *insider trading*, apontado acima. Segundo a apuração do Ministério Público Federal, os irmãos Batista teriam lucrado cerca de 238 milhões de reais em operações na bolsa de valores, nos dias que antecederam o vazamento do acordo de colaboração - 17 de maio de 2017, que ficou conhecido no mercado financeiro como *Joesley Day* (AFFONSO, Julia et al, 2017). Ficou claro que os

⁵² “Art. 5º - Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comporta-se de acordo com a boa-fé”

colaboradores utilizaram do conhecimento sobre o iminente vazamento do seu acordo de colaboração para manipular o mercado e auferir lucros com a confusão gerada pelas revelações noticiadas pela imprensa.

Há de se ter a devida cautela na redação das cláusulas dos acordos de colaboração, a fim de evitar situações como a apontada acima, resguardando o Poder Público de ser utilizado como instrumento para investidas criminosas.

Noutro sentido, também se deve ter atenção à falta de boa-fé do membro do Ministério Público, que pode ocultar, no todo ou em parte, o teor da acusação, circunstância que malfez simultaneamente o requisito da inteligência.

Quanto à colaboração unilateral, há de se ter muita cautela na análise desse requisito, pois a falta de proposta pelo Ministério Público pode ser motivada exatamente pela dúvida quanto a boa-fé do colaborador. De todo caso, isso deverá ser evidenciado pelo órgão ministerial, quando explicitar as razões para o não oferecimento de proposta de colaboração.

Por fim, o objeto do acordo deve ser lícito, possível e determinado ou determinável. A interpretação restritiva do acórdão levaria à conclusão de que não são permitidos benefícios diversos dos contidos no art. 4º da Lei 12.850, de 2013, quais sejam: perdão judicial; redução da pena em até 2/3 e substituição por restritiva de direitos.

Entretanto, a prática tem revelado um cenário distinto, com vários acordos de colaboração – notadamente os firmados no âmbito de Operação *Lava Jato* – trazendo a previsão de benefícios como regime diferenciado de execução das penas⁵³, liberação de bens provenientes de atividades ilícitas⁵⁴ e imunidade a familiares⁵⁵.

Por outro lado, a Lei 13.964, de 2019, trouxe algumas vedações explícitas ao que pode ser negociado. Segundo o art. 4º, §7º, II, da Lei 12.850, de 2013 não podem ser estipuladas cláusulas que violem o critério de definição do regime inicial de cumprimento de pena do art. 33, do Código Penal, as regras de cada um dos regimes previstos no Código Penal e na Lei de Execução Penal e os requisitos de progressão de regime não abrangidos pelo §5º do mesmo artigo.

O art. 33, §2º, do Código Penal, estabelece um critério objetivo para a definição do regime de cumprimento de penas privativas de liberdade, determinando que os condenados a mais de oito

⁵³ Cláusula 5ª, §1º, acordo na Pet. 6.138 STF

⁵⁴ Cláusula 7ª, §§ 3º, 4º, 5º, e 6º, acordo na Pet. 5.244 STF

⁵⁵ Cláusula 5ª, §4º, acordo na Pet. 6.138 STF

anos vão para o regime fechado, os condenados não reincidentes a penas entre oito e mais que quatro anos vão para o regime semiaberto e os condenados não reincidentes com penas menores ou iguais a quatro anos vão para o regime aberto. O §3º ainda complementa que essa definição será feita conjuntamente com a análise das circunstâncias judiciais do art. 59, do Código Penal.

Com isso, ficam vedadas as cláusulas que estabelecem, de pronto, qual regime deverá ser cumprida a pena do colaborador, o qual ficará sujeito ao regime imposto legalmente segundo as regras acima.

Já a segunda vedação, sobre as regras de cada um dos regimes de cumprimento de pena, vem justamente para impedir previsão de cláusulas sobre regimes de cumprimentos diferenciados não previstos em lei, tais como: regime semiaberto domiciliar ou regime aberto domiciliar.

Por fim, o artigo traz a vedação de cláusulas sobre a progressão de regime, exceto as previstas em colaboração posterior à sentença, na qual se poderá estipular a progressão de regime mesmo que ausentes os requisitos objetivos.

Tratando-se de colaboração premiada unilateral, o espaço para benefícios diversos dos estipulados na Lei 12.850, de 2013, é inexistente, pois, por não se trata de um acordo propriamente dito, mas de pedido de efetivação de um direito subjetivo ao juiz, não há espaço para a discricionariedade em relação aos benefícios possíveis. A própria Lei das Organizações Criminosas impede o magistrado de participar das negociações e seria incongruente que, por outro lado, permitisse a ele conferir benefícios extralegais, à revelia do Ministério Público.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A colaboração premiada passou a ser nos últimos anos um dos temas de maior destaque na doutrina processual penal. A Lei 12.850, de 2013, trouxe importantes novidades em torno do instituto, mas a verdadeira revolução na temática tem sido procedida pelos tribunais, no julgamento de casos paradigmáticos e na prática das megaoperações, notadamente na chamada Operação Lava Jato.

Isso se deve, em parte, pela falta de um regramento mais específico da matéria, a despeito das alterações promovidas pela Lei n. 13.964, de 2019, inexistindo critérios claros para examinar quando o Ministério Público ou a autoridade policial pode se recusar a negociar com a defesa, não

havendo nenhuma sinalização normativa sobre a colaboração unilateral. Ademais, o que torna a questão mais complexa é o fato de o nosso sistema jurídico ser o *civil law*, enquanto a colaboração premiada tem clara inspiração em instituto similar de países do *common law*, inserindo-se no contexto da justiça criminal negocial, cujos pressupostos causam estranheza aos acostumados com o processo penal tradicional, pois mais adequado ao sistema adversarial.

Partindo dessas premissas, tem-se que a colaboração premiada possui uma tripla natureza jurídica, a depender do foco de análise. Primeiramente, é um acordo *ultra partes*, ou um negócio jurídico processual, mas também pode ser vista como meio de obtenção de prova e, essencialmente, meio de defesa.

A compreensão de que a colaboração constitui um meio de defesa conduz à conclusão de que se cuida de (a) um direito subjetivo do imputado e que (b) a discricionariedade conferida ao Ministério Público não é ilimitada, de modo que sua recusa ilegítima deve ser suprida pelo magistrado, preferencialmente pelo mecanismo da colaboração premiada unilateral, por mais se adequar aos ditames do devido processo legal e da ampla defesa.

Neste sentido, à mingua de disciplinamento legal, é alvitado um procedimento para o reconhecimento, pelo juiz, do direito à colaboração unilateral, que principia com o requerimento feito pelo imputado, no qual deverá constar relato sumário das informações que pretender fornecer à justiça, os elementos mínimos de corroboração destas, a descrição de quais benefícios legais se pretende obter e eventuais medidas de proteção. O pedido deverá ser autuado em apartado e de forma sigilosa, na hipótese de existir requerimento de medidas de proteção.

Também se apontou a relação de precedência da colaboração premiada bilateral, impedindo a colaboração unilateral sem prévia tentativa de acordo com o Ministério Público. Ainda assim, este deverá ser notificado do pedido do imputado, para se manifestar e justificar por quais motivos não quis realizar o acordo.

Diante disso, o magistrado deverá decidir a partir da apreciação dos pressupostos de admissibilidade e dos requisitos de validade, levando em consideração as especificidades da colaboração premiada unilateral, e com a compreensão de que os pressupostos de admissibilidade da colaboração, gizados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não se apresentam como suficientes, devendo substituí-los pela abordagem da admissibilidade com base nos requisitos da emergência investigativa e dos elementos mínimos de corroboração externa e coerência interna.

Salienta-se que esses critérios para a análise do reconhecimento do direito à colaboração unilateral devem ser utilizados para guiar as decisões de homologação de colaborações bilaterais, uma vez que conferem parâmetros mais seguros de contenção do poder punitivo e estão conectados às finalidades do instituto.

REFERÊNCIAS

AFFONSO, Julia et al. **Joesley e Wesley tiveram ganhos de R\$ 238 mi com jogo de mercado, diz Procuradoria**. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/joesley-e-wesley-tiveram-ganhos-de-r-238-mi-com-jogo-de-mercado-diz-procuradoria/>. Acesso em: 30 abr. 2020.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 4ªed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 123.483/PR**. Relator: Min. Dias Toffoli, Data de julgamento: 27/08/2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 32 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. 2ªreimp. Coimbra: Almedina, 2001

COSTA, Thamy Medeiros da. **Colaboração premiada: a validade do acordo firmado com o agente preso preventivamente**. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso. (Graduação em Direito) – Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal.

COURA, Alexandre C.; BEDÊ JR., Américo. Atuação do juiz no acordo de colaboração premiada e a garantia de direitos fundamentais do acusado no processo penal brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 105, v. 969, jul. 2016.

DAVID, Décio Franco; INCOTT JR., Paulo R. Colaboração premiada: natureza jurídica e possibilidade de comunicação dos efeitos da colaboração para esferas extrapenais. *In*: GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da; MANDARINO, Renan Possela (Orgs.). **Colaboração premiada: Novas perspectivas para o sistema jurídico-penal**. Belo Horizonte: Editora D'Placido, 2018.

DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela. Colaboração premiada (Lei n. 12.850/2013): natureza jurídica e controle da validade por demanda autônoma – um diálogo com o Direito Processual Civil. **Civil Procedure Review**. v.7, n.2, mai./ago. 2016.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 20. Ed. Salvador. JusPodivm, 2018.

FERNANDES, Antônio Scarance. Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo no processo penal IN: FERNANDES, Antonio Scarance et al (Coords.), **Sigilo no processo penal. Eficiência e garantismo**. São Paulo: RT, 2008.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

LAUAND, Mariana de Souza Lima. **O valor probatório da colaboração processual**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 6. ed. rev., ampl., e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/13). **Revista Custos Legis**. v.4. 2013.

PEREIRA, Frederico Valdez. Compatibilização constitucional da colaboração premiada. **Revista CEJ**, Brasília, v. 17, n. 59, p. 84-99., jan./abr. 2013.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada** – Legitimidade e procedimento. 3. Ed. Curitiba: Juruá, 2016.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PORTO, José Roberto Sotero de Mello. Colaboração premiada: Um negócio jurídico processual? In: ESPÍNEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Orgs). **Delação Premiada**: Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello. Belo Horizonte: Editora D'Placido, 2016.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 4.ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. Colaboração unilateral premiada como consectário lógico das balizas constitucionais do devido processo legal brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, v. 3, n.1, jan./abr. 2017.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de direito processual penal**: teoria (constitucional) do processo penal. 2ªed. rev. amp. Natal: Owl, 2015.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; MELLO, Gabriela Starling Jorge Vieira de. A voluntariedade da colaboração premiada e sua relação com a prisão processual do colaborador. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 3, n. 1, jan./abr. 2017

TURNER, Jenia Iontcheva. **Plea Bargaining and International Criminal Justice**. 48 U. Pacific L. Rev. 219 (2017). Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2924610>. Acesso em: 19 mai. 2018. p. 168

VASCONCELLOS, Vinicus G. **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCrim, 2015.

VASCONCELLOS, Vinicius G. **Colaboração premiada no processo penal**. 1. Ed. São Paulo. RT, 2017.

UNILATERAL AWARDED COLLABORATION AS A SUBJECTIVE RIGHT

ABSTRACT

The purpose of this paper is to ascertain the legal nature of the awarded collaboration institute and which would be the consequences of considering it a subjective right of the accused. The majority position in the doctrine and jurisprudence has given to it a double nature. Thus, it is said that the institute presents itself both as a procedural legal business as a mean of obtaining evidence, which, in fact, was highlighted in article 3^o-A of the Law 12.850, of 2013, introduced by the Law 13.964, of 2019. However, the possibility arises of a triple nature of the awarded collaboration, since it is also the manifestation of the right of defense, specially of self-defense. In this way, the awarded collaboration constitutes a subjective right of the accused, so that, satisfied the requisites and assumptions for its application, it can't be denied by neither the Prosecution Office nor Police Officer, under penalty of unilateral awarded collaboration be granted by the Judiciary. This raises a new issue, the lack of normative rules on the assumptions of collaboration. It is proposed, therefore, a systematization of the elements there are needed to a positive judgment of admissibility of the collaborative instrument, especially when it comes to unilateral collaboration.

Keywords: Plea Bargaining. right to defense. Negotial Criminal Justice. Control of punitive power.

IMPEACHMENT, DIREITO E POLÍTICA: **LIÇÕES A PARTIR DO CASO ANDREW JOHNSON**

*Almir Megali Neto*⁵⁶

Recebido em: 10/10/2020

Aprovado em: 09/12/2020

RESUMO

O objetivo deste artigo é demonstrar que a exigência de tipificação das *impeachable offenses* está na raiz da distinção da forma de responsabilização política existente nos sistemas parlamentarista e presidencialista de governo, a partir da forma pela qual referidas ofensas foram compreendidas no caso Andrew Johnson. Em uma perspectiva comparada, e mediante pesquisa eminentemente bibliográfica, sustenta-se, aqui, que o *impeachment* é um instituto de natureza mista, combinando elementos políticos e jurídicos, segundo o modelo pioneiramente estabelecido pelo constitucionalismo estadunidense. Sendo assim, a tensão entre Direito e política, própria do instituto do *impeachment*, impede tentativas de destituição presidencial sem que haja demonstração da prática de alguma ofensa reprovada pela ordem constitucional, mormente no caso brasileiro em que a Constituição de 1988 exige que lei especial defina os crimes de responsabilidade e estabeleça suas regras de processo e julgamento, adota o princípio do *nullum crimen sine lege* e o Supremo Tribunal Federal, na linha da sua jurisprudência historicamente construída, compreende o instituto como possuindo, pelo menos em parte, natureza jurídico-penal.

Palavras-Chave: Andrew Johnson. Direito. *Impeachment*. Política.

1 INTRODUÇÃO

Em 2018 completaram-se cento e cinquenta anos do primeiro processo de *impeachment* intentado contra um presidente na história do constitucionalismo. Tratava-se da tentativa de destituição do cargo e da desqualificação para o exercício de qualquer função pública de Andrew Johnson, então presidente dos Estados Unidos da América. Nikolas Bowie, professor da Faculdade

⁵⁶ Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. E-mail: almir_megali@hotmail.com

de Direito da Universidade de Harvard, em resenha publicada pela *Harvard Law Review* sobre o livro “*To end a presidency: the power of impeachment*”, de Laurence Tribe e Joshua Matz, recupera este caso de um modo um tanto quanto peculiar.

Na resenha, a partir do caso Johnson, Bowie procura demonstrar que, na tradição do constitucionalismo estadunidense, não há que se falar em *impeachment* presidencial sem uma fundamentação jurídica suficiente para tanto. Isto é, que não é possível tratar o instituto desassociado do Direito. Para Bowie, as *impeachable offenses* no Direito estadunidense deveriam estar previamente tipificadas à deflagração de processos de *impeachment* por uma exigência do princípio do *rule of law*.

Essa leitura contrasta com a grande maioria dos estudos desenvolvidos nos Estados Unidos da América sobre o tema. Não obstante a divergência entre os principais autores que se dedicaram a estudar o instituto naquele país sobre uma série de aspectos, boa parte deles concorda com a afirmação de que a natureza política do instituto faria com que a tipificação das *impeachable offenses* não fosse necessária nem suficiente para a deflagração de processos tais como este.⁵⁷

Dentre os autores que afirmam ser desnecessária a tipificação das *impeachable offenses* naquela experiência constitucional encontram-se Laurence Tribe e Joshua Matz. Por isso, o título da resenha de Nikolas Bowie é um tanto quanto elucidativo da abordagem que será dada no texto pelo autor: “*High crimes without law*” não seriam possíveis em um sistema constitucional construído sob a premissa geral da limitação do poder político pelo Direito e do sistema de freios e contrapesos instituído pela separação dos poderes. Isso ficaria ainda mais claro quando se constata a vedação expressa a *ex post facto laws* e a *bill of attainder* pelo Artigo I, Seção 9, Cláusula 3, da Constituição estadunidense, bem como o princípio geral do *nullum crimen sine lege*.

A recuperação do caso Andrew Johnson pode contribuir para as reflexões realizadas no Brasil sobre os crimes de responsabilidade, principalmente tendo em vista a repercussão que a doutrina estadunidense do *impeachment* tem sobre a brasileira.⁵⁸ A questão se torna ainda mais intrincada quando se constata que a Constituição de 1988 consagra em seu artigo 5º, inciso XXXIX,

⁵⁷ Apenas a título de exemplo, sobre a inexigibilidade de tipificação das *impeachable offenses* e das regras de processo e julgamento nos Estados Unidos da América, Cf. BLACK, 1974, p. 25-36; BERGER, 1973, p. 73-93; GERHARDT, 2018, p. 59-62; GERHARDT, 2019, p. 105-113; SUNSTEIN, 2017, p. 46-63; TRIBE; MATZ, 2018, p. 25-68.

⁵⁸ O estudo mais influente sobre o tema no Brasil, de autoria de Paulo Brossard, recebe forte influência da tradição estadunidense do *impeachment*. Sobre isso, Cf. PINTO, 1992. Mais recentemente, também em uma perspectiva comparada, sob forte influência da obra brossardiana e da tradição estadunidense do *impeachment*, Cf. QUEIROZ, 2017, p. p. 220-245.

o princípio da legalidade em matéria penal, segundo o qual “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, no seu artigo 85, parágrafo único, dispõe que os crimes de responsabilidade “serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento” e o Supremo Tribunal Federal (STF), nas diversas oportunidades que se pronunciou sobre o tema, consagrou entendimento segundo o qual os crimes de responsabilidade teriam, pelo menos em parte, natureza penal, fazendo dos mesmos figuras híbridas: políticas e jurídico-penal.⁵⁹

Em uma perspectiva comparada, tem-se sustentado que, na América Latina, o processo de *impeachment* tem sido deflagrado como remédio para solver crises instauradas entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo. Assim, o *impeachment* estaria sendo manejado, em muitos casos, como instrumento hábil a encerrar mandatos presidenciais antes de seu termo final, sem que se façam presentes no caso os requisitos autorizadores para tanto e sem que sejam observadas as regras do devido processo legal.

Esse diagnóstico foi feito pelo cientista político argentino Aníbal Pérez-Liñán em seu estudo sobre as quedas presidenciais ocorridas na América Latina durante o período compreendido entre 1992 e 2004. De acordo com Pérez-Liñán (2007), a conjugação de quatro elementos teria sido decisiva para o desencadeamento de processos de *impeachment* na região durante este período, pouco importando o fundamento jurídico utilizado e os direitos do acusado, quais sejam: (i) crise econômica; (ii) escândalo de corrupção; (iii) manifestações populares; e (iv) falta de apoio do Executivo no Legislativo. Nesse sentido, o autor defende a tese de que o *impeachment* presidencial se tornou o novo padrão de instabilidade política na região.⁶⁰

O último processo de *impeachment* presidencial ocorrido no Brasil bem demonstra a relevância de uma discussão tal como esta. Antes, durante e após o processo de *impeachment* da presidenta Dilma Rousseff boa parte das discussões das e dos juristas do país recaiu sobre a eventual existência de uma infração por ela cometida que justificasse a deflagração do feito, conforme as prescrições do artigo 85, parágrafo único, da Constituição de 1988 e da Lei n.

⁵⁹ Para uma recuperação da atuação do STF no decorrer da sua história institucional em matéria de *impeachment*, Cf. MEGALI NETO, 2020.

⁶⁰ Além do estudo de Aníbal Pérez-Liñán, Cf. ÁLVAREZ; MARSTEINTREDET, 2010; BAUMGARTER; KADA, 2003; CHEIBUB, 2002, p. 284-312; HOCHSTETLER, 2007; PÉREZ-LIÑÁN, 2007. Em língua portuguesa, Cf. COELHO, 2013, p. 217-260; COELHO, 2016, p. 11-50.

1.079/50, a Lei do *Impeachment*.⁶¹ Além disso, houve também quem criticasse a inobservância das garantias processuais fundamentais não apenas da acusada, mas também das e dos parlamentares responsáveis pela condução do feito durante a tramitação da denúncia na Câmara dos Deputados e a tramitação do processo após a sua instauração pelo Senado Federal, tendo como parâmetro para tanto os pressupostos construídos pelo STF no decorrer da sua história institucional como justificativa para o controle jurisdicional do processo de *impeachment*.⁶²

Sendo assim, o objetivo deste artigo é demonstrar que a exigência de tipificação das *impeachable offenses* está na raiz da distinção da forma de responsabilização política existente nos sistemas parlamentarista e presidencialista de governo, a partir da forma pela qual referidas ofensas foram compreendidas no caso Andrew Johnson. Referido modelo expandiu-se mundo afora para as demais repúblicas presidencialistas que, não obstante guardarem peculiaridades em relação ao modelo do *impeachment* adotado pelo Direito Constitucional estadunidense, mantiveram essa exigência de delimitação prévia das ofensas passíveis de deflagrar um processo como esse. É o que ocorre, por exemplo, no Brasil, segundo dispõem o artigo 85, parágrafo único, da Constituição de 1988 e a Lei n. 1.079/50.

Para tanto, a defesa do presidente Andrew Johnson realizada perante o Senado estadunidense pelo *ex-justice* Benjamin Curtis, os votos dissidentes dos senadores do partido republicano neste caso, os debates da Convenção da Filadélfia e ao tempo da ratificação da Constituição estadunidense oferecem um ótimo caminho para se compreender o que àquele tempo se entendeu sobre o sentido das *impeachable offenses*. É exatamente disso que se tratará, respectivamente, na primeira e na segunda seção deste trabalho. A terceira seção será dedicada à compreensão das distinções construídas entre a forma de responsabilização política perante o parlamento nos sistemas presidencialista e parlamentarista de governo e da impossibilidade de se reduzir o *impeachment* a uma espécie de voto de desconfiança de fato. Ao final, a título de considerações finais, os argumentos utilizados neste artigo serão sintetizados.

⁶¹ Cf. BACHA E SILVA, Diogo; BAHIA, Alexandre Melo Franco; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Orgs.), 2017.

⁶² Para uma recuperação da atuação do STF no *impeachment* da presidenta Dilma Rousseff, Cf. MEGALI NETO, 2020, p. 147-339.

2 O CASO ANDREW JOHNSON E O DILEMA INSTAURADO EM TORNO DO SIGNIFICADO DAS *IMPEACHABLE OFFENSES*

Recuperando a defesa feita por Benjamin Curtis, ex-juiz da Suprema Corte estadunidense, no *impeachment* do ex-presidente Andrew Johnson, Bowie sustenta que Tribe e Matz, assim como, a doutrina constitucional majoritária estadunidense, “estão errados ao concluírem que condenar alguém pela prática de uma conduta que era lícita ao tempo que foi praticada – isto é, condenar alguém por crimes graves sem o Direito – é consistente com o texto constitucional ou com o espírito da Constituição” (BOWIE, 2018, p. 63).⁶³

Nikolas Bowie sustenta seu posicionamento seguindo as estratégias da defesa feita pelo *justice* Benjamin Curtis ao então presidente Andrew Johnson, cujo principal objetivo era demonstrar a licitude das ações praticadas por Johnson, como afirma Hans Louis Trefousse (1999, p. 154). Bowie separa o argumento utilizado pela defesa feita por Curtis em três categorias. Em primeiro lugar, naquilo que ficou denominado como argumento textual, as *impeachable offenses*, na visão de Curtis, seriam subcategorias de crimes. Referida conclusão foi extraída da leitura conjunta do Artigo II, Seção 2, Cláusula 1 e Artigo III, Seção 2, Cláusula 3, da Constituição, que, respectivamente, garantem a possibilidade de concessão do perdão presidencial pela prática de crimes, exceto nos casos de *impeachment*, bem como o julgamento de todos os crimes, à exceção do *impeachment*, perante o tribunal do júri (BOWIE, 2018, p. 66).

Isso não quer dizer que as *impeachable offenses* seriam crimes comuns. Elas até podem o ser, assim como também podem configurar uma ilicitude civil, casos nos quais a competência para processar e julgar essas ofensas recai sobre os órgãos jurisdicionais do país, conforme dispõe o Artigo I, Seção 3, Cláusula 7, da Constituição estadunidense. O ponto aqui é que essas ofensas deveriam ser interpretadas de maneira restritiva. Segundo Curtis, a própria Constituição permitiria uma conclusão como esta. Traição e suborno são ofensas cujo conteúdo era de conhecimento dos fundadores e que estariam definidas pelas leis do país. Os outros crimes graves e contravenções, por estarem incluídos na mesma cláusula da traição e do suborno, também deveriam ser assim interpretados, ou seja, de maneira restritiva. Aliás, a escolha por “*others high crimes and*

⁶³ Tradução livre de: “*they are wrong to conclude that it is consistent with the text or spirit of the Constitution to convict someone for conduct that was lawful when it was done — that is, to convict someone of ‘high Crimes’ without law*” (BOWIE, 2018, p. 63).

misdeemeanors” ao invés de “*maladministration*” se deu, ao tempo da Convenção da Filadélfia, justamente para restringir o escopo das *impeachable offenses*, como bem demonstra o debate instaurado entre George Mason e James Madison (FARRAND, 1911, p. 550).

Em segundo lugar, de acordo com o argumento estrutural, em razão das *impeachable offenses* serem subcategorias de crimes, o Senado assumiria características judicialiformes ao processar e julgar o presidente da República nos casos de *impeachment*. Isso seria reforçado pelo desenho institucional conferido ao instituto pela própria Constituição, assim como pela tradição britânica do *impeachment*, de modo que, quando o Senado estiver reunido para processar e julgar o presidente, ele estará atuando como órgão jurisdicional e não político (BOWIE, 2018, p. 67-68).

Como sustentado por Alexander Hamilton no artigo 65 de “O Federalista”, em processos de *impeachment*, o Senado assumiria características judicialiformes (HAMILTON, 2008, p. 321). Aliás, é bom que se diga que, ainda na Convenção da Filadélfia, quando a competência para julgamento de processos de *impeachment* foi transferida da Suprema Corte para o Senado, não houve nenhuma alteração da compreensão dos pais fundadores em relação ao caráter jurisdicional desta função. Sobre isso, Charles Black (1974, p. 10) é preciso:

Até um estágio muito avançado da Convenção Constitucional de 1787, todos os projetos de Constituição previam que o julgamento de processos de *impeachment* deveria ocorrer perante a Suprema Corte; quando a competência para o julgamento do processo foi transferida para o Senado, não houve nenhuma alteração da compreensão da natureza desta função ou, mais importante ainda, das suas propriedades.

Por fim, segundo o argumento denominado *ex post facto*, no sistema presidencialista de governo haveria uma diferença em relação ao *impeachment* no sistema parlamentarista de governo, em razão da impossibilidade de *bills of attainder* e de punição pela prática de determinadas condutas que, no momento de sua execução, não constituiriam ilícitos (*ex post facto law*), como determinado pelo Artigo I, Seção 9, Cláusula 3, da Constituição estadunidense. Assim, para Curtis, referida proibição demonstraria a consciência dos fundadores em relação à possibilidade do Congresso, no exercício de suas competências legislativas, jogar por terra todo o sistema de freios e contrapesos estabelecido pela própria Constituição.

Partindo da conformação constitucional conferida à traição e ao suborno, Curtis sustenta que, analogamente, seria proibido pela própria Constituição alguém ser punido pela prática de determinada conduta que ao tempo que praticada não configuraria uma ilicitude, bem como por

uma conduta que seria ilícita apenas em um determinado caso. Se para fins de *impeachment*, traição e suborno não poderiam se desvencilhar da conformação sistemática oferecida pelo próprio texto constitucional, não haveria razões para sustentar que as outras *impeachable offenses*, isto é, os outros crimes graves e contravenções, pudessem ser interpretados em um sentido que fosse vedado pela Constituição. Dessa forma, Curtis concluiu que seria um absurdo conceber que a Constituição, por um lado, proíbe expressamente *bills of attainder* e *ex post facto laws*, e, ao mesmo tempo, permite que as autoridades submetidas ao processo de *impeachment* pudessem ser julgadas e penalizadas em razão da prática de condutas que não seriam tipificadas quando praticadas (BOWIE, 2018, p. 69-71).

Nesse mesmo sentido, Charles Black afirma que as *impeachable offenses* deveriam ser interpretadas sempre tendo em vista essa proibição da Constituição, ou seja, as *impeachable offenses*, como adotadas pelos estadunidenses, “não devem ser interpretadas de modo que sua aplicação, em um dado processo de *impeachment*, seja equivalente a um *bill of attainder*, ou a uma *ex post facto law*, ou a ambos” (BLACK, 1974, p. 32).⁶⁴

Em síntese, Curtis defendia que as *impeachable offenses* deveriam estar especificadas em algum lugar, enquanto a doutrina majoritária do *impeachment* nos Estados Unidos da América não enxerga nenhum problema na ausência de definição prévia das mesmas. Então, pode-se dizer que Benjamin Curtis e os autores da doutrina majoritária concordam que o escopo das *impeachable offenses* seria proteger a Constituição de condutas possivelmente praticadas pelo presidente da República em desacordo com os termos estabelecidos pelos próprios dispositivos constitucionais. A discordância, por sua vez, reside na compreensão de Curtis no sentido de que a condenação de alguma autoridade pública ao final de um processo de *impeachment* devido à prática de uma conduta que não era considerada ilícita ao tempo que foi praticada também colocaria em risco o próprio sistema constitucional como um todo. É por isso que, para Nikolas Bowie (2018, p. 71), “esse descuido não pode continuar inquestionável. Se o Congresso não tem poder para definir crimes retroativamente, então ele não pode condenar alguém por *impeachment* pela prática de uma conduta que nunca foi tipificada”.⁶⁵

⁶⁴ Tradução livre de: “*that phrase must not be so interpreted as to make its operation in a given impeachment case equivalent to the operation of a bill of attainder, or of an ex post facto law, or of both*” (BLACK, 1974, p. 32).

⁶⁵ Tradução livre de: “*But for the reasons Curtis lays out, this oversight cannot go unquestioned. If Congress lacks the power to define crimes retroactively, then it can’t impeach and convict someone for a never-before-defined crime*” (BOWIE, 2018, p. 71-72).

Se a redação conferida ao Artigo II, Seção 4, da Constituição estadunidense, parece conferir ao Congresso discricionariedade para definir o que seriam crimes graves e contravenções, o mesmo não se passaria quando houvesse um processo de *impeachment* já em tramitação. Seja porque, como visto anteriormente, a Constituição proíbe expressamente *bills of attainder* e *ex post facto laws*, seja em razão da obediência aos princípios do *due process of law* e do *nullum crimen sine lege*. Com base nesses fundamentos, Benjamin Curtis aceitou o encargo de defender um adversário ideológico como o ex-presidente Andrew Johnson e conseguiu convencer sete senadores republicanos a inocentá-lo ao final do processo.⁶⁶

A doutrina majoritária contra-argumenta sustentando que as *impeachable offenses* não teriam caráter penal no sistema constitucional estadunidense, razão pela qual, de acordo com o entendimento já estabelecido pela Suprema Corte daquele país, as vedações ao *bill of attainder* e à *ex post facto law* não seriam aplicáveis aos casos cíveis (BOWIE, 2018, p. 72). É o que fazem, por exemplo, Laurence Tribe e Joshua Matz (2018, p. 43-53). Assim, para Tribe e Matz (2018, p. 44), nem todo crime eventualmente cometido por alguma autoridade civil seria passível de responsabilização pela via do *impeachment*. Por sua vez, a recíproca também seria verdadeira: nem todo *impeachment* precisaria comprovar a prática de algum crime.

Primeiramente, Tribe e Matz (2018, p. 45-46) apresentam razões da própria história constitucional estadunidense para demonstrar a fragilidade da posição defendida por Benjamin Curtis durante o *impeachment* do ex-presidente Andrew Johnson. Para referidos autores, não há evidências nos anais da Convenção da Filadélfia de que os fundadores pretendiam limitar as *impeachable offenses* a um rol de condutas tipificadas em um documento legal. Tanto é assim que o tratamento constitucional da matéria não contém uma previsão nesse sentido. Além disso, a história colonial revelaria que o uso do *impeachment* se deu muitas das vezes para além das fronteiras do direito penal.

Em seguida, do ponto de vista da estrutura constitucional, referido posicionamento não se sustentaria: a V Emenda proibiria qualquer pessoa de ser ameaçada em sua vida ou saúde pela

⁶⁶ Não custa lembrar aqui que a presidência de Andrew Johnson, um supremacista branco do estado do Tennessee, foi marcada por práticas relacionadas à sua condenável posição ideológica, e que Benjamin Curtis, ex-juiz da Suprema Corte estadunidense, ficou conhecido nacionalmente pelo seu voto dissidente no caso *Dred Scott v. Sandford*, decisão esta que o fez renunciar ao cargo por ele ocupado e se aventurar no exercício da advocacia privada. Cento e cinquenta anos depois, Nikolas Bowie (2018, p. 59) procura atualizar a divergência ideológica existente entre Andrew Johnson e Benjamin Curtis ao comparar as posições político-ideológicas de Donald Trump, atual presidente dos Estados Unidos da América, e ex-juíza da Suprema Corte norte-americana, Ruth Bader Ginsburg.

prática do mesmo crime. Como a condenação em caso de *impeachment* não impede a responsabilização da autoridade nas esferas cível e penal pela mesma conduta, Tribe e Matz afirmam que as *impeachable offenses* não teriam caráter penal. Ademais, a *pardon clause* (Artigo II, Seção 2, Cláusula 1, da Constituição), que exclui os casos de *impeachment* da prerrogativa conferida ao presidente de oferecer perdão aos autores de crimes também reforçaria o caráter único das *impeachable offenses* (TRIBE; MATZ, 2018, p. 47).

Em resposta ao argumento de que as *impeachable offenses* seriam crimes federais, Tribe e Matz apontam a insuficiência dessa perspectiva, valendo-se da própria história constitucional estadunidense: os fundadores não pretendiam expandir os poderes da união o que, por sua vez, justificaria a ausência de um amplo código penal federal. Para os autores, não faria sentido associar as *impeachable offenses* aos crimes federais e ao mesmo tempo conferir ao Congresso ampla competência para criar tais crimes, pois esta não teria sido a intenção dos fundadores.

Tribe e Matz recordam que a expressão “outros crimes graves e contravenções” foi inserida no Artigo II, Seção 4, da Constituição, para permitir que o *impeachment* não ficasse restrito apenas aos casos de traição e suborno. Seria preciso estender a possibilidade de *impeachment* a uma série de outras condutas igualmente danosas ao sistema constitucional como um todo. Assim, defendem que a tipificação das condutas que configurariam os mencionados “outros crimes graves e contravenções” iria de encontro a este entendimento dos convencionais da Filadélfia. Isso seria confirmado pelo fato de que, desde a fundação, nenhuma legislatura teria tentado aprovar uma lei tipificando as *impeachable offenses* (TRIBE; MATZ, 2018, p. 48-49).

Poder-se-ia sustentar que as *impeachable offenses* consistiriam em crimes estaduais. No entanto, Tribe e Matz respondem que este entendimento poderia colocar em risco a própria noção de federalismo, pedra de toque do sistema constitucional estadunidense. Além de conferir uma posição privilegiada aos estados em detrimento da união, poderia haver a possibilidade da conduta praticada pelo presidente ser considerada suficiente para o *impeachment* em um estado e não em outro o que, por sua vez, proporcionaria inegáveis inconvenientes. Além disso, apoiando-se nas lições do *justice* Joseph Story, sustentam os autores que seria impossível antever todas as hipóteses de condutas que poderiam colocar em risco o sistema constitucional estadunidense como um todo, a ponto de dizerem ser desnecessário e absurdo envidar esforços legislativos para tanto (TRIBE; MATZ, 2018, p. 49-50).

3 OS VOTOS DOS SENADORES REPUBLICANOS DISSIDENTES NO *IMPEACHMENT* DO PRESIDENTE ANDREW JOHNSON

Como demonstrado por Nikolas Bowie (2018), Benjamin Curtis, ex-juiz da Suprema Corte estadunidense, aceitou o encargo de defender Johnson, seu desafeto político, para evitar que um presidente pudesse ser condenado ao final de um processo de *impeachment* sem que as condutas denunciadas fossem consideradas ilícitas no momento em que praticadas. Ademais, foi com base nesta mesma tese que Curtis conseguiu a absolvição de seu cliente em um cenário político desfavorável: os republicanos detinham quarenta e duas das cinquenta e quatro cadeiras do Senado. Isto é, mais de dois terços dos membros daquela Casa legislativa. Tudo isso em um contexto no qual o país vivenciava, nas palavras de Lêda Boechat Rodrigues (1958, p. 69), uma “verdadeira ditadura do Congresso”.

Tendo revertido o voto de sete senadores republicanos, Curtis conseguiu, apenas por um voto de diferença, que sua tese fosse acatada pelo Senado, de modo que Johnson foi absolvido nas duas votações que se seguiram sobre os *articles of impeachment* aprovados pela Câmara dos Representantes. Os senadores republicanos dissidentes foram: William Fessenden, Joseph Fowler, James Grimes, John Henderson, Edmund Ross, Lyman Trumbull e Peter Van Winkle.⁶⁷

A manifestação desses senadores, quando da sessão de julgamento do presidente Johnson, deixa claro que a tese encampada por Benjamin Curtis foi por eles adotada: *high crimes and misdemeanors* não poderiam ser, àquele tempo, aquilo que os congressistas desejassem que eles fossem. Pelo contrário, as condutas pelas quais o presidente fora denunciado deveriam constituir ilícitos reconhecidos pelo sistema jurídico-normativo estadunidense no momento em que Andrew Johnson as cometeu.

Nesse sentido, Benjamin Curtis foi assertivo: “deve haver algum Direito; caso contrário, não há crime” (U.S., 1868, p. 134).⁶⁸ Considerando a ausência de tipificação das condutas praticadas por Johnson, bem como a proibição constitucional de que o Congresso aprovasse *bill of attainder* e *ex post facto laws*, Curtis concluiu que os senadores não estariam autorizados a criar

⁶⁷ Sobre o papel desempenhado por esses sete senadores, Cf. KENNEDY, 2006, p. 115-138.

⁶⁸ Tradução livre de: “*there must be some law; other wise there is no crime*” (U.S., 1868, p. 134).

suas próprias leis e aplicá-las a um processo de *impeachment* já em curso (U.S., 1868, p. 134). Além disso, deveria ser assegurada ao denunciado a possibilidade de exercício de suas garantias de defesa de forma plena no decorrer do processo.

Foi exatamente nesse sentido que, por exemplo, Willian Fessenden se manifestou. Para Fessesnden (U.S., 1868, p. 452), processar e condenar alguém, por mais culpado que o réu possa parecer ser, por uma conduta não considerada ilícita e sem que lhe seja franqueada a possibilidade de se defender com plenitude em face das acusações que lhe são formuladas, seria contrário a todos os princípios de justiça e de Direito. Já na parte final de seu voto, Fessenden (U.S., 1868, p. 457) enfrenta as duas correntes que se formaram durante o *impeachment* do presidente Johnson em relação à definição das *impeachable offenses* no sistema constitucional estadunidense.

O senador, então, reconhecendo a generalidade pela qual a Constituição regulamenta a matéria, rejeita expressamente a corrente que sustenta que os juízes constitucionais do caso, ou seja, que os senadores estadunidenses, teriam liberdade para definirem quais condutas se qualificariam como passíveis de justificar uma condenação ao final de um processo de *impeachment* a cada momento da história. Isso porque, em tempos de grande acirramento político-partidário, este poder facilmente poderia ser desvirtuado para atender a fins facciosos. Por essa razão, referido poder deveria ser exercido com extrema cautela, apenas e tão somente quando a conduta denunciada for considerada ilícita pelas leis do país no momento em que praticada. A influência da defesa feita por Benjamin Curtis ao presidente Andrew Johnson no voto do senador Willian Fessenden foi tamanha que o próprio Fessenden posteriormente escreveu: “o juiz Curtis nos deu o Direito e nós o seguimos” (*apud*, BOWIE, 2018, p. 61).⁶⁹

James Grimes (U.S., 1868, p. 423-424), coautor da XIV Emenda à Constituição, considerou que as acusações que pesavam contra o presidente Andrew Johnson evidenciavam mais divergências políticas entre o presidente e o Congresso do que qualquer ilicitude que pudesse ser aferível em suas condutas. Considerando que, para julgar Johnson pelas condutas que lhe foram imputadas, todos os senadores haviam prestado juramento de fazer justiça, de forma imparcial e de acordo com a Constituição e as leis do país, Grimes questionou quais seriam essas leis que deveriam guiar o julgamento de Johnson. Na ausência de um documento legal que tipificasse as *impeachable offenses*, seriam elas, as *impeachable offenses*, meramente aquilo que cada senador

⁶⁹ Tradução livre de: “*Judge Curtis gave us the law, and we followed it*” (*apud*, BOWIE, 2018, p. 61)

individualmente considerado acreditasse que elas fossem? Grimes rejeita esse posicionamento por considerar que o mesmo poderia levar a absurdas violações dos direitos dos cidadãos, assim como havia se passado na prática parlamentar britânica. Portanto, o afastamento do presidente sem a demonstração de que a conduta denunciada fosse considerada ilícita no momento em que praticada, para Grimes, faria com que o *impeachment* pudesse ser utilizado como arma política pelas facções existentes no país.

John Henderson (U.S., 1868, p. 516), coautor da XIII Emenda à Constituição, firmou seu voto na premissa segundo a qual ele não estava julgando o presidente pelas suas opiniões políticas, mas, apenas e tão somente, por aquilo que Johnson estava sendo acusado de ter cometido. Aliás, para Henderson, nenhum indivíduo poderia ser condenado em razão de meras divergências políticas, morais ou religiosas. Quando do julgamento do presidente pelo Senado, os senadores deveriam estar atentos ao fato de que as paixões políticas do momento poderiam levar a julgamentos equivocados e desarrazoados. Por isso, somente quando as competências presidenciais forem exercidas em violação às disposições legais que regulamentam o exercício da sua função é que o presidente poderia ser condenado pela prática das mesmas. Ao final, Henderson (U.S., 1868, p. 520) novamente explicitou a razão de ser de seu voto: ele estava ali, julgando o presidente pelas condutas que embasaram os *articles of impeachment* aprovados pela Câmara dos Representantes, de acordo com as leis do país, mesmo que, hipoteticamente, noventa por cento da população desejasse o fim do mandato de Johnson.

Lyman Trumbull (U.S., 1868, p. 417), coautor da XIII Emenda à Constituição, inicia seu voto dizendo que o Senado não estava ali reunido para julgar se o presidente Andrew Johnson seria a pessoa adequada para o exercício da presidência da República, se ele deveria ou não continuar a exercer suas funções, nem se ele havia ou não violado as leis e a Constituição do país por condutas diversas das quais embasavam os *articles of impeachment* aprovados em seu desfavor pela Câmara dos Representantes. Os senadores deveriam julgar as condutas praticadas por Johnson de acordo com princípios imparciais de justiça e de Direito, tendo como parâmetro as leis e a Constituição do país, sem qualquer motivação de ordem político-partidária. Por essa razão, afastar um presidente do seu cargo, por meio de um processo de *impeachment* que não foi capaz de demonstrar de maneira suficientemente adequada sua culpa, nem tampouco uma conduta que pudesse justificar sua condenação, representaria um grande perigo para o futuro do país. As excitações políticas do

momento não poderiam justificar a demonstração da prática de alguma *impeachable offense* (U.S., 1868, p. 420).

Edmund Ross, um jovem senador pelo estado do Kansas, proferiu os votos decisivos para a absolvição de Andrew Johnson nas duas votações que se seguiram sobre os *articles of impeachment* aprovados pela Câmara dos Representantes. Na sua leitura, a tentativa de usar o instituto do *impeachment* como justificativa para afastar o presidente sob bases jurídicas frágeis e por interesses partidários seria o mesmo que tornar a presidência refém do Congresso. Eram precisos trinta e seis votos para a condenação de Johnson e seis senadores republicanos já haviam se manifestado pela absolvição do presidente nas prévias realizadas pelo próprio partido republicano às vésperas do julgamento. Apenas Ross não se manifestou sobre a questão. Grande expectativa se formou, então, em torno do veredicto que seria proferido por Ross na sessão de julgamento (KENNEDY, 2006, p. 121-122).

Membros do próprio partido republicano ficaram indignados com a possibilidade de que alguém como Ross que se notabilizou em sua breve carreira como um grande opositor às políticas capitaneadas por Johnson poderia estar em dúvida diante deste julgamento. Desde que assumiu uma cadeira no Senado, Ross se alinhou à ala mais “radical” do partido republicano. Tanto é assim que, até o julgamento de Johnson, o jovem senador aderiu a todas as propostas apresentadas pela ala mais radical de seu partido. Seu posicionamento anti-Johnson era evidente, pois (KENNEDY, 2006, p. 122).

Porém, quando a Câmara dos Representantes aprovou a instauração do processo de *impeachment* em face do presidente, Ross comentou com o senador Sprague de Rhode Island que, apesar, de ser republicano e, portanto, contrário a Johnson, ele faria o possível para que seu adversário político tivesse um julgamento justo. A notícia logo se espalhou. Ross estava inseguro. A partir de então, segundo o próprio Edmund Ross, em todos os dias que se seguiram até o desfecho do julgamento, chegaram a ele diversos pedidos pela condenação de Johnson, pelos correios, por telegramas e até mesmo em conversas pessoais (KENNEDY, 2006, p. 122-123). O mesmo se passou com os demais senadores republicanos dissidentes.

Ross e seus colegas republicanos que haviam se manifestado pela absolvição de Johnson foram diariamente incomodados, espionados e submetidos a toda forma de pressão. Suas residências foram vigiadas, seus círculos sociais suspeitosamente examinados e todos os seus movimentos e companheiros secretamente anotados em cadernos especiais. Eles foram avisados pela imprensa do partido, ameaçados por seus eleitores e lhes foram

enviados alertas terríveis que os ameaçavam de ostracismo político e até de morte. (KENNEDY, 2006, p. 123)⁷⁰

Mesmo assim, Ross e os outros seis senadores republicanos votaram pela absolvição de Johnson. Nenhum deles conseguiu se reeleger para o Senado. Nenhum deles conseguiu apoio das lideranças do partido. Quando Ross retornou ao estado do Kansas, em 1871, em virtude do término do seu mandato, ele e sua família foram alvo de ataques da população local, excluídos do convívio social e viveram na pobreza. Em virtude disso, Ross e sua família se viram forçados a se mudarem para o estado do Novo México. Contudo, pouco antes de sua morte, a coragem de Ross foi reconhecida como ato responsável por salvar não apenas o presidente, mas, também, o país (KENNEDY, 2006, p. 130-132).

A compreensão da parcela da sociedade estadunidense que, em um primeiro momento, havia se posicionado contrariamente ao papel desempenhado por Edmund Ross durante o *impeachment* de Andrew Johnson, portanto, é um tanto quanto indicativa do que ali se entendia por *impeachment* presidencial e pelas *impeachable offenses*. De traidores a heróis nacionais, Ross e seus colegas republicanos dissidentes conseguiram convencer o grande público da necessidade de cumprimento dos requisitos constitucionais aptos a deflagrarem um processo de *impeachment*. As *impeachable offenses* não seriam aquilo que as majorias congressuais eventuais acreditassem que elas fossem em dado momento histórico. Divergências políticas entre o presidente e o Congresso não poderiam motivar o afastamento daquele de seu cargo por este.

Ao recuperar os casos de *impeachment* ocorridos na história constitucional estadunidense, Michael Gerhardt deixa claro que a “tendência observada em relação aos processos de *impeachment* a nível federal, evidencia que nem a Câmara dos Representantes nem o Senado Federal tiveram sucesso quando usaram seu poder de *impeachment* de forma extremamente abusiva” (GERHARDT, 2019, p. 57).⁷¹ Não que naquela experiência constitucional não tenha havido casos neste sentido. O próprio Michael Gerhardt (2019, p. 57) utiliza como exemplo os

⁷⁰ Tradução livre de: “Ross and his fellow doubtful Republicans were daily pestered, spied upon and subjected to every form of pressure. Their residences were carefully watched, their social circles suspiciously scrutinized, and their every move and companions secretly marked in special notebooks. They were warned in the party press, harangued by their constituents, and sent dire warnings threatening political ostracism and even assassination” (KENNEDY, 2006, p. 123).

⁷¹ Tradução livre de: “Another trend in the federal impeachment process is that House has rarely, if ever, and the Senate has never, successfully committed a serious or extreme abuse of its impeachment authority” (GERHARDT, 2019, p. 57).

casos de *impeachment* fortemente motivados pelo acirramento dos ânimos político-partidários no decorrer do século XIX.

Foi exatamente o que se passou no caso do ex-presidente Andrew Johnson em 1868. Contudo, a consideração dos argumentos de ordem constitucional feitos em defesa do acusado, bem como a repercussão da adoção de uma compreensão que permitisse o *impeachment* presidencial quando motivado tão somente pelo espírito faccioso da ocasião, fizeram com que as autoridades responsáveis pela condução do feito se abstivessem de atuar de tal forma. Referindo-se à absolvição de Johnson pelo Senado, Gerhardt é enfático ao dizer que sua defesa

Convenceu um número suficiente de senadores de que a ausência de provas claras da prática de uma *impeachable offense* ou de uma conduta incompatível com o exercício do cargo que se elevasse ao nível de uma *impeachable offense* deveria, como uma questão constitucional, impedir a condenação e a remoção de agentes políticos impopulares por processo de *impeachment* (GERHARDT, 2019, p. 57).⁷²

Nesse sentido, é preciso ter em vista que, no caso estadunidense, “a Constituição não diz que o Presidente pode ser deposto sempre que a metade da Câmara dos Representantes e dois terços do Senado queiram afastá-lo. A Constituição exige a observância de requisitos materiais e procedimentais estabelecidos” (AMAR, 1999, p. 300).⁷³ Os congressistas, portanto, não estão autorizados a se afastarem desse padrão.

4 O LUGAR DO DIREITO NO *IMPEACHMENT* NOS SISTEMAS PRESIDENCIALISTAS DE GOVERNO

A raiz da distinção entre o *impeachment* na tradição constitucional estadunidense e o *impeachment* da prática parlamentar britânica são notáveis. Michael Gerhardt (1999, p. 908-909) distingue o modelo estadunidense do *impeachment* do britânico em oito aspectos relevantes. Para o que aqui interessa, vale a pena destacar pelo menos três distinções, ou melhor dizendo, três

⁷² Tradução livre de: “*persuaded a sufficient number of their colleagues that the absence of clear proof of the commission of an impeachable offense or a misconduct rising to the level of an impeachable offense should, as a constitutional matter, preclude convicting and removing unpopular impeachable official*” (GERHARDT, 2019, p. 57).

⁷³ Tradução livre de: “*The Constitution does not say that a President may be ousted whenever half of the House and two-thirds of the Senate want him out. The supreme law of the land prescribes a substantive standard - high misconduct - as well as a procedural voting rule, and conscientious legislators cannot ignore this standard*” (AMAR, 1999, p. 300).

limitações impostas pela Constituição dos Estados Unidos da América em relação ao instituto do *impeachment*. São elas: i) limitação das autoridades passíveis de sofrerem *impeachment* ao presidente, vice-presidente e outras autoridades civis (Artigo II, Seção 4); ii) limitação das *impeachable offenses* aos casos de traição, suborno, ou outros crimes graves e contravenções (Artigo II, Seção 4); e iii) limitação das sanções aplicáveis em caso de condenação ao final de um processo de *impeachment* à perda do mandato e à impossibilidade de exercer qualquer função pública (Artigo I, Seção 3).

A distinção inaugurada entre o modelo britânico e o estadunidense do *impeachment* somente foi possível em virtude tanto da experiência adquirida durante o período colonial quanto do período pós-independência dos colonos e dos fundadores com a tradição do *impeachment* praticada além do Atlântico e da forma por eles encontrada para manejá-lo na América. Em outros termos, isso quer dizer que, “quando os fundadores se encontraram na Filadélfia, muitos deles tinham conhecimento da prática inglesa, mas eles também tinham uma história própria, que remontava ao século XVII”, de maneira que, “desse período até a fundação, a ideia de *impeachment* foi sendo cada vez mais adaptada a uma cultura diferente e reformulada como resultado do crescimento do pensamento republicano” (SUNSTEIN, 2017, p. 37-38).⁷⁴

Sendo assim, pode-se dizer que, “antes e depois da independência, os estadunidenses adotaram entendimentos concretos e bastante novos sobre o instituto do *impeachment*” (SUNSTEIN, 2017, p. 34).⁷⁵ Talvez, o mais importante desses entendimentos esteja relacionado à consciência de que “nenhum dos delegados das convenções constitucional e de ratificação acreditava que a Constituição permitiria a condenação e a remoção por motivos distintos de ‘outros crimes graves e contravenções’” (GERHARDT, 2018, p. 72). Portanto, “quando falaram em *impeachment*, aqueles que apoiaram a Constituição falaram de condutas específicas, o que faz sentido, já que seu objetivo era restringir o alcance das *impeachable offenses* em relação ao que elas foram na Inglaterra” (GERHARDT, 2018, p. 72).⁷⁶

⁷⁴ Tradução livre de: “When the framers met in Philadelphia, many of them knew about the English practice, but they had a long history of their own, going back to the early seventeenth century. From that period until the founding, the idea of impeachment was adapted to an increasingly different culture, and reformulated as a result of the rise of republican thinking” (SUNSTEIN, 2017, p. 37-38).

⁷⁵ Tradução livre de: “Before and after independence, Americans adopted concrete, and quite novel, understandings of what impeachment weapon was all about” (SUNSTEIN, 2017, p. 34).

⁷⁶ Tradução livre de: “none of the delegates at the constitutional and ratification conventions said that they expected the Constitution to allow for conviction and removal on grounds besides or beyond ‘other high crimes and

Por força do princípio republicano, na América, estava sendo criado um governo eletivo. Pretendendo-se se opor ao regime monárquico em relação ao qual os fundadores recentemente se emanciparam, acreditava-se que o *impeachment* seria um importante instrumento para que a legislatura pudesse conter eventuais abusos cometidos pelo chefe do Poder Executivo. Ao mesmo tempo, para conter eventuais investidas abusivas por parte do Congresso em relação ao presidente, seria preciso estabelecer critérios por meio dos quais o instituto do *impeachment* pudesse ser ativado, a fim de que se garantisse independência deste em relação àquele.

A principal preocupação, portanto, naquele tempo, era a de evitar o abuso de poder. Para dizer com Raoul Berger (1973, p. 98-99), “como os colonos, os pais fundadores foram assombrados pela ameaça à liberdade da ganância ilimitada pelo poder”.⁷⁷ Isto é, temia-se o exercício das funções públicas em desacordo ou em violação à confiança do povo estadunidense conferida tanto ao presidente quanto aos congressistas pelas urnas e impostas pela Constituição. Por essa razão, “na visão de alguns dos autores da Constituição estadunidense, a cláusula do *impeachment* foi concebida como uma das mais importantes para todo o sistema constitucional” (SUNSTEIN, 2017, p. 12).⁷⁸

Seria difícil supor que os pais fundadores, tão devotos do princípio da separação dos poderes e do sistema de freios e contrapesos dele decorrente, tivessem pretendido conferir, seja ao presidente, seja ao Congresso, a possibilidade de exercer suas competências de maneira arbitrária. Tal como afirma Raoul Berger (1973, p. 53), o “poder ilimitado é alheio a uma Constituição [como a estadunidense] que foi projetada para conter todas as formas de poder”.⁷⁹ Daí que a recuperação dos argumentos da defesa de Andrew Johnson perante o Senado estadunidense por Nikolas Bowie mostra-se relevante, inclusive para as reflexões realizadas em torno do instituto do *impeachment* no Brasil mais de cento e cinquenta anos depois desse caso emblemático.

Sem qualquer pretensão de oferecer uma resposta para o dilema instaurado na doutrina estadunidense do *impeachment* sobre eventual exigência de tipificação prévia das *impeachable*

misdemeanors’. When they spoke of impeachment, those who supported the Constitution spoke of particular kinds of misconduct, which makes sense since their objective was to narrow the scope of impeachable offenses from what it had been in England” (GERHARDT, 2018, p. 72).

⁷⁷ Tradução livre de: “Like the colonists, the Founders were haunted by the threat to liberty of illimitable greed for power” (BERGER, 1973, p. 98-99).

⁷⁸ Tradução livre de: “In the view of some of the authors of our founding document, the impeachment clause was among the most important part of the entire Constitution” (SUNSTEIN, 2017, p. 12).

⁷⁹ Tradução livre de: “For ilimitable power is alien to a Constitution that was designed to fence all power about” (BERGER, 1973, p. 54).

offenses, especialmente do que seria um crime grave ou uma contravenção para aquela tradição constitucional, o objetivo deste texto é resgatar a característica distintiva assumida pelo instituto quando da sua recepção pelos países que adotam o sistema de governo presidencialista, principalmente tendo em vista uma das três limitações citadas acima, qual seja, a das condutas aptas a deflagrarem um processo tal como este. É certo que a matriz estadunidense do *impeachment* serviu de inspiração para as demais repúblicas presidencialistas ao redor do globo, porém, mesmo com seu pioneirismo em relação à matéria, referida tradição mostra-se, na verdade, uma exceção na atualidade.

Como afirma Michael Gerhardt (2018, p. 140-141), à medida que o instituto do *impeachment* se difundiu, a fórmula consagrada pela Constituição estadunidense, apesar de inspiradora, não serviu de modelo para os diversos países que adotaram o instituto em suas constituições. Nos Estados Unidos da América, estão sujeitos ao *impeachment* o presidente, o vice-presidente da República e todos os funcionários civis pela prática de traição, suborno, outros crimes graves e contravenções, sujeitando-se às penas da perda do cargo e da inabilitação para o exercício de qualquer função pública. Referida fórmula, no entanto, apesar da influência do constitucionalismo estadunidense nas mais diversas experiências constitucionais ao redor do globo, permanece como uma exceção. Segundo Alexander Hudson (2020, p. 1), apenas este país adota crimes graves e contravenções como ofensas potencialmente aptas a deflagrarem um processo tal como este.

Nos Estados Unidos da América, portanto, não há especificação do que seriam “*other high crimes and misdemeanors*”, tampouco definição do procedimento a ser adotado pelo Congresso durante o processo de responsabilização política do presidente, por ausência de exigência expressa da Constituição daquele país nesse sentido. Ao contrário, no Brasil, desde a Constituição de 1824, todas as constituições exigiram a definição das infrações passíveis de configurar a hipótese de *impeachment*, bem como o estabelecimento das suas regras de processo e julgamento por lei especial.

Como afirma Pontes de Miranda (1967, p. 356), “a inserção das espécies de responsabilidade no texto constitucional é tradição brasileira, no tocante ao direito material da responsabilização, desde a Constituição de 1824”. Assim o fizeram a Constituição de 1824 em seu artigo 134; a Constituição de 1891 em seu artigo 54, parágrafos 1º e 2º; a Constituição de 1934 em seu artigo 57, *caput*; a Constituição de 1937 em seu artigo 85, *caput*; a Constituição de 1946 em

seu artigo 89, parágrafo único; a Constituição de 1967 em seu artigo 84 parágrafo único; a Emenda Constitucional n. 01/69 em seu artigo 82, parágrafo único; e a Constituição de 1988 em seu artigo 85, parágrafo único. Portanto, a conclusão a que se chega é que, no Direito brasileiro, “sem lei que defina os crimes, não há crime de responsabilidade” (PONTES DE MIRANDA, 1967, p. 374).

Aliado a isso, pelo menos desde 1916, quando do julgamento do habeas corpus n. 4.091, o STF compreende os crimes de responsabilidade como figuras híbridas, ou seja, como figuras mistas, isto é, em parte políticas e em parte jurídico-penal. Por outro lado, a partir do julgamento do habeas corpus n. 4.116 no ano de 1918, o STF entende ser competência legislativa privativa da união federal definir os crimes de responsabilidade e estabelecer suas regras de processo e julgamento, em virtude do caráter em parte jurídico-penal dessas infrações. Referido entendimento manteve-se na jurisprudência do Tribunal durante todo o período republicano, inclusive no pós-1988, seja nas controvérsias levadas à sua jurisdição no decorrer da década de 1990 (BRASIL, 1996), seja nas impugnações que lhe foram direcionadas no decorrer do caso Dilma Rousseff (MEGALI NETO, 2020).

Aliás, essa foi inclusive uma das premissas do voto ministro Luís Roberto Barroso que, ao final do julgamento da ADPF n. 378, sagrou-se majoritário: manter tanto quanto possível os entendimentos já produzidos pelo Tribunal em relação ao *impeachment* do presidente da República. Manutenção que, por sua vez, abrangeu até mesmo questões não centrais desses julgados, os chamados *obiter dicta*. Houve, portanto, um compromisso institucional firmado em torno dessa questão pelo STF. Como afirmado pelo próprio ministro Luís Roberto Barroso em seu voto, em se tratando de *impeachment* do presidente da República, o STF fez opção de seguir até mesmo os fundamentos não vinculantes expostos pelo próprio Tribunal sobre a matéria:

[...] o que está em xeque é mais do que a mera coerência da própria Corte com fundamentos não vinculantes que expôs no passado; ou mesmo a isonomia entre seus jurisdicionados. Discute-se a manutenção daquilo que se reconheceu em 1992 serem as regras processuais para *impeachment* do Presidente da República, com ampla aceitação institucional e social (Min. Luís Roberto Barroso, voto na ADPF n. 378, p. 165-166).

No entanto, apesar disso, há vozes em sentido contrário na doutrina brasileira do *impeachment*. Historicamente, e talvez a mais influente delas, seja a doutrina de Paulo Brossard, para quem “o *impeachment* tem feição política, não se origina senão de causas políticas, objetiva resultados políticos, é instaurado sob considerações de ordem política e julgado segundo critérios

políticos” (PINTO, 1992, p. 76). O mesmo autor também entende que, em virtude do caráter eminentemente político dos crimes de responsabilidade, não haveria fundamento que subsidiasse a compreensão de que seja da união federal a competência privativa para legislar sobre a matéria (PINTO, 1992, p. 120-121). Mais recentemente, a partir da obra *brossardiana* e da tradição estadunidense do *impeachment*, Rafael Mafei Rabelo Queiroz (2017, p. 220-245) sustenta o caráter eminentemente político dos crimes de responsabilidade bem como a incompetência da união federal para definir essas infrações e estabelecer suas regras de processo e julgamento, afirmando serem dispensáveis os requisitos interpretativos próprios da dogmática penal, tal como o da taxatividade, na matéria.

Um posicionamento tal como esse corre o risco de apagar justamente um dos elementos distintivos assumidos pelo instituto do *impeachment* a partir da sua recepção pelas constituições dos países que adotam o sistema de governo presidencialista de inspiração estadunidense, qual seja: a limitação das condutas aptas a deflagrar um processo de *impeachment*. A gravidade só aumenta quando se constata que, no Brasil, cabe à lei especial definir os crimes de responsabilidade. Portanto, ao ser indiferente à necessidade de configuração de uma ilicitude reprovada pela ordem jurídica pátria segundo os critérios interpretativos próprios da dogmática penal para que se possa deflagrar um processo de *impeachment*, essa proposta acaba entregando o mandato presidencial à vontade das maiorias parlamentares eventuais, confundindo-o com o voto de desconfiança próprio do sistema parlamentarista de governo.

Acaba-se permitindo, assim, um *impeachment* motivado pela prática de uma conduta que sozinha não configura crime de responsabilidade, desde que haja vontade política para tanto. Essa situação, é bom que se diga, é totalmente distinta da sua oposta, ou seja, quando apesar de demonstrada a prática de um crime de responsabilidade, tal como definido pela Lei n. 1.079/50, a conduta denunciada não ser grave o suficiente para motivar o afastamento do presidente, hipótese na qual seria possível absolver o presidente, optar pela não instauração do processo ou até mesmo pelo não recebimento da denúncia cidadã. No segundo caso, diferentemente do primeiro, a conduta denunciada está tipificada na lei de regência da matéria, mas os atores políticos responsáveis pela condução do processo optaram por não levá-lo adiante em virtude ou da ausência de gravidade da conduta ou mesmo de interesse político em prosseguir com o feito.

Por isso, o caso Andrew Johnson é ilustrativo do lugar ocupado pelo Direito nos processos políticos de responsabilização do chefe do Poder Executivo nos sistemas presidencialistas de

governo. Até mesmo nos Estados Unidos da América, onde não há exigência de definição das *impeachable offenses*, entendeu-se não ser possível condenar um presidente sem que as condutas com base nas quais ele fora denunciado configurassem ilícitos reprovados pela ordem jurídico-constitucional daquele país no momento em que praticadas. Não custa lembrar que tal entendimento prevaleceu no contexto pós-guerra de secessão, perante um Senado com maioria republicana e em um período no qual, como aqui já dito, o país vivenciava “uma verdadeira ditadura do Congresso” (RODRIGUES, 1958, p. 69).

Isso bem demonstra que, “ausentes essas condições e exigências, o *impeachment* é desvirtuado em golpe de Estado para a deposição de um Presidente da República eleito pelo voto popular” (BAHIA; BACHA E SILVA; CATTONI DE OLIVEIRA, 2017, p. 31-32), mormente no caso brasileiro em que a Constituição de 1988 consagra o princípio da legalidade em matéria penal (artigo 5º, inciso XXXIX), bem como determina que lei especial definirá os crimes de responsabilidade e estabelecerá as respectivas normas de processo e julgamento (artigo 85, parágrafo único) e a jurisprudência do STF é no sentido de que os crimes de responsabilidade possuem, pelo menos em parte, natureza penal.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da recuperação da defesa feita por Benjamin Curtis no processo de *impeachment* do presidente Andrew Johnson, acredita-se ter sido possível vislumbrar qual deve ser o papel ocupado pelo Direito no decorrer de processos políticos de responsabilização no seio dos sistemas presidencialistas de governo. Esse papel, como visto, está na raiz da distinção do que foi o instituto do *impeachment* durante a prática parlamentar britânica e o que ele veio a ser na tradição do constitucionalismo inaugurada pela Constituição estadunidense que irradiou-se mundo afora.

Inspirado pelo pensamento republicano, o modelo de *impeachment* pioneiramente inaugurado pela Constituição estadunidense aposta na limitação do poder político pelo Direito, a fim de instituir um sistema de freios e contrapesos donde somente o poder limita o poder com intuito de torná-lo limitado, moderado e racional para institucionalização de uma república na qual seja possível a vivência das liberdades. Essa limitação impõe-se tanto ao presidente que deve observar os limites jurídico-constitucionais estabelecidos ao exercício das suas funções político-

administrativas, bem como ao Congresso que somente poder encerrar o mandato presidencial antes do seu termo final nas hipóteses permitidas pela Constituição.

Isso, contudo, não se equipara a uma suposta pretensão de anulação dos ânimos político-partidários dos atores responsáveis pela condução de processos de *impeachment*. Um esforço nesse sentido não passaria de uma vã tentativa de aniquilar um elemento que é próprio ao exercício das funções típicas e atípicas de qualquer órgão legislativo. Tratando-se de uma hipótese de aplicação do Direito a um caso concreto exige-se, tão somente, que o critério decisório a ser utilizado para tanto seja jurídico, sob pena de desvirtuamento do instituto em voto de desconfiança e de violação aos direitos fundamentais do acusado. Faltando o elemento jurídico, isto é, diante da ausência de uma conduta previamente definida como apta a justificar a deflagração de um processo tal como este, não há sequer que se cogitar de *impeachment* presidencial, a não ser que a normatividade constitucional seja dispensável. Dessa maneira, em processos de *impeachment*, os elementos políticos e jurisdicionais estão em uma permanente tensão, de modo que aqueles não podem se sobrepor a estes, sob pena de desvirtuamento do instituto, como bem demonstram os recentes estudos da Ciência Política Comparada sobre o novo padrão de instabilidade política na América Latina.

REFERÊNCIAS

ÁLVAREZ, Michael E., and MARSTEINTREDET, Leiv. 2010. Presidential and Democratic Breakdowns in Latin America: Similar Causes, Different Outcomes. In. **Presidential Breakdowns in Latin America. Causes and Outcomes of Executive Instability in Developing Democracies**, M. Llanos; L. Marsteintredet (eds.). New York: Palgrave Macmillan, 33-52.

AMAR, Akhil Reed. On impeaching presidents. In. **Hofstra Law Review**, v. 28, n. 2, 1999, p. 291-341.

BAHIA, Alexandre Melo Franco; BACHA E SILVA, Diogo; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Os contornos do *impeachment* no Estado Democrático de Direito: historicidade e natureza da responsabilização jurídico-política no presidencialismo brasileiro. In.

BAHIA, Alexandre Melo Franco; BACHA E SILVA, Diogo; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Orgs.). **O *impeachment* e o Supremo Tribunal Federal: história e teoria constitucional brasileira**. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 16-32.

BAUMGARTER, Jody C.; KADA, Naoko (eds.) **Checking Executive Power: Presidential Impeachment in Comparative Perspective**. Westport, CT: Praeger Publishers, 2003.

BERGER, Raoul. **Impeachment: the constitutional problems**. Cambridge: Harvard University, 1973.

BLACK, Charles. **Impeachment: a handbook**. New Haven: Yale University Press, 1974.

BOWIE, Nikolas. High crimes without law. In. **Harvard Law Review**, v. 132, n. 3, dez. 2018, p. 59-77.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 378**. Rel. Min. Edson Fachin. Redator p/ acórdão Min. Roberto Barroso. Julgamento em: 17/12/2015. DJe: 08/03/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Impeachment: Jurisprudência**. Brasília: Imprensa Nacional, 1996.

CHEIBUB, José Antonio. **Minority Governments, Deadlock Situations, and the Survival of Presidential Democracies**. In. *Comparative Political Studies*, v. 35, n. 3, 2002, p. 284-312.

COELHO, André Luiz. O papel da sociedade e das instituições na definição das crises políticas e quedas de presidentes na América Latina. In. **Monções: Revista de Relações Internacionais da UFGD**, vol. 02, 2013, p. 1-29.

COELHO, André Luiz. Um Novo Modelo de Destituição de Mandatários ou a Releitura de Velhas Práticas? Reflexões sobre a instabilidade presidencial contemporânea na América Latina. In. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 113, jul./dez. 2016, p. 11-50.

FARRAND, Max. **The Records of the Federal Convention of 1787**. v. II. New Haven: Yale University Press, 1911.

GERHARDT, Michael. Putting the Law of Impeachment in Perspective. In. **Saint Louis University Law Review**, v. 43, n. 905, 1999, p. 905-930.

GERHARDT, Michael J. **Impeachment: what everyone needs to know**. Oxford: Oxford University Press, 2018.

GERHARDT, Michael J. **The federal impeachment process**. 3. ed. Chicago: Chicago University Press, 2019.

HAMILTON, Alexander. The Federalist, 65. In. HAMILTON, Alexander; MADISON, James Madison; JAY, John. **The Federalist Papers**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 320-325.

HOCHSTETLER, Kathryn. Repensando o presidencialismo: contestações e quedas de presidentes na América do Sul. In. **Lua Nova**, São Paulo, n. 72, p. 9-46, 2007.

HUDSON, Alexander. High Crimes and Misdemeanors: The Surprising Rarity of the US Impeachment Standard. In. **International Journal of Constitutional Law Blog**, 2020. Disponível em: <http://www.iconnectblog.com/2020/01/high-crimes-and-misdemeanors-the-surprising-rarity-of-the-us-impeachment-standard/>. Acesso em: 29 out. 2020.

KENNEDY, John F. **Profiles in courage**. New York: Harper Perennial Modern Classics, 2006.

MEGALI NETO, Almir. **Controle jurisdicional do processo de *impeachment*: o *impeachment* da presidenta Dilma Rousseff perante o Supremo Tribunal Federal**. Dissertação de Mestrado, 2020. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 2020.

PÉREZ-LIÑÁM, Aníbal. **Presidential impeachment and new political instability in Latin America**. Cambridge: Cambridge University, 2007.

PINTO, Paulo Brossard de Souza. **O impeachment: aspectos da responsabilidade política do presidente da república**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967**. Tomo III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. A natureza jurídica dos crimes de responsabilidade presidencial no direito Brasileiro: Lições a partir do *impeachment* de Dilma Rousseff. In. **Revista Eletrônica de Direito Público**, v. 4, n. 2, 2017, p. 220-245.

RODRIGUES. Leda Boechat. **A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958.

SUNSTEIN, Cass. **Impeachment: a citizens guide**. Harvard University Press, 2017.

TREFOUSSE, Hans Louis. **Impeachment of a president: Andrew Johnson, the Blacks and the Reconstruction**. New York: Fordham University Press, 1999.

TRIBE, Laurence; MATZ, Joshua. **To end a presidency: the power of impeachment**. New York: Basic Books, 2018.

U.S. CONGRESSIONAL GLOBE. **A Century of Lawmaking for a New Nation: U.S. Congressional Documents and Debates, 1774–1875. Trial of Andrew Johnson, 1868**. Disponível em: [https://memory.loc.gov/cgi-bin/query/r?ammem/hlaw:@field\(DOCID+@lit\(cg0844\)\)](https://memory.loc.gov/cgi-bin/query/r?ammem/hlaw:@field(DOCID+@lit(cg0844))). Acesso em: 01 set. 2020.

IMPEACHMENT, LAW AND POLITICS: LESSONS FROM THE ANDREW JOHNSON CASE

ABSTRACT

The aim of this work is to demonstrate that the requirement to specify the impeachable offenses is at the root of the distinction between the form of political accountability that exists in the parliamentary and presidential systems of government, based on the way in which these offenses were understood in the Andrew Johnson case. In a comparative perspective, and through eminently bibliographic research, it is sustained here that impeachment is an institute of a mixed nature, combining political and legal elements, according to the model pioneered by American constitutionalism. Thus, the tension between law and politics, inherent to the impeachment, prevents attempts of presidential remove without demonstrating the practice of any offense disapproved by the constitutional order, especially in the Brazilian case in which the 1988 Constitution requires a special law to define the impeachable offenses and establish its rules of procedure and judgment, adopts the principle of *nullum crimen sine lege* and the Supreme Court, in line with its historically constructed jurisprudence, understands the institute as having, at least in part, a juridical-criminal nature.

Keywords: Andrew Johnson. Law. Impeachment. Politics.

LIMITES CONSTITUCIONAIS DA MEDIDA PROVISÓRIA E O EXCEPCIONAL CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO

*Luiz Felipe Ferreira dos Santos*⁸⁰

*Emílio César Miranda*⁸¹

Recebido em: 26/10/2020

Aprovado em: 25/02/2021

RESUMO

O presente estudo aborda o instituto da medida provisória no Estado Democrático de Direito, comprometido com a realização e efetivação de direitos fundamentais de ordem prestacionais, respeitando-se a tripartição dos poderes. A dinamicidade das interações sociais atuais demanda instrumentos práticos e céleres a serem disponibilizados aos administradores, adstritos ao princípio da legalidade. Nesse cenário insere-se a medida provisória. Ocorre que a ausência de limites é o caminho para o abuso no exercício dos direitos. Assim, o presente estudo tem por objetivo analisar os limites material e formal das medidas provisórias previstos no Texto Constitucional e a possibilidade de controle exercido pelo Poder Judiciário em caso de utilização abusiva. Para tanto, pautou-se em pesquisa bibliográfica pertinente ao tema, análise detida do texto legal que aborda a matéria, bem como demais instrumentos autorizados para esclarecimento das questões. Notou-se que a medida provisória, por não depender do devido processo legislativo constitucional para produção de efeitos, foi utilizada de maneira abusiva em flagrante violação aos limites constitucionais impostos. Concluiu-se, portanto, que o abuso do poder de legislar excepcional exercido pelo Presidente da República é passível de controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário quando a medida provisória violar conteúdo Constitucional ou carecer de relevância e urgência.

1 INTRODUÇÃO

⁸⁰ Mestre em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela Instituição Toledo de Ensino - ITE/Bauru. Pós Graduado em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Pós Graduado em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Faculdade Prof. Damásio de Jesus. Advogado.

⁸¹ Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET. Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. Advogado.

As relações jurídicas ganham relevos de complexidades jamais experimentados. A dinâmica das interações sociais, somadas aos compromissos realizados pelo Constituinte e à velocidade com que os cidadãos obtêm informações, torna a atividade administrativa tarefa assaz complexa.

Com a Constituição Federal de 1988, não basta ao Poder Público respeitar os cidadãos observando os direitos de cunho negativos, pois há compromissos assumidos pelo constituinte de modo a se exigir do Poder Público prestações de cunho positivo. Existem obrigações para com a dignidade da pessoa humana, educação, saúde, lazer, erradicação da pobreza, bem-estar social, entre outros.

Ao passo em que se assumiu compromissos, tem-se que o administrador público compete obedecer precipuamente a Constituição Federal e as demais normas insertas no ordenamento jurídico vigente, especialmente em decorrência do princípio da legalidade tipificada no artigo 37 da Constituição Federal.

Pode-se sustentar que o administrador deve atuar de forma a concretizar os mandamentos constitucionais, nos estritos termos das leis. Entretanto, o legislador não é completo, mas suficientemente bom. Em meio às complexidades e dinamicidades descritas acima, o administrador público, em especial o Chefe do Poder Executivo Central, precisa atuar de modo célere e com obediência estrita à legalidade.

Vislumbrando a necessidade de providências relevantes e urgentes a serem tomadas pelo Presidente da República, bem como pela morosidade característica do trâmite legislativo bicameral, instituiu-se a denominada medida provisória.

O presente estudo visa analisar os limites constitucionais impostos à edição da medida provisória pelo Chefe do Poder Executivo, em especial, a relevância e urgência, bem como o possível e necessário controle de constitucionalidade a ser exercido pelo Poder Judiciário, em seu aspecto formal, quando da utilização da medida permeada de vícios, excessos ou abusos.

Para tanto, o trabalho será pautado em pesquisa bibliográfica da mais prestigiada doutrina pertinente ao tema, bem como o texto de lei que conceda amparo e fundamento para a exposição das ideias centrais. Ainda, estará presente dados e informações a respeito de situações vivenciadas pelo país em que foi necessário a adoção de medidas céleres para conter prejuízos e reestabelecer

a ordem econômica e social e, demais instrumentos autorizados, que poderão ser encontrados por meio da rede mundial de computadores.

2 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A SEPARAÇÃO DOS PODERES

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, preceitua expressamente que a República Federativa do Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito. O valor axiológico do elemento democrático não pode ser ignorado⁸².

Ao instituir no Brasil um verdadeiro Estado Democrático de Direito o constituinte consagrou valores fundamentais a serem seguidos e observados em larga escala, comprometendo-se com a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, a livre iniciativa, a prevalência dos direitos humanos, a autodeterminação dos povos, a vida, a segurança, a saúde, educação, entre outros.

Nesse caminho o constituinte originário preceituou serem poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. André Ramos Tavares (2018, p. 949) ensina:

É quase que automática a conexão da teoria da separação dos poderes ao nome de Charles de Montesquieu, mais precisamente ao Capítulo VI do Livro XI de seu *Do Espírito das Leis*, de 1748, o oráculo sempre consultado e citado a esse respeito [...]. A vinculação do constitucionalismo à separação tripartite de poderes encontrou sua formulação clássica na Declaração Francesa dos Direitos do Homem, de 1789 [...]. Desde então, o princípio da separação dos poderes passou a ser adotado pelo Estado Constitucional. Transformou-se esse princípio no cerne da estrutura organizatória do Estado, verdade axiomática e irrefutável.

⁸² Sobre Estado Democrático de Direito e Estado de Direito: NERY JÚNIOR, Nelson. *A polêmica sobre a relativização (desconsideração) da coisa julgada e o Estado Democrático de Direito*. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (coord). *Relativização da coisa julgada*. Enfoque crítico. 2ª. ed. 2, tri. Salvador: Jus Podivm, 2008. P. 287-288. Nesse estudo o autor faz uma abordagem interessante em que sustenta existir Estado de Direito em todo Estado regulado por leis. Assim, os Estados Nazista e Fascista poderiam ser enquadrados como Estado de Direito. No caso do Brasil, e com fundamento nessa doutrina, a Ditadura Militar esteve sob a égide do Estado de Direito. Por outro lado, o Estado Democrático de Direito jamais poderia tolerar os abusos do Estado Totalitário ou Autoritário, notadamente pela carga axiológica do elemento democrático. Também sobre Estado Democrático de Direito, Estado Liberal de Direito e Estado Social de Direito: STRECK, Lenio Luiz e MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Estado Democrático de Direito*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes [et. al.]. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 114. Nesse estudo os autores fazem uma leitura no sentido de que o Estado Democrático de Direito é uma evolução aos anteriores.

A necessidade imperiosa da separação de poderes decorre da lição de Montesquieu no sentido de se ter “uma experiência eterna que todo homem que possui poder é levado a dele abusar” (MONTESQUIEU, 1996, p. 166). Por conseguinte, há no Brasil funções executiva, legislativa e judiciária que, consoante a Norma Fundamental, são independentes e harmônicas entre si.

No exercício de suas funções, Marçal Justen Filho (2016) ensina que:

Cada Poder exerce preponderantemente uma função, mas também desempenha acessoriamente funções de outras naturezas. Assim, a doutrina costuma referir-se à função típica, como aquela função para a qual a entidade foi especificamente constituída, e a funções atípicas, como sendo as funções adicionais exercitadas pelo Poder.

Na dinamicidade das atribuições, cada Poder exerce suas atividades típicas e, invariavelmente, acabam por desempenhar atividades atípicas. Didaticamente o Poder Executivo tem por função primordial administrar a coisa pública, gerenciar o Estado. Ocorre que, na prática de seu mister também produz atos de natureza legislativa e de julgamento.

No mesmo passo o Poder Judiciário tem por função precípua o exercício da jurisdição e funções atípicas atividades de ordem administrativa e normativa. O Poder Legislativo tem por função natural a elaboração de normas, mas ao praticar seu mister principal também atua de modo a administrar e julgar.

Ao preceituar que os poderes são independentes e harmônicos entre si o constituinte objetivou, dentre outros, limitar o exercício indiscriminado das atividades atípicas de cada poder.

3 BREVES CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS SOBRE AS MEDIDAS PROVISÓRIAS

A Constituição Federal de 1988 redemocratizou o Brasil, país que vinha de uma ditadura militar em que o Poder Executivo, com fundamento, dentre outros, no famigerado Decreto-lei e sobrepuja-se ao Poder Legislativo. Walter Claudius Rothenburg (1993, p. 313-319) ensina que:

O decreto-lei do sistema anterior havia deixado más lembranças, e as medidas provisórias nasciam assim de um paradoxo: sem desconhecer que o Executivo precisa de um instrumental hábil no campo legislativo, cumpria não lhe fornecer outro mecanismo tão "perigoso" quanto, mas se acabou por criar uma espécie aparentemente ainda mais "forte" que a antiga. Sim, era preciso encontrar limitações.

Importa rememorar que o cotidiano da administração pública é envolto a complexidades e dinamicidades, de modo que o administrador público, em especial o Chefe do Poder Executivo Central, precisa atuar de modo célere e sempre com obediência estrita à legalidade, nos termos do artigo 37 da Constituição Federal. Eros Roberto Grau (2011, p. 457-460) ensina que:

O primeiro aspecto a mencionar está referido à circunstância de que, no tempo em que vivemos, em uma sociedade como a brasileira, marcada pela pobreza, pela marginalização e pelas desigualdades sociais e regionais de que fala o texto constitucional (art. 3.º, III), impõe-se desempenhe o Estado um ativo papel como agente da produção de normas jurídicas, conformador da vida social e implementador de políticas públicas.

A onda de neoliberalismo que assola o hemisfério norte, cujos efeitos deletérios em breve espaço de tempo começarão a ser notados, não encontra, entre nós, pilares de sustentação que a justifiquem como socialmente adequada. O capitalismo brasileiro, moderno em pontos isolados do território nacional, incipiente noutros e primitivo em imensas áreas territoriais, onde nem sequer a "nossa revolução francesa" foi realizada, reclama o exercício, pelo Estado, da função de acumulação de capital. Sem essa ação, dele, nem ao menos chegaremos a ser um País efetivamente capitalista.

Pois no tempo em que vivemos reclama-se, do Estado, não apenas capacitação para ordenar situações estruturais, porém também situações conjunturais. Daí a necessidade de produção de normas jurídicas com extrema rapidez, o que por um lado é assegurado pelas regras inscritas no § 1.º do art. 64 - o Presidente da República poderá solicitar urgência para apreciação de projetos de sua iniciativa - e no § 2.º, II, do art. 58 - cabe às comissões, em razão de sua competência, discutir e votar projeto de lei que dispensar, na forma do regimento, a competência do Plenário, salvo se houver recurso de 1/10 dos membros da Casa - do texto constitucional.

O mesmo resultado, porém, de modo mais incisivo, é encaminhado pela regra inscrita no acima transcrito art. 62.

Perceba-se que o ex-ministro do Supremo Tribunal Federal passa por diversos pontos importantes e dignos de nota. Mais uma vez merece destaque o Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição Federal de 1988, em que valores fundamentais devem ser efetivados, dentre eles a diminuição das desigualdades regionais do Brasil, que se concretiza mediante um papel ativo do Estado.

Convém consignar que o Brasil é uma federação com dimensão continental e que possui desigualdades regionais preponderantes, conforme descrito por André de Souza Dantas Elali (2007, p. 71-72):

Um os maiores problemas do Estado brasileiro é a nítida desigualdade entre as diferentes classes sociais e entre as regiões do país. O que se observa no Brasil é a existência de ápices simultâneos de riqueza e de pobreza. Da mesma forma, algumas regiões, como a sudeste, concentram a maior parte da riqueza nacional, enquanto outras, como as regiões do norte e nordeste, caracterizam-se por numerosas dificuldades [...].

Dessa forma, interessa a organização e equalização socioeconômica do país, que reclamam aplicação de políticas públicas sérias e comprometidas com a efetivação dos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal.

Objetivando dar suporte e solucionar as questões acima aludidas, a medida provisória foi o instrumento colocado à disposição do Chefe do Poder Executivo Central. Há situações em que não se pode esperar o desenrolar legislativo, especialmente moroso no Brasil.

No cenário histórico, vale consignar que

O Constituinte de 1988, ao disciplinar o instituto das medidas provisórias, buscou inspiração no modelo italiano, que prevê a possibilidade de o Governo adotar, sob sua responsabilidade no sistema parlamentarista, *provvedimenti provvisori com forza de lege*. (CHIESA, 2002, p. 29)

O fundamento que o constituinte teve, ao prever o instituto das medidas provisórias, advém de um país cujo sistema de governo é parlamentarista, em que o Chefe do Executivo depende especialmente do Parlamento, pois, conforme ensinamentos de Miguel Reale (2011, p. 225-238):

No regime parlamentar verifica-se, inegavelmente, maior garantia de legitimidade (por legitimidade aqui se entendendo a fidelidade do poder ao que a lei preceitua) visto como, sendo o Governo uma emanção do parlamento, pode este mantê-lo sob sua direta vigilância, atenuando, quando não eliminando, as tendências personalistas que com frequência assinalam o presidencialismo, sempre exposto a converter-se em “caudilhismo” ou em liderança carismática. Não resta dúvida, porém, que no parlamentarismo, se o governo pode perder em eficácia, no plano da ação, excede em legitimidade, no plano jurídico das responsabilidades, a começar pelos processos de controle exercidos sobre a ação dos Gabinetes, cujos membros podem decair, a qualquer tempo, da confiança de seus pares, desvestindo-se de suas prerrogativas executórias. E, para que não se verifique a subordinação do poder governamental à autoridade discricionária do parlamento, prevê-se a possibilidade de ser este dissolvido, transferindo-se para o eleitorado a decisão definitiva sobre as razões determinantes do conflito entre o Legislativo e o Executivo.

No parlamentarismo, em vista da maior dependência do Executivo ao Parlamento, as tendências personalistas do Chefe do Executivo são mitigadas, pois o Parlamento pode destituí-lo sem a necessidade do tormentoso procedimento do impeachment. Abusos e erros possuem grau de tolerância substancialmente menores do que no presidencialismo.

Vale dizer que o Executivo não está totalmente à mercê do Legislativo, na medida em que o primeiro pode dissolver o parlamento, transferindo para os cidadãos, isto é, os eleitores, a decisão definitiva sobre o conflito institucional. Há freios e contrapesos. Existem limites.

Fato é que um instituto do regime parlamentarista foi aderido pelo constituinte no Brasil, que também consagrou o regime presidencialista. Nesse passo, o Presidente da República possui a possibilidade de editar medidas provisórias, com força de lei.

4 MEDIDAS PROVISÓRIAS

A Constituição Federal, em seu artigo 62, redação originária, preceituava:

Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias.

Parágrafo único. As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes. (BRASIL, 2020, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988)

Extraí-se do Texto Constitucional ser lícito ao presidente da república, no caso de relevância e urgência, adotar medidas provisórias que possuirão força de lei e terão vigência de trinta dias a partir da publicação. Pelo que se analisou acima, a medida provisória consubstancia-se no exercício atípico do Poder Executivo.

Por tratar-se de mera edição, proveniente de ato monocrático do Presidente da República, prescindível do devido processo legislativo constitucional para produção de efeitos, a doutrina desaprova a localização topográfica da medida provisória no Texto Constitucional.

Ressalta-se, por oportuno, que o rito legislativo previsto no art. 62, §§ 5º e seguintes da Constituição Federal, que trata da conversão da medida provisória em lei, é medida posterior à sua produção de efeitos.

De acordo com o magistério de José Afonso da Silva (2005, p. 529):

A elaboração de leis delegadas e de medidas provisórias não comporta atos de iniciativa, nem de votação, nem de sanção, nem veto, nem promulgação. Trata-se de mera edição que se realiza pela publicação autenticada. Por isso não é cabível falar-se em processo legislativo a respeito delas, mas de simples procedimento elaborativo.

No mesmo sentido é a doutrina de Uadi Lammêgo Bulos (2014, p. 1206), que define a medida provisória como um procedimento elaborativo especial, de cunho *sui generis*, motivo pelo

qual não deveria figurar-se entre as espécies normativas do art. 59 da Constituição Federal, em que se prevê um processo legislativo clássico para sua formação.

Não obstante a divergência, outros elementos já expressos no texto originário também são dignos de apontamentos específicos. Por tratar-se de conduta atípica do Presidente da República, cujo papel principal se destina a administrar o país, a edição da medida provisória, com força de lei, deve (ou deveria) ser precedida dos requisitos preceituados na Constituição Federal, isto é, relevância e urgência.

Ainda, por ser provisória, a medida deve ser encaminhada para o Poder Legislativo para ser confirmada e convertida em lei ou rejeitada.

No sistema de separação de Poderes, o Legislativo tem a incumbência de editar as leis e, por conseguinte, decidir sobre a manutenção da medida provisória ou sua revogação.

O pensamento e a intenção do constituinte foram nesse exato sentido. Faz-se algo relevante e urgente, que não pode esperar o tramite legislativo ordinário ou em regime de urgência, a ser confirmado ou rejeitado pelo Poder competente, ou seja, o Poder Legislativo.

Ocorre que a prática mostrou que a reflexão de Montesquieu (1996, p. 166), no sentido de que o homem com poderes tender a abusar deles, quando não encontra limites, fez-se presente. Sérgio Sérulo da Cunha (2018) traz números sobre a utilização das medidas provisórias:

No período compreendido entre 1.10.92 e 31.12.94, ao todo 822 dias corridos (governo Itamar Franco), foram editadas 506 mp (média de 0,61 por dia, incluídos fins de semana e feriados); essas mp, das quais 147 (29 %) eram originais e 359 (71%) reedições [...]. No período compreendido entre 1.1.95 e 31.12.98, ao todo 1.460 dias corridos (governo Fernando Henrique Cardoso) foram editadas 2.608 mp (média de 1,78 por dia, incluindo fins de semana e feriados); essas mp, das quais 157 (5,2 %) eram originais e 2.451 (94,8%) reedições.

Leon Frejda Szklarowsky (2003) contabilizou todas as medias provisórias editadas antes da emenda constitucional n. 32/2001, nos governos de José Sarney, Fernando Collor, Itamar Franco e Fernando Henrique Cardoso, de modo a ter-se 619 medidas provisórias originárias, 5.491 reeditadas, 473 aprovadas e convertidas em lei, 28 revogadas, 34 sem eficácia e 22 rejeitadas.

A propósito, é necessário tratar do tema reedição das medidas provisórias. A Constituição Federal, ao dispor sobre a edição das medidas provisórias, não trazia limitações com relação a reedições. A redação originária preceituava somente com relação à relevância e urgência, bem como o prazo de validade de trinta dias.

Em vista desses preceitos, a criativa prática brasileira passou a adotar sucessivas reedições de medidas provisórias. Explica-se. O Chefe do Poder Executivo editava uma medida provisória que, apesar de enviada ao Poder Legislativo, não tinha seu trâmite, ou seja, não era aprovada nem rejeitada. Nessa situação, com o prazo de validade da medida provisória se esvaindo, o Presidente da República reeditava o ato, sucessivas vezes.

Interessante notar que ordinariamente se imputa ao Presidente da República a responsabilidade pelo abuso na utilização da medida provisória. Não obstante sua efetiva culpa, o Poder Legislativo não pode ficar ileso a críticas, pois omite-se no papel de confirmar ou rejeitar a medida.

Nesse ínterim, o cenário da edição de medidas provisórias em inobservância aos preceitos constitucionais é resultado da inoperância conjunta dos três Poderes. Assenta José Afonso da Silva (2005, p. 532) que:

Os pressupostos da relevância e da urgência já existiam [antes da Emenda Constitucional nº. 32, de 2001], sempre apreciados subjetivamente pelo Presidente da República; nunca foram rigorosamente respeitados. Por isso, foram editadas medidas provisórias sobre assuntos irrelevantes ou sem urgência. Jamais o Congresso Nacional e o Poder Judiciário se dispuseram a apreciá-los para julgar inconstitucionais MPs que a eles não atendessem, sob o falso fundamento de que isso era assunto de estrita competência do Presidente da República.

Assim pode-se compreender o retrato descrito acima no sentido de que a grande maioria das medidas provisórias se tratavam de reedições, o que tornava o Poder Executivo um verdadeiro legislador. Outro ponto crítico relacionado ao instrumento residia nas matérias que poderiam ou não ser objeto do instrumento.

O uso e abuso das medidas provisórias deu ensejo à reforma da Constituição Federal, via Emenda Constitucional 32 de 11 de setembro de 2001. Após a atuação do constituinte derivado, a medida provisória passou a ter de obedecer aos seguintes preceitos:

Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

§ 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

I - relativa a: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

b) direito penal, processual penal e processual civil; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

II - que vise a detenção ou sequestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

III - reservada a lei complementar; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

IV - já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

§ 2º Medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V, e 154, II, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

§ 3º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001).

Verifica-se que a Constituição Federal disciplinou, expressamente, as matérias que não podem ser objeto de medidas provisórias. Ainda, ampliou o prazo de validade e limitou sua reedição a uma única vez.

Com os novos comandos constitucionais pode o Presidente da República editar medidas provisórias, com força de lei, nos casos de relevância e urgência, a qual terá validade de sessenta dias, prorrogáveis uma única vez e por igual período.

Por conseguinte, o exercício atípico do Presidente da República terá validade pelo prazo máximo de cento e vinte dias, passados os quais a medida perderá sua eficácia.

Assim, no prazo de cento e vinte dias o Congresso Nacional deve aprovar o texto, com ou sem alteração, ou rejeitá-lo. Caso o Poder Legislativo silencie haverá a perda da eficácia da medida. Convém mencionar que as medidas provisórias, na hipótese de não votadas em quarenta e cinco dias, entram em regime de urgência e trancam a pauta de votação das casas legislativas.

Outra alteração constitucional relevante foi referente às limitações expressas com relação à edição das medidas provisórias, o que deveria ser desnecessário dada a natureza do instituto, todavia, a prática faz necessária a positivação de questões que deveriam ser naturais.

Explica-se. Sendo a medida provisória instituto que pode ou não ser definitivo, ou seja, pode ser ou não convertido em lei, situações permanentes não podem – poderiam – ser objeto de medidas provisórias, pois não haverá possibilidade de reversão da providência no caso de rejeição da medida. Gilmar Ferreira Mendes (2018, p. 995) ensina:

A Constituição cuida das medidas provisórias, enfatizando a sua índole normativa emergencial, como se percebe no *caput* do art. 62. De outro lado, se ela não for aprovada no prazo constitucional, pelo Legislativo, perde a sua eficácia desde a edição (art. 62, §3º). Ostenta, portanto, caráter provisório e resolúvel.

Por serem provisórias e pendentes de aprovação, situações definitivas não podem ser objeto de medidas provisórias.

Além de proibir as reedições ilimitadas, o constituinte impossibilitou a edição de medidas provisórias quando essas tiverem por objeto relativa à nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral, direito penal, processual penal e processual civil, organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros, planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares.

Ficou vedada a edição de medida provisória que objetive a detenção ou sequestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro, o que se fez em decorrência de trauma vivenciado no Brasil, na Era Collor. As matérias reservadas a lei complementar também não podem ser objeto de medida provisória, bem como as já disciplinadas em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República.

Convém destacar que o constituinte reformador preceituou uma regra de transição, nos seguintes termos: “As medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional”. A opção realizada, no dispositivo transcrito, é tema que extrapola os limites do presente estudo, ficando para uma próxima reflexão.

Objetiva-se aqui investigar se as limitações impostas pelo constituinte reformador serviram para barrar os abusos do Presidente da República ou se foram inócuas. Ainda, importa verificar a quem compete o controle no caso de abusos, isto é, ilegalidades.

4.1 Limitação possível e necessária

Pelo que se narrou acima, a utilização do instituto da medida provisória estava desenfreada, de modo que o Presidente da República usava e abusava do instituto à margem do desinteresse, omissão ou outro motivo velado do Poder Legislativo, o constitucionalmente competente para editar as leis.

Impende observar que o primeiro limite à utilização das medidas provisórias deve ser extraído do *caput* do artigo 62, da Constituição Federal, quando se impõe a relevância e a urgência como requisitos para edição das medidas provisórias.

Ocorre que o Constituinte não expressou, nem deveria, quais situações se enquadram nas características da relevância e urgência, isto é, não há conceito jurídico-positivo do que é relevância e urgência. A análise é de ser feita pelo intérprete, que em um primeiro momento deve ser o próprio Executivo, na figura do Presidente da República.

A questão a ser respondida é relacionada ao conceito de relevante. Gisela Maria Bester Benitez (2002, p. 210) expõe e defende que:

Na doutrina brasileira há duas correntes no que diz respeito à extensão e à compreensão do conceito de ‘relevância’ em se tratando da disciplina constitucional das medias provisórias. Há aqueles autores que defendem a impossibilidade de se estabelecer um conceito objetivo para a relevância, por tratar-se de questão de cunho político, ficando entregue apenas à discricionariedade do Presidente da República em seu primeiro momento e à ponderação do Congresso Nacional num segundo momento.

[...]

Em outra banda estão autores que tentam delimitar o conceito ‘relevância’ para o caso específico das medias provisórias, atrelando-o sempre a ‘uma necessidade social e pública inelutável’. [...] a relevância há de ser tamanha que a não adoção da medida provisória possa resultar em grave comprometimento da ordem Pública.

Extrai-se dos ensinamentos acima serem dois os posicionamentos relacionados à relevância, um no sentido de a aferição da sua existência ser discricionário ao Chefe do Poder Executivo e o segundo no sentido de a verificação obedecer a critérios de necessidade social e públicas invencíveis, verificáveis de plano, sendo imperiosa a utilização da medida provisória sob pena de grave risco da ordem pública.

Com efeito não se pode deixar a análise do instituto de tal magnitude à mercê do posicionamento do Chefe do Poder Executivo, o que poderá levar, invariavelmente, a excessos e ilegalidades. Já se defendeu a necessidade de limites ao exercício do poder, notadamente em razão de que a sua inexistência leva a arbitrariedades.

Em outro viés a dinamicidade da administração pública é manifesta, ao ponto de não ser lícito e prudente engessar o Presidente da República a critérios taxativos no trato da relevância. Paradoxalmente, há que se ter uma discricionariedade vinculada.

Crerios são necessários e a leitura e aplicação responsável do instituto deve ser atrelada inexoravelmente à análise do sistema jurídico que, na teoria de Niklas Luhmann (2016), é

operativamente fechado, mas cognitivamente aberto de modo a sofrer irritações dos outros sistemas.

Assim, o ordenamento jurídico, o sistema jurídico, deve fornecer respostas às indagações atinentes aos valores relevância. A resposta sobre o que é ou não relevante deve ser retirada do ordenamento jurídico que não pode ignorar o contexto social.

As irritações naturais do sistema político não podem sobrepujar o sistema jurídico, cujo norte fundamental é a Constituição Federal. O sistema jurídico deve se fechar operativamente e atuar em conformidade com a Constituição.

A discricionariedade deve ser vinculada ao ordenamento jurídico, de modo que o Presidente da República deve, se a matéria é relevante e urgente a ponto de se sobrepor, mesmo que temporariamente, ao Poder Legislativo.

No que se refere à urgência, Gisela Maria Bester Benitez (2002, p. 214) defende que:

A urgência exigida como pressuposto 'não é a urgência comum. Tanto isto é certo que, pela redação inicial do art. 62 da CF/88, estando o Congresso em recesso quando da publicação e imediata submissão de qualquer medida provisória a ele, seria convocado para reunir-se em cinco dias.

[...]

Seria urgente a providência governamental que não pudesse esperar pelo procedimento do art. 64, §1º. 2º e 3º da Constituição Federal de 1988.

O Brasil vivenciou exemplo claro de relevância e urgência capaz de legitimar a edição de medidas provisórias. Notório foi o caos ocasionado pela greve dos caminhoneiros que parou o Brasil. A economia sofreu e sofre até o momento reflexos da crise.

Postos de combustíveis foram desabastecidos, aeroportos tiveram cancelamentos de voos em razão do desabastecimento, supermercados ficaram sem produtos, centros de distribuição de alimentos em igual situação⁸³. A anormalidade ensejou a atuação imediata do Chefe do Poder Executivo, inclusive reunindo-se em comitê para debater as medidas a serem tomadas para contenção da crise⁸⁴.

⁸³ UOL ECONOMIA. *Acompanhe a greve de caminhoneiros e seus reflexos*. Portal. *Online*. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/ao-vivo/2018/05/24/greve-dos-caminhoneiros.htm>. Acesso em: 07 ago. 18.

⁸⁴ RIBEIRO, Marcelo. *Comitê anticrise do Planalto volta a se reunir para tratar da greve*. Valor Econômico. Portal. *Online*. Disponível em: <https://www.valor.com.br/politica/5557283/comite-anticrise-do-planalto-volta-se-reunir-para-tratar-da-greve>. Acesso em: 07 ago. 18.

Em meio ao caos ocasionado pela referida paralização, bem como pela necessidade de atendimento das reivindicações ser por meio de atos normativos, o Presidente da República viu-se obrigado a editar a Medida Provisória número 831, que reserva 30% do frete contratado pela Companhia Nacional de Abastecimento para cooperativas de transporte autônomo, associações de autônomos e sindicatos, a Medida Provisória número 832, que institui a política nacional de preços mínimos do transporte rodoviários de cargas e a Medida Provisória número 833, que dispensa os caminhoneiros do pagamento de pedágios dos eixos suspensos.

Após a edição das medidas provisórias as estradas foram desobstruídas gradualmente e o desabastecimento geral foi sendo regularizado.

Ainda em situação atual, extrema e excepcional, visualizou-se a pandemia ocasionada pelo novo coronavírus, doença que recebeu o nome oficial de Covid-19 (FIOCRUZ, 2020) e que assolou o país e o mundo. De acordo com a Organização Pan-Americana da Saúde (2020), até início de outubro de 2020, contabilizaram-se no mundo 1.016.986 mortes em decorrência do Covid-19.

No Brasil, os efeitos da doença sanitária transcenderam o colapso da saúde pública, atingindo o cenário socioeconômico, em especial, micro e pequenos empresários e, de maneira mais grave, pessoas hipossuficientes.

O estado de calamidade pública, reconhecido pelo Decreto Legislativo nº. 6, de 2020, impôs a dispensa do Executivo em cumprir com as metas fiscais, com o objetivo de custear ações de combate à pandemia, notadamente nas áreas da saúde e economia. Foi necessário, para tanto, a edição de Medidas Provisórias pelo Presidente da República para estancar os prejuízos advindos da crise sanitária.

Dentre as principais medidas, adotou-se a abertura de crédito extraordinário no valor de R\$ 98.200.000.000,00 (noventa e oito bilhões e duzentos milhões de reais), por meio da Medida Provisória de número 937, para atender ao pagamento do “Auxílio Emergencial de Proteção Social a Pessoas em Situação de Vulnerabilidade, Devido à Pandemia da COVID-19”, instituído pela Lei nº. 13.982, de 2 de abril de 2020,

Frisa-se que a abertura de crédito extraordinário para cumprir, exclusivamente, com o pagamento do auxílio emergencial, foi adotada reiteradas vezes, dentre outras, nas Medidas Provisórias de números 956, 988 e 999. O pagamento do auxílio emergencial foi instituído, principalmente, para resguardar a sobrevivência e tentativa de manutenção da vida digna da parcela populacional mais vulnerável.

Observou-se que o isolamento social paralisou as atividades econômicas dos trabalhadores autônomos, resultando, em não raras ocasiões, numa situação de miserabilidade. Com a impossibilidade de cumprimento dos gastos essenciais, foi necessário, portanto, a atuação incisiva e urgente do Chefe do Poder Executivo Federal, na busca pela garantia do mínimo existencial àqueles considerados hipossuficientes.

Para o combate da pandemia no âmbito da saúde, procedeu-se à abertura de crédito extraordinário, dentre outras, por meio das Medidas Provisórias de números 940, 953 e 970. As despesas executadas foram necessárias para:

A oferta de testes diagnósticos; produção de medicamentos; estruturação e operacionalização de centrais analíticas para diagnóstico da doença; construção e operação de centro hospitalar de atenção e apoio às pesquisas clínicas para pacientes graves; aquisição de equipamentos para leitos de cuidado intensivo (monitores multiparamétricos e ventiladores pulmonares); custeio de serviços de atenção especializada, em especial leitos de terapia intensiva e de unidades de urgência e emergência; ampliação do número de profissionais da saúde em atuação no Sistema Único de Saúde; contratação de serviço de teleatendimento pré-clínico remoto em caráter excepcional; entre outras despesas. (BRASIL, 2020)

A potencialização do atendimento e aparelhagem no Sistema Único de Saúde, a maior produção de medicamentos e os investimentos em pesquisas e diagnósticos era medida a se adotar, em virtude da precária infraestrutura dos setores ante a demanda de um país de extensão continental.

Não obstante, com o objetivo de preservar as relações de trabalho, editou-se a Medida Provisória número 936 que institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispõe sobre medidas trabalhistas complementares para enfrentamento da pandemia, e; a Medida Provisória número 944, que institui o Programa Emergencial de Suporte a Empregos, destinado à realização de operações de crédito com empresários, sociedades empresárias e sociedades cooperativas, excetuadas as sociedades de crédito, com a finalidade de pagamento de folha salarial de seus empregados.

As medidas adotadas foram imprescindíveis para a manutenção da ordem econômica e social, na tentativa de conter o número de mortes pela Covid-19, bem como garantir o mínimo existencial e a vida digna daqueles mais vulneráveis que sofreram, de maneira pujante, os efeitos socioeconômicos desencadeados pela pandemia.

Todos os procedimentos elaborativos, que são editados em regime de exceção, tiveram o mesmo ponto em comum: urgência e relevância. Ou seja, situação social grave que necessite de iminente resposta do Poder Executivo, sob pena de grave prejuízo potencialmente irreparável.

Fato é que nessa conjuntura inimaginável seria aguardar o tramite legislativo ordinário, mesmo que se proposto em regime de urgência. A medida provisória era e foi o instrumento jurídico apto a conter a crise. Existia situação de relevância e urgência que justificava a utilização do instituto.

Ocorre que, dentre as medidas provisórias editadas, nem todas inserem-se nos requisitos da provisoriedade, relevância e urgência. Nesse particular, é necessário investigar as formas de controle do abuso de poder por parte do Presidente da República. Com relação ao controle na utilização das medidas provisórias, Celso Antônio Bandeira de Mello (1998, p. 11-15) ensina:

Qualquer pessoa entende que se o art. 62 da Constituição diz que o Presidente pode expedir medida provisória em casos de relevância e urgência, está a significar que não pode expedi-la inexistindo tais pressupostos. Logo, a validade de medida provisória depende da ocorrência deles. Estão mencionados na regra em questão. Ora, tudo o que consta de uma regra jurídica faz parte dela, integra-lhe a normatividade - ninguém o negaria.

Extrai-se da lição acima que a validade da medida provisória depende, necessariamente, da observância de seus pressupostos, isto é, da verificação da relevância e urgência. Em complemento a lição, Alexandre de Moraes (2011) aduz:

A medida provisória enquanto espécie normativa definitiva e acabada, apesar de seu caráter de temporariedade, estará sujeita ao controle de constitucionalidade, como todas as demais leis e atos normativos.

O controle jurisdicional de medidas provisórias é possível, tanto em relação à disciplina dada à matéria tratada por ela, quanto em relação aos próprios limites materiais e aos requisitos de relevância e urgência.

Os requisitos de relevância e urgência, em regra, somente deverão ser analisados, primeiramente, pelo próprio Presidente da República, no momento da edição da medida provisória, e, posteriormente, pelo Congresso Nacional, que poderá deixar de convertê-la em lei, por ausência dos pressupostos constitucionais.

Excepcionalmente, porém, quando presente desvio de finalidade ou abuso de poder de legislar, por flagrante inobservância da urgência e relevância, poderá o Poder Judiciário adentrar a esfera discricionária do Presidente da República, garantindo-se a supremacia constitucional.

Verifica-se, por conseguinte, que a edição da medida provisória passa por um tríplice controle. O primeiro é do próprio Presidente da República que, atuando com a responsabilidade

que o cargo lhe impõe, deve (ou deveria) avaliar a real existência de necessidade e urgência que legitimem a edição da medida provisória.

Na hipótese de o Chefe do Poder Executivo descuidar-se da sua incumbência, compete ao Poder Legislativo a análise dos requisitos que ensejaram a edição da medida provisória, pois, tão logo editada, deve ser enviada ao Congresso Nacional, que, por meio de comissão mista de deputados e senadores, emitirão parecer sobre os aspectos constitucionais da medida, sobretudo com relação a relevância e urgência. Incumbe também a comissão emitir juízo valorativo relacionados ao mérito da medida, adequação financeira e orçamentária.

Após a emissão do parecer, a medida será votada pelo plenário da câmara dos deputados e, em seguida, plenário do senado. Assim, o Poder Legislativo exerce o controle sobre as medidas provisórias.

Imagine-se que, por um lapso, o Poder Legislativo também se equivoque no julgamento sobre a constitucionalidade da medida provisória, em especial no que tange aos seus requisitos de relevância e urgência. Na visão doutrinária posta acima, compete ao Poder Judiciário o controle de constitucionalidade da medida.

O referido controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário dar-se-á sob o enfoque material ou formal. É salutar a divergência, uma vez que ao falar-se de controle de constitucionalidade material, a atuação do Judiciário será regra, ao passo que o controle de constitucionalidade formal, em especial, no âmbito da urgência e relevância, será exceção.

Não se encontra obstáculos doutrinário ou jurisprudencial quanto à apreciação do Judiciário em matéria de medida provisória que não resguarde completa integridade com o Texto Constitucional. A vedação do art. 62, § 1º da Constituição Federal, ao especificar as matérias de competência exclusiva de lei, não outorga ao Presidente da República, por meio da medida provisória, a ofensa aos demais preceitos e normas aderidos pelo Constituinte.

Logo, na inconstitucionalidade material da medida provisória, ou seja, no caso de seu conteúdo violar o conteúdo previsto na Constituição Federal, cabe ao Supremo Tribunal Federal, como regra, declarar sua inconstitucionalidade.

O ponto de debates atinge a possibilidade de apreciação pelo Poder Judiciário quanto aos requisitos de urgência e relevância, em verdadeira declaração de inconstitucionalidade formal por descumprimento de pressupostos objetivos do ato.

O Supremo Tribunal Federal, intérprete último da Constituição Federal, ao julgar a ADI 2.213-0, decidiu conforme a seguinte ementa:

E M E N T A: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - A QUESTÃO DO ABUSO PRESIDENCIAL NA EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS - POSSIBILIDADE DE CONTROLE JURISDICIONAL DOS PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS DA URGÊNCIA E DA RELEVÂNCIA (CF, ART. 62, CAPUT) - REFORMA AGRÁRIA - NECESSIDADE DE SUA IMPLEMENTAÇÃO - INVASÃO DE IMÓVEIS RURAIS PRIVADOS E DE PRÉDIOS PÚBLICOS - INADMISSIBILIDADE - ILICITUDE DO ESBULHO POSSESSÓRIO - LEGITIMIDADE DA REAÇÃO ESTATAL AOS ATOS DE VIOLAÇÃO POSSESSÓRIA - RECONHECIMENTO, EM JUÍZO DE DELIBAÇÃO, DA VALIDADE CONSTITUCIONAL DA MP Nº 2.027-38/2000, REEDITADA, PELA ÚLTIMA VEZ, COMO MP Nº 2.183-56/2001 - INOCORRÊNCIA DE NOVA HIPÓTESE DE INEXPROPRIABILIDADE DE IMÓVEIS RURAIS - MEDIDA PROVISÓRIA QUE SE DESTINA, TÃO-SOMENTE, A INIBIR PRÁTICAS DE TRANSGRESSÃO À AUTORIDADE DAS LEIS E À INTEGRIDADE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INSUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADA QUANTO A UMA DAS NORMAS EM EXAME - INVIABILIDADE DA IMPUGNAÇÃO GENÉRICA - CONSEQÜENTE INCOGNOSCIBILIDADE PARCIAL DA AÇÃO DIRETA - PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR CONHECIDO EM PARTE E, NESSA PARTE, INDEFERIDO. POSSIBILIDADE DE CONTROLE JURISDICIONAL DOS PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS (URGÊNCIA E RELEVÂNCIA) QUE CONDICIONAM A EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS. - A edição de medidas provisórias, pelo Presidente da República, para legitimar-se juridicamente, depende, dentre outros requisitos, da estrita observância dos pressupostos constitucionais da urgência e da relevância (CF, art. 62, "caput"). - Os pressupostos da urgência e da relevância, embora conceitos jurídicos relativamente indeterminados e fluidos, mesmo expondo-se, inicialmente, à avaliação discricionária do Presidente da República, estão sujeitos, ainda que excepcionalmente, ao controle do Poder Judiciário, porque compõem a própria estrutura constitucional que disciplina as medidas provisórias, qualificando-se como requisitos legitimadores e juridicamente condicionantes do exercício, pelo Chefe do Poder Executivo, da competência normativa primária que lhe foi outorgada, extraordinariamente, pela Constituição da República. Doutrina. Precedentes. - A possibilidade de controle jurisdicional, mesmo sendo excepcional, apóia-se na necessidade de impedir que o Presidente da República, ao editar medidas provisórias, incida em excesso de poder ou em situação de manifesto abuso institucional, pois o sistema de limitação de poderes não permite que práticas governamentais abusivas venham a prevalecer sobre os postulados constitucionais que informam a concepção democrática de Poder e de Estado, especialmente naquelas hipóteses em que se registrar o exercício anômalo e arbitrário das funções estatais. UTILIZAÇÃO ABUSIVA DE MEDIDAS PROVISÓRIAS - INADMISSIBILIDADE - PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES - COMPETÊNCIA EXTRAORDINÁRIA DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. - A crescente apropriação institucional do poder de legislar, por parte dos sucessivos Presidentes da República, tem despertado graves preocupações de ordem jurídica, em razão do fato de a utilização excessiva das medidas provisórias causar profundas distorções que se projetam no plano das relações políticas entre os Poderes Executivo e Legislativo. - Nada pode justificar a utilização abusiva de medidas provisórias, sob pena de o Executivo - quando ausentes razões constitucionais de urgência, necessidade e relevância material -, investir-se, ilegitimamente, na mais relevante função institucional que pertence ao Congresso Nacional, vindo a converter-se, no âmbito da comunidade estatal, em instância hegemônica de poder, afetando, desse modo, com grave

prejuízo para o regime das liberdades públicas e sérios reflexos sobre o sistema de "checks and balances", a relação de equilíbrio que necessariamente deve existir entre os Poderes da República. - Cabe, ao Poder Judiciário, no desempenho das funções que lhe são inerentes, impedir que o exercício compulsivo da competência extraordinária de editar medida provisória culmine por introduzir, no processo institucional brasileiro, em matéria legislativa, verdadeiro cesarismo governamental, provocando, assim, graves distorções no modelo político e gerando sérias disfunções comprometedoras da integridade do princípio constitucional da separação de poderes. - Configuração, na espécie, dos pressupostos constitucionais legitimadores das medidas provisórias ora impugnadas. Conseqüente reconhecimento da constitucionalidade formal dos atos presidenciais em questão. [...].

O julgamento acima é paradigmático e expõe que os pressupostos da urgência e da relevância são conceitos jurídicos relativamente indeterminados e fluidos, todavia, podem ser analisados excepcionalmente pelo Poder Judiciário. Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, compete inicialmente ao Presidente da República a análise dos requisitos de relevância e urgência, todavia, ainda que excepcionalmente, o Poder Judiciário pode exercer o controle sobre a referida análise.

A relevância e urgência compõem a estrutura constitucional que disciplina as medidas provisórias, portanto, são requisitos legitimadores e juridicamente condicionantes do exercício, pelo Presidente da República, da competência normativa primária que lhe foi outorgada, extraordinariamente, pela Constituição Federal.

O precedente trata da separação dos poderes, instituída pela Constituição Federal, de modo a não ser justificável a atuação hipertrofiada do Poder Executivo no campo destinado ao Poder Legislativo. O Poder Judiciário, dentro da estrutura dos freios e contrapesos da tripartição de poderes tem dever de corrigir as graves distorções no modelo político com o uso indiscriminado das medidas provisórias, o que gera sérias disfunções comprometedoras da integridade do princípio constitucional da separação de poderes.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A dinamicidade vivenciada atualmente, somada aos compromissos prestacionais assumidos pelo constituinte, impõe uma atuação efetiva do Chefe do Poder Executivo que está limitado a atuar no campo da estrita legalidade, isto é, só pode fazer ou deixar de fazer alguma coisa em obediência à lei.

Prevedo situações em que o sistema legislativo não fornece resposta imediata aos anseios administrativos, a Constituição Federal instituiu as medidas provisórias, instrumento posto à disposição do Presidente da República para, em situações de relevância e urgência, normatizar e administrar em conformidade com a lei.

O ato monocrático do Chefe do Poder Executivo que independe do devido processo legislativo constitucional clássico para produção de efeitos, demonstra-se, em um primeiro momento, como remédio eficaz e célere ante situação social grave que necessite de iminente resposta, sob pena de grave prejuízo potencialmente irreparável.

Em outra face, a experiência mostrou abusos na utilização das medidas provisórias, que poderiam ser corrigidas pelo Poder Legislativo, mas não foram. A atuação do poder constituinte reformador fez-se necessária e novos limites foram impostos a edição das medidas provisórias.

Entretanto, os limites existentes originariamente merecem atenção e destaque. Os requisitos da relevância e urgência não podem ser negligenciados.

Compete primeiramente ao Presidente da República analisar se a situação realmente reflete a relevância e urgência necessária para que sejam editadas medidas provisórias. Vale advertir, novamente, que se está a tratar de atividade atípica do Presidente, portanto, excepcional.

Caso o Presidente não respeite os requisitos aludidos acima, deve o Poder Legislativo exercer o controle sobre os motivos que ensejaram a edição da medida provisória, dentre eles, a relevância e urgência, em regra, por meio do procedimento de conversão em lei.

O abuso na edição da medida provisória no seu aspecto material ou formal pode persistir mesmo diante do controle exercido pela Casa de Leis, seja por sua ineficiência ou por simples inércia, tendo em vista a produção de efeitos tão logo de sua publicação.

Logo, compete ao Poder Judiciário, guardião da Constituição Federal e do sistema jurídico, o controle da constitucionalidade da medida provisória editada, quando seu conteúdo violar normas ou princípios do Texto Constitucional ou carecer de urgência e relevância.

Apesar de o Supremo Tribunal Federal consignar que a atuação do Poder Judiciário deve ser minimalista e excepcional, tem-se que tanto o executivo quanto o legislativo estão submissos às interferências do sistema político que não pode sobrepor-se ao sistema jurídico.

Portanto, em que pese a necessidade de um instrumento hábil que garanta ao Presidente da República uma função atípica de legislar, ante uma situação social grave em confronto com a morosidade do processo legislativo clássico, conclui-se que o abuso do poder de legislar

excepcional é passível de controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário quando a medida provisória violar conteúdo Constitucional ou carecer de relevância e urgência. É uma atuação necessária e inevitável para o resguardo das regras e princípios disciplinados pela Constituição Federal e, em especial, impedir a ingerência indevida do Poder Executivo na função de legislar, em atenção à imprescindível separação dos poderes.

REFERÊNCIAS

BENITEZ, Gisela Maria Bester. **O uso das medidas provisórias no Estado Democrático de Direito Brasileiro**: análise crítica à luz do direito constitucional contemporâneo. Tese para doutoramento na Universidade Federal de Santa Catarina, 2002. p. 210.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 31 jul. 2018.

BRASIL. **Decreto Legislativo 6, de 2020**. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm. Acesso em: 03 de out. 2020.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº. 32 de 11 de setembro de 2001**. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc32.htm. Acesso em: 06 ago. 2018.

BRASIL. **Legislação Informatizada** – Medida Provisória nº 940, de 2 de abril de 2020 – Exposição de Motivos nº 115/2020. Portal da Presidência da República. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/medpro/2020/medidaprovisoria-940-2-abril-2020-789935-exposicaodemotivos-160449-pe.html>. Acesso em: 03 out. 2020.

BRASIL. **Medida Provisória 831, de 27 de maio de 2018**. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Mpv/mpv831.htm. Acesso em: 07 ago. 2018.

BRASIL. **Medida Provisória 832, de 27 de maio de 2018**. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Mpv/mpv832.htm. Acesso em: 07 ago. 2018.

BRASIL. **Medida Provisória 832, de 27 de maio de 2018**. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Mpv/mpv833.htm. Acesso em: 07 ago. 2018.

BRASIL. **Medida Provisória 936, de 1º de abril de 2020.** Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv936.htm. Acesso em: 03 out. 2020.

BRASIL. **Medida Provisória 937, de 2 de abril de 2020.** Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv937.htm. Acesso em: 03 out. 2020.

BRASIL. **Medida Provisória 940, de 2 de abril de 2020.** Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv940.htm. Acesso em: 03 de out. 2020.

BRASIL. **Medida Provisória 944, de 3 de abril de 2020.** Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv944.htm. Acesso em: 03 de out. 2020.

BRASIL. **Medida Provisória 953, de 15 de abril de 2020.** Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv953.htm. Acesso em: 03 de out. 2020.

BRASIL. **Medida Provisória 956, de 24 de abril de 2020.** Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv956.htm#:~:text=MEDIDA%20PROVIS%C3%93RIA%20N%C2%BA%20956%2C%20DE%2024%20DE%20ABRIL%20DE%202020&text=Abre%20cr%C3%A9dito%20extraordin%C3%A1rio%2C%20em%20favor,62%2C%20combinado%20com%20o%20art. Acesso em: 03 de out. 2020.

BRASIL. **Medida Provisória 970, de 25 de maio de 2020.** Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv970.htm#:~:text=MPV%20970&text=Abre%20cr%C3%A9dito%20extraordin%C3%A1rio%2C%20em%20favor,que%20lhe%20confere%20o%20art. Acesso em: 03 de out. 2020.

BRASIL. **Medida Provisória 988, de 30 de junho de 2020.** Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv988.htm#:~:text=Art.%202%C2%BA%20Fica%20autorizada%2C%20em,s er%20realizada%20com%20o%20cr%C3%A9dito. Acesso em: 03 de out. 2020.

BRASIL. **Medida Provisória 999, de 2 de setembro de 2020.** Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv988.htm#:~:text=Art.%202%C2%BA%20Fica%20autorizada%2C%20em,s er%20realizada%20com%20o%20cr%C3%A9dito. Acesso em: 03 de out. 2020.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** ADI 2213 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 04/04/2002, DJ 23-04-2004 PP-00007 EMENT VOL-02148-02 PP-00296, Disponível em:

<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000013767&base=baseAcordaos>. Acesso em: 07 ago. 2018.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CHIESA, Clélio. **Medidas Provisórias**: Regime Jurídico-constitucional. 2ª. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a EC 32/2001. Curitiba: Juruá, 2002. p. 29.

CUNHA, Sérgio Sérvulo. **Anamnese da medida provisória**. Disponível em: <http://servulo.com.br/pdf/Anamnese.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2018.

ELALI, André de Souza Dantas. **Tributação e regulação econômica**: Um exame da tributação como instrumento de regulação econômica na busca da redução das desigualdades regionais. São Paulo: MP Editora, 2007. p. 71-72.

FIOCRUZ. Covid-19: **Que vírus é esse?** Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/noticia/covid-19-que-virus-e-esse>. Acesso em: 03 out. 20.

GRAU, Eros Roberto. Medidas Provisórias na Constituição de 1988. *In*: **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**. V. 4, p. 457-460, mai. 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª. ed. em e-book baseada na 12. ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

LUHMANN, Niklas. **O direito da Sociedade**. Tradução Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. Controle Jurisdicional dos pressupostos de validade das medidas provisórias. *In*: **Revista dos Tribunais**. V. 758, 1998, p. 11-15, dez. 98. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 995.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. **O Espírito das Leis**. Apresentação Renato Janine Ribeiro; Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 166.

MORAIS, Alexandre de. Presidencialismo. A evolução do relacionamento entre os poderes executivo e legislativo. *In*: **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**. V. 2, p. 755-780, mai. 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

NERY JÚNIOR, Nelson. A polêmica sobre a relativização (desconsideração) da coisa julgada e o Estado Democrático de Direito. *In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (coord.). Relativização da coisa julgada: Enfoque crítico.* 2ª. ed. 2, tri. Salvador: Jus Podivm, 2008. P. 287-288.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. **Folha informativa COVID-19 – Escritório da OPAS e da OMS no Brasil.** Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19>. Acesso em: 03 out. 2020.

REALE, Miguel. Da responsabilidade do Poder. *In: Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional.* V. 2, p. 225-238, mai. 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

RIBEIRO, Marcelo. Comitê anticrise do Planalto volta a se reunir para tratar da greve. **Valor Econômico.** Disponível em: <https://www.valor.com.br/politica/5557283/comite-anticrise-do-planalto-volta-se-reunir-para-tratar-da-greve>. Acesso em: 07 ago. 2018.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Medidas Provisórias de suas necessárias limitações. **Revista dos Tribunais**, vol. 690, p. 313-319, abr. 1993, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 25.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

STRECK, Lenio Luiz e MORAIS, Jose Luis Bolzan de. Estado Democrático de Direito. *In: CANOTILHO, J. J. Gomes [et. al.]. Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 114.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. Medidas Provisórias. Instrumento de Governabilidade. *In: Revista Tributária e de Finanças Públicas.* V. 50/2003, p. 285-307, maio – jun. 2003. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** 16ª ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva Jur, 2018. p. 949.

UOL ECONOMIA. **Acompanhe a greve de caminhoneiros e seus reflexos.** Disponível em: <https://economia.uol.com.br/ao-vivo/2018/05/24/greve-dos-caminhoneiros.htm>. Acesso em: 07 ago. 2018.

CONSTITUTIONAL LIMITS OF THE PROVISIONAL MEASURE AND EXCEPTIONAL CONTROL BY THE JUDICIARY

ABSTRACT

The present study intends to approach the institute of the provisional measure in the Democratic State of Law committed to the realization and

fulfillment of fundamental rights of benefit orders, respecting the tripartition functions. The dynamism of the current social interactions demands practical and swift instruments to be made available to the public administrators, attached to the principle of legality. This is where is find the scenario of provisional measure. The main point is that the absence of limits is not allowed in the exercise of rights. Therefore, the purpose of this present study is to analyze the material and formal limits of the provisional measures provided for the constitutional and the possibility of control exercised through the Judiciary in event of abuse. For in such a way, it was based on bibliographic research relevant to the topic, analysis of the legal text that addresses the subject, as well as other authorized instruments to clarify the questions. It was noted that the provisional measure doesn't depend on the constitutional law-making putting into effect, was used in an abusive way in blatant violation in the constitutional limits imposed. It was concluded that the abuse of power of legislating exercised by the President of the Republic is subject to constitutionality control by the Judiciary when the provisional measure violates Constitutional content or lacks relevance and urgency.

Keywords: Provisional Measures. Democratic State of Law. Fundamental Rights. Tripartition Functions.