

# ARQUIVO JURÍDICO

REVISTA JURÍDICA ELETRÔNICA DA UFPI

---

**VOLUME 8, N. 2**

ISSN 2317-918X  
PERIÓDICO ACADÊMICO  
SEMESTRAL. TERESINA - PI, V.8,  
N. 2 JULHO/ DEZEMBRO 2021.



ARQUIVO JURÍDICO  
REVISTA JURÍDICA ELETRÔNICA DA UNIVERSIDADE  
FEDERAL DO PIAUÍ

ISSN 2317-918X

Volume 8, Número 2  
julho / dezembro 2021  
Teresina-PI



ARQUIVO JURÍDICO  
REVISTA JURÍDICA ELETRÔNICA DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO PIAUÍ

ISSN 2317-918X

Volume 8, Número 2  
julho / dezembro 2021  
Teresina-PI

EQUIPE EDITORIAL

Dr. Cleber de Deus Pereira da Silva, Universidade Federal do Piauí, Teresina - PI, Brasil  
(Editor-chefe)

Dr. Nelson Juliano Cardoso Matos, Universidade Federal do Piauí, Teresina - PI, Brasil

Dr. Sebastião Patrício Mendes da Costa, Universidade Federal do Piauí, Teresina - PI, Brasil



## SUMÁRIO

ESTADO REGULADOR DE EXCEÇÃO: UMA REFLEXÃO SOBRE A ATRIBUIÇÃO DE PODERES EMERGENCIAIS AOS BANCOS CENTRAIS	9
Bruno Felipe de Oliveira e Miranda	
CONSTITUCIONALISMO DIATÓPICO: ABERTURA AO GLOBAL	33
Guilherme Camargo Massaú	
NOVA ANÁLISE DE UM VELHO TEMA: PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DO DANO MORAL TRABALHISTA – CONTRIBUIÇÕES DA JURIMETRIA	51
Lourival Barão Marques Filho	
Maria Carolina Dal Prá Campos	
Tatiele Thais Corrêa	
VIDA E OBRA DE SAMUEL PUFENDORF	69
Raphael Rego Borges Ribeiro	
STANDARDS PROBATÓRIOS NO MANDADO DE SEGURANÇA – CRITÉRIOS PARA APRECIÇÃO DA VERDADE	81
Rafael Diogo Lemos	
DA JUDICIALIZAÇÃO À ÊNFASE À CONCILIAÇÃO: UMA ANÁLISE DA POLÍTICA DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL PARA A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS	99
Marcelo Quevedo do Amaral	
Bruno Cozza Saraiva	
JURISTOCRACIA NO BRASIL: UMA ABORDAGEM INTRODUTÓRIA	111
Cleber de Deus Pereira da Silva	
Saul Ferreira Alves	
Deborah Dettmam	



# ESTADO REGULADOR DE EXCEÇÃO: UMA REFLEXÃO SOBRE A ATRIBUIÇÃO DE PODERES EMERGENCIAIS AOS BANCOS CENTRAIS

*REGULATORY STATE OF EXCEPTION: A REFLECTION ON THE ALLOCATION OF  
EMERGENCY POWERS TO CENTRAL BANKS*

Bruno Felipe de Oliveira e Miranda

Mestrando em Direito da Regulação pela Fundação Getúlio Vargas (FGV/RJ).  
Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte  
(UFRN). Procurador do Estado do Rio de Janeiro (PGE/RJ).

Resumo: A tese do artigo é a de que a atribuição de competências e poderes emergenciais a agências reguladoras, em contextos de exceção ou de necessidade, não pode ser empreendida exclusivamente no âmbito da agência. Na ordem jurídica brasileira, o desenho do respectivo processo deliberativo deve, de regra, integrar o corpo político dos poderes Executivo e Legislativo, como decorrência da separação funcional dos poderes e do sistema de governo presidencialista. O artigo tem como objetivo analisar criticamente a Emenda Constitucional nº 106/2020, especialmente no que atribui ao Banco Central do Brasil poderes excepcionais para atuação no mercado não bancário, no cenário do combate da crise provocada pela pandemia do novo coronavírus. Após examinar o contexto da Emenda nº 106 e o conteúdo de suas principais normas, empreende-se reflexão sobre a atribuição de poderes de quase-exceção a agências reguladoras e sobre seus limites, lançando à consideração a hipótese de que a normativa da Emenda nº 106 desafia teste de constitucionalidade.

Palavras-chave: Estado Regulador. Regulação. Banco Central. Separação dos poderes.

Abstract: The claim of the article is that the attribution of emergency powers to regulatory agencies, in exception contexts, cannot be undertaken directly and exclusively within the scope of the agency. In the Brazilian legal system, the design of the respective deliberative process must necessarily integrate the Executive and Legislative powers, as a result of the functional separation of powers and the presidential system of government. The article aims to critically analyze Constitutional Amendment n. 106/2020, especially in what attributes to the Central Bank of Brazil exceptional powers to act in the non-banking market, in the context of combating the crisis caused by the pandemic of the new coronavirus. Finally, after reflecting on the attribution of quasi-exception powers to regulatory agencies and its limits, the hypothesis that rules of Amendment n. 106 challenge the test of constitutionality is considered.

Keywords: Regulatory State. Regulation. Central Bank. Separation of powers.

Submetido em fevereiro de 2021. Aprovado em dezembro de 2021.

## 1 Introdução

“O guardião da moeda sou eu”. Foi com essa incisiva afirmação que o presidente da República Costa e Silva respondeu à sugestão que lhe foi feita de conferir independência ao Banco Central do Brasil. Por volta do ano de 1967, um integrante da área econômica do governo tentava persuadi-lo de que, tornado independente, o banco seria o garante da estabilidade da moeda – ao que o presidente, mais do que depressa, encerrou o diálogo, objetando-lhe, de modo rabugento, com a frase tornada famosa desde então.

A recordação do repto de Costa e Silva – episódio bastante conhecido, e inscrito nas páginas do anedotário nacional – é usual porque resume diversas facetas da política e da administração pública brasileira. É simbólico de um conjunto de atitudes personalistas e autoritárias, de crenças pouco republicanas e da adesão a um modelo de governo centralista – em suma, de um estatismo avesso a avanços institucionais, que tornou o padrão de governança nacional refém das vontades e dos humores do político de ocasião.

Especificamente no campo da moeda e da regulação financeira, o episódio serve como lembrança do calvário do aprimoramento das instituições nacionais, e de como a criação e o desenvolvimento do banco central – e em paralelo a conquista da estabilidade da moeda pública – foi um processo atritado, resistido e invariavelmente sujeito a contramarchas e retrocessos.

Desde então, e especialmente nas últimas décadas, assistiu-se no Brasil à construção de um modelo diverso de governança administrativa, sintetizado na chave compreensiva do chamado Estado Regulador. Desde a resposta de Costa e Silva até os nossos tempos, a compreensão do modelo de governo presidencialista, o desenho projetado para o Executivo e o modo de atuação do Estado foram estruturados em novas bases, ganhando cada vez mais corpo o modelo de administração por agências reguladoras independentes – um desenho policêntrico, projetado em rede, ancorando no emergir da função regulatória seu fator de proeminência jurídica e institucional.

Nos domínios da governança da moeda nacional, observou-se, após décadas de luta dramática contra a inflação crônica e episódios críticos de hiperinflação, o despontar de um banco central sólido, assim como de instituições monetárias e fiscais mais bem capacitadas e aparelhadas a bem da garantia da estabilidade da moeda – malgrado ainda haja uma longa marcha à frente.

Mas há outra faceta deste curso institucional. A transição para o modelo de governança descentralizado tem assistido, episodicamente, ao processo de atribuição de poderes excepcionais diretamente a agências independentes. Em contextos extremos, de emergência e configuradores daquele estado de coisas que, ultrapassando a calamidade, beira as raias da exceção, a história recente exhibe casos em que poderes e competências de emergência, que tradicionalmente seriam atribuídos circunstancial e temporariamente à chefia do Executivo e a ministros de Estado, tem sido alocados diretamente em agências reguladoras.

Elementos dessa tendência podem ser divisados em um episódio do dia no Brasil. Trata-se do caso da Emenda Constitucional nº 106/2020 – mais conhecida como Emenda

do “Orçamento de Guerra” –, que atribuiu, no contexto dos esforços de combate à crise gerada pela pandemia do novo coronavírus (SARS-CoV-2, causador da Covid-19), poderes emergenciais ao Banco Central do Brasil (BCB).

Como se verá, embora haja previsão de supervisão parlamentar e importantes condicionantes para atuação da instituição, as competências extraordinárias para atuação excepcional no mercado de créditos foram alocadas diretamente no BCB, sem desenho de atuação ou engajamento mais incisivo da presidência da República nem de ministérios de Estado na iniciativa.

Sustenta-se neste trabalho que este desenho institucional é delicado e recomenda, no mínimo, uma reflexão mais aprofundada, de tipo constitucional.

Defende-se que a atribuição de poderes excepcionais em contextos extremos exige, de regra – talvez necessariamente –, a integração do corpo central e político do Poder Executivo no respectivo processo deliberativo. A previsão de mera supervisão parlamentar, via controle posterior dos atos da agência, parece não atender às exigências constitucionais que decorrem do modelo de separação funcional dos poderes e do sistema de governo presidencialista.

Pretende-se colocar em discussão os limites à outorga de competências excepcionais, sugerindo uma moldura de esquema institucional que seja útil e possa contribuir para o aperfeiçoamento do desenho de distribuição de competências emergenciais em cenários extremos e de exceção. Sim, porque se é possível cogitar de uma espécie de “Estado Regulador de Exceção”, é imperioso reconhecer que esse quadro normativo excepcional encontra-se submetido a inescapáveis balizamentos, parâmetros e imposições, decorrentes diretamente de uma interpretação coerente e harmônica da constituição.

## 2 Bancos centrais, instituições por excelência do Estado Regulador

A discussão em torno da atribuição de poderes emergenciais e excepcionais a agências reguladoras recomenda – na verdade, exige –, como uma espécie de preliminar ou antessala epistêmica, que a análise se mova ao nível da compreensão mais ampla e genérica do tipo de modelo de governança pública a que essas instituições aludem.

Em outras palavras, é dizer: revela-se necessário compreender as agências reguladoras – e o banco central incluso – no horizonte mais abrangente em que o processo de descentralização administrativa por meio desse tipo de entidades se insere.

Dentro desse propósito, convém observar que o modelo de agências reguladoras construído no Brasil exibe clara inspiração na experiência americana. Como enfatizado pela doutrina (GUERRA, 2015, p. 14), o modelo de agencificação, especialmente aquele surgido na década de 90, durante o governo Fernando Henrique Cardoso, é uma reprodução parcial do padrão burocrático existente nos Estados Unidos.

Para efeitos históricos, este novo padrão tem como marco a criação da *Interstate Commerce Commission* (ICC), em 1887. Como aponta Guerra (2015, p. 15), em que pese já se poder rastrear a existência de intervenção estatal indireta sobre outras atividades ao

menos desde meados do século XIX, a criação da ICC marca o início da implantação de uma nova estrutura de governança pública e de uma nova lógica de regulação de atividades econômicas.

O movimento de implantação desse novo desenho de governança decisivamente não foi um movimento isolado. O século XX assistiu, em campos variados como o dos bancos centrais, da regulação ambiental, sanitária, do trabalho e da proteção ao consumidor, à criação de um conjunto de agências pretensamente livres do controle político partidário, em um esforço coordenado para guiar as políticas públicas com base em imperativos marcadamente técnicos – e não por interesses baseados em resultados partidários e de política majoritária (MORAN, 2003, p. 12).

Esse amplo processo foi importante para descentralizar a governança estatal – especialmente sobre temas complexos e preponderantemente técnicos, que não teriam na arena política tradicional o adequado tratamento. É este então o propósito que anima a forja do novo modelo: garantir o insulamento de certas estruturas administrativas fundamentais da intervenção *ad hoc* de agentes políticos eleitos, de modo a preservar o desempenho de funções precipuamente técnicas (CYRINO, 2010, p. 235).

Assistiu-se, então, a um amplo programa de reconfiguração dos aparelhos do Estado, que consubstancia também, deve-se pontuar, uma clara resposta à crise da arquitetura e das funções estatais.

Como assinala com precisão Chevallier (2009, p. 23), os múltiplos desafios com os quais o Estado foi confrontado ao longo do século XX, embora não tenham chegado a colocar em questionamento a pertinência da esfera estatal, foram acompanhados de um conjunto de transformações que, longe de serem superficiais, são de ordem estrutural e contribuem para redesenhar a figura do Estado.

Observou-se então a expansão e a estruturação da burocracia em novas bases, alterando-se a forma da atuação governamental – surgindo o modelo que ficou conhecido como Estado Administrativo (*administrative state*).

Como pontua James Landis (*apud* CUÉLLAR, 2015, p. 1330), um dos arquitetos do novo padrão de governança nos Estados Unidos, o modelo de Estado Administrativo surgiu pela inadequação da forma tripartite clássica de exercício do poder do Estado para lidar com os complexos problemas modernos, em um cenário de intensa mudança econômica.

No Brasil, o modelo de administração gerencial tentou seguir modelo próximo ao sistema norte-americano de agências, visando a esvaziar a forte centralização de poder nas mãos da administração direta (BRESSER PEREIRA, 1996, p. 24). Mas o propósito não foi inteiramente alcançado. Sem embargo de avanços que merecem ser reconhecidos, o sistema em vigor no Brasil ainda propicia uma forte concentração de poderes nas mãos do chefe do Executivo, com atuação voltada para as alianças políticas.

Apenas uma pequena fração do modelo de agencificação norte-americano chegou à administração brasileira – o componente de prestígio de interesse políticos ou partidários em detrimento do fortalecimento institucional perdura –, de modo que ainda há uma longa marcha e uma ampla agenda em aberto voltada para o desenvolvimento de autarquias especiais verdadeiramente independentes, com autonomia decisória e proteção dos dirigentes contra demissões imotivadas, entre outros predicados institucionais de relevo (CAVALCANTI, 2000, p. 253).

A despeito dessa constatação, consequências estruturais claras da mudança para esse novo modo regulador de governança fazem-se sentir em maior ou menor grau. Entre essas consequências, a ascensão de uma nova classe de agências especializadas e de comissões que operam autonomamente em relação ao governo central é a mais evidente.

Naturalmente que, e como sublinha Aragão (2002, p. 208), nenhum modelo administrativo é integralmente descentralizado ou pluricêntrico em detrimento de uma necessária centralização. A adoção completa de uma estrutura descentralizada levaria à desintegração da organização administrativa e à sua inviabilização prática. O que se verifica é uma fragmentação harmônica do aparato administrativo, por meio de instrumentos de integração e de coordenação, do reconhecimento de novos graus do exercício autônomo da discricionariedade, e da emergência de mecanismos de controle mais finalísticos do que hierárquicos.

Além disso, e de modo consorciado à ascensão desse novo desenho institucional descentralizado e em rede, a função regulatória ganha uma posição de destaque no cenário da atuação governamental.

O caso central da atuação pública e governamental muda, pois, de orientação. Do Estado operador passa-se a um perfil diverso – o do Estado regulador (CHEVALLIER, 2009, p. 76). A regulação, talvez até mais do que uma forma ou estrutura de governança, torna-se uma chave compreensiva de síntese para o próprio direito público.

A lógica de delegação de funções públicas para agências independentes, e de aposta no modelo ancorado no desempenho de atribuições regulatórias, lastreia-se em larga medida na complexidade crescente da sociedade contemporânea. Sociedades e dinâmicas cada vez mais complexas reclamam engenharias institucionais de poderes integrados, demandando a articulação das funções estatais em outra clave, apta a resolver de modo satisfatório as novas e peculiares questões colocadas.

Trata-se, portanto, de uma questão que vai muito além da mera expertise técnica. Cuida-se de desenhar instituições e criar interfaces, mecanismos e ferramentas que credenciem as instituições para melhor lidar com a complexidade crescente dos sistemas econômicos e financeiros.

E todo esse quadro de mudança do modelo de burocracia centralizada para o de agências reguladoras, com missões e responsabilidades regulatórias, tem nos bancos centrais um dos seus principais expoentes, precisamente uma de suas ilustrações mais marcantes.

Especialmente no campo monetário e financeiro, as agências independentes gozam de duas vantagens significativas: conhecimento e experiência específicos e a possibilidade de assumir comprometerimentos dotados de credibilidade política (MAJONE, 1999, p. 19). No caso específico dos bancos centrais, essas duas vantagens ficam muito evidentes. A lógica de delegação que preside a criação das instituições opera precisamente dentro dessa dupla clave – de um lado, representa uma fórmula de solução para o problema do comprometimento político, ao mesmo tempo em que endereça a importante questão da credibilidade técnica (MAJONE, 1999, p. 20).

Se o que distingue o modelo de agências do modelo burocrático generalista tradicional é a combinação de conhecimentos e experiência específicos e independência juntamente com especialização, os bancos centrais podem ser considerados entidades *par excellence* desse novo desenho de governança pública.

Essa qualidade especial dos bancos centrais dentro do marco do Estado Regulador faz com que desfrute de uma posição diferenciada inclusive em nível constitucional (FRIEDMAN; GOODHART, 2003, p. 91). Embora por questões de surgimento histórico tardio os bancos centrais não integrem muitas vezes os chamados elementos canônicos do direito constitucional, ou não façam parte do direito constitucional formal, integram seguramente o direito constitucional material. No caso brasileiro, com mais razão ainda, considerada a consagração e o assento formal da instituição no art. 164 da Carta de 1988.

Diga-se mais: a importância qualificada dos bancos centrais no marco de governança do Estado Administrativo decorre não apenas de sua posição singular, e dos predicados institucionais (e mesmo constitucionais) em geral atribuídos à entidade, mas especialmente do alcance das funções que lhes são atribuídas.

Essas instituições, de maneira geral, detêm uma ampla capacidade de influenciar indivíduos, empresas, instituições e governos que interajam no âmbito da economia de mercado globalizada. Sobre qualquer financiamento imobiliário, qualquer hipoteca, qualquer contrato de cartão de crédito, há de ser reconhecida a atuação do banco central sobre os seus termos. Os bancos privados – engrenagem fundamental da economia capitalista – encontram-se profundamente conectados com o sistema do banco central. O mesmo se diga de entes públicos e mesmo governos estrangeiros – como o caso recente da crise financeira de 2007-2008 parece haver definitivamente demonstrado (CONTI-BROWN, 2016, p. xviii).

Até mesmo por isso, os bancos centrais são habitualmente mencionados como exemplo indicativo da fratura do modelo clássico de tripartição de poderes (ACKERMAN, 2012, p. 130). A mudança significativa de direção na segunda década do século XX, em favor de bancos centrais independentes, para além de todas as implicações de desenho institucional que avoca, sugere que o que está em jogo – mormente quando considerados os poderes da instituição – é o próprio redesenho do esquema funcional de separação dos poderes.

Com isso não se pretende dizer que exista um modelo institucional único, e que a posição especial a que essas instituições foram guindadas indique um desenho jurídico uniforme.

Conquanto os objetivos gerais de regulação financeira sistêmica sejam mundialmente compartilhados por diversos países, a experiência internacional evidencia a inexistência de um modelo de desenho institucional regulatório único – modelos domésticos para o mercado financeiro têm sido moldados historicamente, segundo trajetórias distintas ligadas às respectivas particularidades econômicas (ERLING, 2015, p. 343).

Mas fato é que, embora não haja modelo ou desenho regulatório ideal e atemporal, existe uma espécie de consenso regulatório razoavelmente estabelecido – uma sabedoria sedimentada ao longo dos anos e da experiência histórica – no sentido da consagração da estratégia regulatória de centralização dos objetivos institucionais de estabilidade monetária em um banco central.

No caso brasileiro, a despeito da não subscrição do padrão puro de Estado Administrativo, verificando-se um Estado Regulador em vias de desenvolvimento, pode-se dizer que o texto do *caput* do art. 174 da Constituição de 1988 legitima a atribuição de poderes normativos pelo legislador a entidades administrativas. E isso efetivamente ocorre nas Leis nº 4.595/1964 e 9.069/1995, que atribuem competência administrativa

normativa ao Conselho Monetário Nacional (CMN) e ao Banco Central do Brasil (BCB) para tratar de temas de regulação financeira sistêmica.

Assim é que, no sistema brasileiro, o CMN – a instituição que é verdadeiramente depositária do mandato de autoridade monetária – afigura-se como instituição mais importante no esquadro da regulação financeira sistêmica (ERLING, 2015, p. 350).

A seu turno, o Banco Central do Brasil é a autarquia que executa a política monetária e financeira, segundo as diretrizes normativas estabelecidas pelo CMN. As competências da instituição abrangem a (i) execução da política monetária, (ii) prestação do serviço de meio circulante, (iii) tutela sistêmica das infraestruturas financeiras de mercado, (iv) gestão da política cambial, (v) assessoria financeira do governo e (vi) regulação sistêmica de entrada, funcionamento e saída das instituições autorizadas – tudo com foco no controle do risco sistêmico e atento ao ideal de estabilidade financeira sustentável ao longo do tempo (SADDI, 1997, p. 198).

As duas entidades apresentam grande proximidade com o conceito, a estrutura e o modo de atuação das agências independentes – entretanto, como assinalado pela doutrina, lapsos conceituais impedem que sejam caracterizadas como autênticas agências reguladoras independentes (ARAGÃO, 2002, p. 300).

Não obstante, no caso do BCB, embora se cuide de banco central vinculado ao seu Poder Executivo, sem autonomia *de jure*, não seria exagerado assinalar que há uma independência operacional *de facto* – nomeadamente a partir da introdução do sistema de metas de inflação pelo Decreto Presidencial nº 3.088/1999.

Dá se dizer que o desenvolvimento do Estado Regulador tem na figura dos bancos centrais uma de suas entidades de proa – e o modelo brasileiro exemplifica essa trajetória. O movimento progressivo de delegação de poderes, sobretudo de perfil regulatório, para entidades descentralizadas e independentes assiste, ao longo de pelo menos um século, a uma versão robustecida nessas instituições. Poderes cada vez mais fortalecidos de supervisionar e definir os termos de troca para os bancos privados e outras partes do sistema financeiro os tornam, mais do que parte do Estado Regulador, uma figura de destaque do aparato estatal moderno – situação que coloca claros desafios para a teoria e para a prática do direito público (TUCKER, 2018, p. 8).

3 Os poderes atribuídos ao Banco Central do Brasil pela Emenda Constitucional nº 106/2020

Como já sinalizado, o presente trabalho desenvolve-se como reflexão constitucional sobre uma iniciativa regulatória recente no Brasil, e que fere diretamente o tema dos poderes e das atribuições do Banco Central brasileiro: trata-se das medidas emergenciais introduzidas pela Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 10/2020, batizada e mais conhecida como PEC do “Orçamento de Guerra”, promulgada em maio de 2020 como Emenda Constitucional (EC) nº 106 (BRASIL, 2020).

Entre outras previsões, a Emenda atribui ao BCB ferramentas importantes para atuação no mercado financeiro e introduz, no cenário regulatório brasileiro, novas

possibilidades de atuação da instituição, ampliando o seu poder de fogo no combate e prevenção a crises.

A PEC, gestada no momento de concentração de esforços para enfrentamento da crise causada pelo novo coronavírus, conferiu ao BCB – de modo excepcional e em caráter emergencial – poderes para atuação no mercado de crédito que já vinham sendo discutidos e cobrados por atores econômicos e políticos, alinhando o ferramental da instituição com o detido por outros bancos centrais do mundo.

A teor do que se contém nos arts. 7º e 8º da EC nº 106, ampliam-se temporariamente os instrumentos de atuação do BCB, municiando a autoridade monetária com novo ferramental, incrementando aqueles de que já dispõe para atuação em situações críticas, permitindo à instituição alcançar segmentos importantes do mercado de capitais que dão sustentação ao financiamento da atividade econômica.

Dá por que, objetivamente, dois importantes instrumentos guarnecerão o arsenal do BCB: (i) permissão de compra de ativos privados nos mercados financeiros, de capitais e de pagamentos, no âmbito mercados secundários nacionais e (ii) possibilidade de compra de títulos de emissão do Tesouro Nacional, no mercado secundário local ou internacional.

A proposta fortalece a capacidade de resposta do BCB e, em alguma medida, supre – ainda que temporariamente – lacuna importante no sistema normativo brasileiro. Estudos já apontavam problemas nas ferramentas técnicas de que a instituição dispunha para conter crises de solvência, como decorrência de estrangimentos legais que findavam por engessar as ações e limitar as opções na gestão de crises (DURAN; BORGES, 2018, p. 450).

Diversos bancos centrais pelo mundo dispõem desse instrumental, permitindo, em situações de grande instabilidade, que o banco central crie rede de segurança para além do sistema bancário. No contexto da crise financeira de 2007-2008, por exemplo, o reestabelecimento das operações nos mercados financeiros, assim como a retomada do crescimento e do emprego, não ocorreu pelo tão só recurso às forças de mercado: um amplo conjunto de políticas monetárias não convencionais, representadas por políticas de crédito (emprestador de última instância) e de quase débito (expansão quantitativa) foram empregadas, com especial engajamento dos bancos centrais (CARVALHO; SOUZA; SICSÚ; PAULA; STUDART, 2015, p. 168).

A compra direta de títulos públicos em mercados secundários dá ao BCB, além da possibilidade de estabilização do mercado, a capacidade de absorver dívida do governo em momento que, porque de emergência, tem exigido grande endividamento público, sobretudo via medidas fiscais e de crédito.

Quanto à possibilidade de aquisição de títulos privados, objetiva garantir que as empresas consigam se capitalizar para enfrentar a crise, se for o caso sem intermediação bancária, destravando-se assim o crédito privado.

Uma das justificativas principais para iniciativa repousa na circunstância de que, se a liquidez fosse injetada apenas no setor financeiro, poderia permanecer entesourada, ficando “empoçada”, como se advertiu amplamente.

A proposta legislativa, nesse sentido, seria fundamental para ampliar a capilaridade do BCB, intensificando os esforços para que recursos cheguem efetivamente na ponta, no setor não financeiro, já que a janela de liquidez, neste caso, precisa comportar todos.

Além de atacar, objetivamente, uma lacuna e um impedimento inequívoco verificados na atual redação do art. 164 da Constituição de 1988, a Emenda o fez com alguma dose de comedimento, circunscrevendo o emprego de poderes não usuais a um contexto bem delimitado. Não se conferiu autonomia ampla ou qualquer tipo de cheque em branco ao banco central para comprar títulos públicos e privados no mercado.

A técnica empregada alinha-se ainda com estratégia regulatória importante para momentos de crise financeira, ao veicular uma modalidade de *sunset regulation* em nível constitucional, baseada na estimação de horizonte de expiração para as iniciativas e medidas estipuladas em caráter de emergência (art. 11 da Emenda).

Além da delimitação de poderes e da definição de um esquadro temporal, há clara previsão de supervisão parlamentar – original e permanente. Original porque o poder para reconhecer a vigência do estado de calamidade, que habilita a atuação excepcional do BCB, é privativo do Congresso Nacional. Permanente, pois o montante total de compras de cada operação precisa ser informado ao Parlamento (o que vai ao encontro dos reclamos de transparência), além do que se atribuiu ao Legislativo a prerrogativa de sustar qualquer decisão que represente ofensa ao interesse público ou extrapolação dos limites constitucionais.

Um debate importante, travado no curso da tramitação da PEC no Congresso, disse respeito à questão da introdução de condicionantes para usufruir do resgate do BCB. Na versão original, o texto não continha vedações ou contrapartidas explícitas aos destinatários do programa de compra de ativos.

Receios de que a iniciativa pudesse ser enxergada como ampla discricionariedade, ou ainda a percepção de que caberia ao Congresso densificar minimamente o ponto, geraram pressões por previsão expressa de *standards* veiculando contrapartidas para a compra de ativos de instituições financeiras.

E foi assim que, no Senado, construiu-se a moldura contida nos incisos I e II do art. 8º da Emenda, que preveem caber ao BCB editar regulamentação sobre as exigências, estabelecendo em especial as vedações de (i) pagar juros sobre o capital próprio e dividendos acima do mínimo obrigatório estabelecido em lei ou no estatuto social (art. 8º, inciso I) e de (ii) aumentar a remuneração, fixa ou variável, de diretores e membros do conselho de administração e dos administradores (art. 8º, inciso II).

Também nesse contexto, e com vistas a afastar o viés de beneficiamento de grandes *players* e empresas, foi inserido o §1º no art. 7º, determinando seja dada preferência à aquisição de títulos emitidos por micro, pequenas e médias empresas.

Não apenas coerente com as particularidades do momento e desta crise específica, a normativa parece traduzir esforço para que a ampliação da janela de liquidez não seja interpretada, e muito menos usada, de maneira restrita e direcionada às corporações de maior porte.

Uma das grandes críticas à atuação dos bancos centrais por ocasião dos eventos de 2007-2008 diz com o problema do *Too big to fail*, cuja aporia reside no direcionamento de que, com base em razões sistêmicas, o governo não deve deixar as grandes companhias (particularmente bancos e instituições financeiras) quebrarem, pela razão especial de que são grandes demais para isso (MOOSA, 2010, p. 1).

Dito isto, parece claro que a EC nº 106 apresenta evidentes méritos, habilitando o BCB a, se realmente necessário, realizar operações extraordinárias, diante do cenário de enfrentamento de crise que poderá exigir da instituição o emprego de suas melhores ferramentas. Existe, no programa regulatório em questão, claro escopo de aprimorar os instrumentos de intervenção do BCB, com ênfase no combate ao quadro de grave turbulência nos mercados, justamente para fins de combate a uma falha no mercado de crédito. Há nítido fim – qualificável como de interesse público – de normalização da liquidez nos diferentes segmentos dos mercados financeiros e de capitais, notadamente no mercado de títulos, referência importante para a taxa de juros da economia brasileira.

Em quadros de emergência como o que a crise da pandemia da Covid-19 apresenta, é esperado que os bancos centrais deem um passo à frente, fazendo valer sua grande capacidade econômica para estabilizar os mercados. De fato, uma das principais missões da autoridade monetária em momentos de crise é a manutenção da funcionalidade do sistema financeiro, desempenhando aquela que ficou conhecida como função de prestamista de última instância (BAGEHOT, 1917, p. 187).

No caso da Emenda nº 106, portanto, o respectivo genoma intelectual pode ser mapeado a partir das concepções de que o banco central deve atuar incisivamente para dissolver a ansiedade do mercado, disponibilizando liquidez em momentos nos quais agentes privados se recusam a fazê-lo. O protocolo de crises, gestado em especial a partir das reflexões sobre a atuação do banco central americano no contexto da crise de 1929, incorporou a diretriz de que compete à instituição drenar oferta de moeda em meio à debacle (FRIEDMAN; SCHWARTZ, 1993, p. 407).

A crise financeira de 2007-2008 deixou à mostra uma versão recente – e também mais robusta – dessa estratégia. Os bancos centrais reagiram às consequências da turbulência com uma enorme expansão dos seus balanços – o *Federal Reserve*, por exemplo, mais que triplicou o tamanho de seus ativos entre o final de 2008 e meados de 2013, em operação financiada essencialmente pela criação de moeda (GREENSPAN, 2013, p. 255).

O sucesso no combate ao incêndio nos anos de 2007-2008 fortaleceu a compreensão de que essa é uma tarefa fundamental a cargo dos bancos centrais, cuja missão abrange a adoção de medidas e políticas não convencionais, com vistas à estabilização dos mercados e à garantia do fluxo do dinheiro.

O quadro atual pode não ser equivalente ao enfrentando há pouco mais de dez anos, mas seguramente não se revela menos dramático. O crédito é o grande problema da vez, há um choque duplo de oferta e de demanda, e a preocupação central é a do *Too-many-to-fail* – inúmeras empresas que, pegadas de surpresa, com poucas reservas e na ponta das linhas de liquidez, enfrentarão dias difíceis até restabelecimento da ordem regular dos mercados.

No mais, é preciso ter em linha de conta um aspecto importante. A possibilidade de compra de títulos privados pelo BCB, introduzidas pela EC nº 106/2020, não configuraria capricho, extravagância ou mais um exotismo brasileiro. E tampouco as inibições, dúvidas e receios com o uso da ferramenta representariam mera idiosincrasia nacional.

O caso americano permite entrever diferentes dimensões da questão. Uma é a importância da existência de uma base normativa explícita conferindo à instituição o poder de emprestar diretamente para o setor real da economia (SASTRY, 2018, p. 19).

Nos Estados Unidos, trata-se da norma da Seção 13(3) do *Federal Reserve Act*, que em alguma medida inspira a previsão da EC nº 106. Foi sob os auspícios dessa regra que o FED fundamentou os empréstimos para instituições financeiras não bancárias no ano de 2008.

Outra importante lição do caso americano é a de que a expansão da autoridade dos bancos centrais para realizar empréstimos de emergência, nomeadamente para além do setor bancário, afigura-se sempre tema delicado.

O testemunho de importantes protagonistas no combate à crise do *suprime* permite aprofundar. No livro *"Firefighting: the financial crisis and its lessons"*, Bernanke, Geithner e Paulson Jr. (2019, p. 46) dão um relato em primeira pessoa desse constrangimento. Quando, em março de 2008, no contexto do colapso do banco de investimentos Bear Stearns, invocaram-se as disposições da referida Seção 13(3), que propiciam ao FED emprestar dinheiro a qualquer "pessoa física, sociedade ou corporação", em "circunstâncias incomuns", a situação foi assumidamente percebida como um ponto de inflexão e, mais do que isso, como o mais duro teste para o arsenal de emergência da instituição desde a Grande Depressão. Apesar de os estatutos do banco central americano contemplarem enunciado amparando a iniciativa, e malgrado a percepção de que os mercados estavam operando em choque anafilático (o que justificava a intervenção extrema), o acionamento do protocolo excepcional ocorreu em clima de declarado desconforto.

Tampouco se pode deixar de observar que a iniciativa em questão harmoniza-se com subscrição de programas semelhantes por vários bancos centrais pelo mundo. Em diversos países, assistiu-se ao engajamento imediato, direto e incisivo dos bancos centrais em prol do combate aos efeitos econômicos da crise do coronavírus.

Como se atuassem coordenadamente, as instituições atuaram pronta e agressivamente, em ampla e versátil frente de mobilização financeira, que envolveu o anúncio e execução de programas bilionários de compras de ativos e disponibilização massiva de liquidez. Como sumariou Jerome Powell, presidente do banco central americano, em constatação extensível a vários bancos centrais ao redor do mundo, a instituição *"crossed a lot of red lines that had not been crossed before"* (apud SMIALEK; EWING, 2020).

A Emenda nº 106/2020 é a expressão mais recente, no Brasil, de como os bancos centrais podem ser convocados a cruzar as linhas demarcadas para os seus mandatos constitucionais e para os seus instrumentos de atuação. Cuida-se também de um reconhecimento implícito, mas claro, de que a instituição é uma peça chave do Estado Regulador brasileiro, assumindo protagonismo progressivo não apenas no quadro geral e regular da governança pública da atividade econômica, mas também como agente avançado de resposta governamental a quadros críticos.

Uma sinalização, por parte do Congresso, de que o BCB é candidato mais forte a guardião da moeda, bem como de que, em situações extremas, encontra-se habilitado a empregar largo arsenal em favor da estabilidade monetária, financeira e dos mercados.

#### 4 Estado Regulador de Exceção: a atribuição de poderes emergenciais a agências reguladoras

Mas, em todo esse contexto, há uma questão que talvez não tenha sido enunciada adequadamente: a atribuição de poderes excepcionais ao banco central encontra que tipo de limites jurídicos?

O debate em torno da atribuição episódica de competências extraordinárias aos bancos centrais de maneira especial (ou a agências reguladoras de modo geral) nem sempre parece atento às importantes implicações jurídicas – em alguns casos, implicações constitucionais – da adjudicação de competências e instrumentos não convencionais a essas instituições.

Se o que se discute em quadros de emergência é a possibilidade de as agências avançarem além dos seus mandatos legais, e de empregarem medidas fora do repertório institucional tradicional, parece evidente que a questão em torno da identificação e demarcação de limites afigura-se decisiva.

Seguramente não se cuida de uma questão nova, surgida tão somente agora, no contexto do esforço mundial dos bancos centrais para o combate aos efeitos da crise do coronavírus. Durante a gestão da crise econômica de 2008, indagações semelhantes foram lançadas. Naquela ocasião, foi possível observar que, a fim de estabilizar os mercados de crédito e monetário, houve notável expansão dos poderes conferidos a bancos centrais para interferir no sistema financeiro. As autoridades monetárias inovaram em instrumentos de política, à medida que a fixação de meta para a taxa de juros básica da economia exibiu suas limitações em um ambiente de elevada incerteza (DURAN, 2012, p. 23).

Especificamente no caso da Emenda nº 106/2020, percepção análoga se apresenta. É que, também neste caso, trata-se objetivamente de cruzar a linha – a linha dos mandatos tradicionais do BCB e dos seus instrumentos de atuação.

Cuida-se de franquear a intervenção direta da instituição no mercado de crédito, expandindo a janela de liquidez para além do mercado bancário – em uma assunção de tarefas que ultrapassa a missão institucional de salvaguarda da estabilidade da moeda e do sistema financeiro. Daí por que, mais do que conveniente, é necessário perquirir a que tipo de limites e condicionantes jurídicos – especialmente constitucionais – esse extravasamento de atribuições se subordina (BLACK, 2010, p. 94).

A relação entre legalidade (chave compreensiva mais ampla a que a noção de limites se vincula) e emergências é inerentemente problemática. É nomeadamente nos quadros extremos e de crise que a legalidade, enquanto padrão de conformidade da atuação administrativa, afigura-se mais desafiadora. É que desses contextos excepcionais pode resultar uma habilitação para a Administração desempenhar certas tarefas, ou praticar determinado tipo de atos, com um conteúdo específico que, em circunstâncias normais, não lhe competiria ou, mesmo que lhe pertencesse, nunca teria essa substância, forma ou procedimento.

A declaração de estados de exceção ou de calamidade pode assim comportar autêntica licença para diferentes estruturas e atuações administrativas, admitindo todo um

conjunto de providências que, em situações normais, seriam consideradas ilegais (OTERO, 2011, p. 993).

Vermeule (2009, p. 1097) resume essa tensão, ilustrando-a nas figuras dos *legal black and gray holes*. Parte da premissa de que aspiração de estender a legalidade a todos os âmbitos da juridicidade administrativa, eliminando por completo os elementos schmittianos do direito administrativo, parece irremediavelmente utópica. “Buracos negros legais” então surgem quando estatutos ou regras legais isentam explicitamente o Executivo dos requisitos do Estado de Direito ou excluem explicitamente a supervisão judicial da ação executiva. “Buracos cinzas”, autênticos “buracos negros disfarçados”, aparecem quando existem algumas restrições legais à ação executiva – não se tratando propriamente de um vazio sem lei –, mas as restrições são tão sutis a ponto de permitirem que o governo faça o que bem entender. Trata-se mais de uma fachada de Estado de Direito, do que de autênticas proteções jurídico-substantivas.

A discussão remonta ao conhecido desafio de Carl Schmitt: a tese de que a resposta a situações de emergência tem, por natureza, que ser parcial ou totalmente isenta do cumprimento dos requisitos normativos associados com a legalidade em tempos de normalidade.

Daí a defesa de Schmitt – que, no interlúdio da República de Weimar, argumentou que o direito e a lei não são capazes de governar o estado de emergência – de que o Estado de Direito não tem lugar no estado de exceção.

É na abertura da obra “Teologia Política” que o autor lança a frase célebre de que “Soberano é quem decide o estado de exceção”. Na afirmação extrai-se que em tempos anormais o soberano é legalmente descontrolado (SCHMITT, 1988, p. 5).

O pensamento de Schmitt, é claro, vai além. Não é apenas o soberano legalmente descontrolado no estado de emergência: a qualidade de ser soberano é que verdadeiramente se revela na resposta à pergunta de quem decide sobre o estado de emergência.

Sem pretensão de solver o desafio, talvez seja o caso de reconhecer que todo regime administrativo irá tolerar algum nível previsível de desvio, talvez até mesmo de abuso de poder, como um subproduto inevitável de atingir outros fins que são desejados de maneira geral. Sob essa ótica, o abuso de poder governamental seria algo não a se eliminar, mas a se otimizar, como decorrência de *tradeoffs* inescapáveis com que a governança pública precisa lidar (VERMEULE, 2019, p. 15).

Seja como for, pressupõe-se e argumenta-se aqui que uma resposta a emergências, reais ou alegadas, e mesmo em cenários extremos, deve ser governada e parametrizada pelo Estado de Direito e pela constituição. Trata-se de adesão a uma concepção substantiva juridicidade, e não meramente procedimental: o *rule of law* é um arranjo normativo de princípios constitucionais fundamentais que protegem os indivíduos de ações arbitrárias, inclusive (e sobretudo) em quadros de exceção (DYZENHAUS, 2006, p. 2).

É com base nessa premissa que, avalia-se, o tema deve ser analisado. Limites substanciais importam. O balanço entre liberdade, de um lado, e segurança e estabilidade (ou outros valores caros em situações extremas), de outro, não pode ser dar às custas das liberdades e dos direitos fundamentais, e tampouco em detrimento ou mediante erosão do

arranjo institucional que informa o esquema constitucional positivo de harmonia entre os poderes.

A questão fundamental – central a esse debate centenário – reside então em como projetar o mecanismo da exceção ou de emergência em termos constitucionais, permitindo uma singradura segura entre Cila e Caríbdis. Mesmo que se considere que o estado de exceção afigura-se um caso de extra-legalidade, é fundamental que não se mergulhe na total anomia, bem como que dimensões importantes de juridicidade sejam preservadas.

Além desse vetor fundamental (repise-se: aspectos substanciais da juridicidade devem ser tutelados), não se pode descurar que o julgamento prudencial das autoridades políticas é um elemento igualmente decisivo.

Não importa quão específica e detalhada seja uma constituição em relação ao estado de emergência – é o julgamento e o subsequente comportamento da autoridade pública principal que definirá o caráter de seu regime de poder de emergência: se constitucional ou meramente abusivo, ditatorial.

Talvez por isso, de forma geral, nos diferentes sistemas jurídicos e em diferentes contextos emergenciais, o julgamento prudencial sobre a exceção e os poderes correspondentes e dela derivados encontram-se alocados na chefia do Executivo e nos Parlamentos – politicamente responsivos (especialmente ao eleitorado e às urnas) como são.

Entretanto – e a constatação que segue é fundamental para o presente estudo –, com a especialização da administração, os poderes de emergência passam a residir, cada vez mais, nas mãos dos dirigentes das várias agências administrativas – em vez de concentradamente no gabinete do chefe do Executivo.

Levinson e Balkin (2010, p. 1840) chamam esse fenômeno de “ditadura distribuída” (*distributed dictatorship*): cada vez mais poderes excepcionais são atribuídos diretamente a agências – de maneira que, se antes o problema de um *Executive unbound* era essencialmente uma dificuldade com a chefia do Executivo, presentemente os arranjos emergenciais ou de exceção geram pressões em outros territórios da estrutura de governo.

Como encarecem os autores, o foco no Poder Executivo como mecanismo principal da exceção constitucional naturalmente leva as pessoas a identificar o soberano com um único indivíduo – em geral, o chefe de governo. Ocorre que essa percepção se revela incorreta. O poder de exceção é quase que inevitavelmente disperso no moderno Estado Administrativo. As questões políticas atuais exigem cada vez mais conhecimento especializado, ao passo que mesmo os presidentes mais capazes provavelmente não têm o conhecimento detalhado necessário para uma ação rápida e decisiva (LEVINSON; BALKIN, 2010, p. 1841).

Não é difícil rastrear as causas desse fenômeno. Quando as emergências ocorrem, o padrão legislativo de resposta é o da delegação – pelas mesmas razões que fazem da delegação um padrão legislativo em tempos de normalidade, só que com ênfase acrescida (POSNER; VERMEULE, 2010, p. 32). É que as delegações – e especialmente as deslegalizações – são a ferramenta legislativa primeira para lidar com problemas complexos e que demandam respostas imediatas e em larga escala; a dificuldade dos parlamentos de prover ajustes e medidas de política pública no ritmo adequado e necessário, que é agudizada em tempos de crise, faz do recurso à delegação, mais do que uma conveniência, um imperativo.

É natural, nesse cenário, que as agências reguladoras – o Executivo estendido – sejam recrutadas a agir. Algumas instituições são candidatas naturais a essa convocação. Os bancos centrais são uma delas, enquanto naturalmente vocacionados para atuar em crises e, portanto, para navegar nas águas da excepcionalidade.

A história recente exhibe exemplos claros desse fenômeno. Uma nova referência aos eventos da crise financeira de 2008 é inevitável. Há pouco mais de dez anos, quando o mundo assistia ao derretimento do mercado de crédito a partir dos Estados Unidos, ameaçando as principais instituições financeiras de Wall Street, ao mesmo tempo em que uma grave recessão parecia inevitável, aspectos da política monetária foram construídos e desenvolvidos em pleno voo.

E um dado importante dessa história, nem sempre recordado, é que larga margem de discricionariedade repousava nas mãos não do presidente dos Estados Unidos, mas nas do *chairman* do banco central americano, Ben Bernanke, que muitas vezes operava como verdadeiro agente decisor – em uma espécie de exercício *de facto* de poderes de exceção (LEVINSON; BALKIN, 2010, p. 1841).

À primeira vista, isso parece ser uma descrição notavelmente schmittiana do papel desempenhado pela diretoria do Federal Reserve, mais particularmente, por seu presidente. O soberano de Schmitt é justamente a pessoa que pode definir algo como uma crise e, em seguida, basicamente fazer o que achar necessário para enfrentá-la.

Mas o detalhe daquele caso – que em alguma medida guarda semelhanças com a crise atual – é que o presidente do banco central não é um soberano. Ele é um agente comissionado, ainda que com prerrogativas de proteção e estabilidade no exercício do cargo.

Aqui, como em tantos outros casos, o Estado Regulador solapa as noções convencionais do soberano como uma figura centralista isolada no topo da pirâmide burocrática, que toma solitariamente decisões políticas fundamentais em caráter de exceção. Pelo contrário, assiste-se, cada vez mais, a delegações e atribuições de poderes a diferentes soberanos em suas diferentes áreas de expertise (sistema financeiro, segurança pública, proteção sanitária, etc.) – como o se o moderno Estado Regulador fosse uma soberania distribuída, pulverizando átrios de poderes de quase-exceção entre diferentes agências e burocratas (LEVINSON; BALKIN, 2010, p. 1841).

Em parte, isso constitui uma necessidade prática diante da complexidade e magnitude da administração pública contemporânea. Decisivamente não se pretende aqui reabilitar a retórica do Executivo unitário – a realidade de formas e poderes cada vez mais desagregados no poder executivo moderno, em que o poder de tomada de decisão unilateral é (e precisa ser) cada vez mais distribuído, é um dado que atende a reclamos pragmáticos inescapáveis.

Entretanto, divisar limites e condicionantes deste processo afigura-se primordial. Se o Estado Regulador não chega a ser o pesadelo de Tocqueville, não se pode perder de mira o risco de desgovernos e muito menos enganar-se por uma visão apolítica da expertise técnica (ERNST, 2014, p. 146). Daí a relevância de o problema ser pensado em termos constitucionais – e, mais do que constitucionais, democráticos.

O risco de que burocracias auto-perpetuantes insulem-se da competição popular e política, em formas não competitivas de governo, é não menos indesejado do que o verificado em ditaduras, regimes políticos de vanguardas partidárias, de pequenos grupos sociais dominantes ou em teocracias.

Por isso, a relevância e a posição constitucionais das agências reguladoras exige a observância de certos princípios de *design* ou preceitos de arquitetura, nomeadamente em cenários extremos. As crises e situações de exceção são, por definição, condições adversas a que o aparelho de Estado não se encontra formalmente preparado para solver, forçando o governo a inovar: assumindo novos poderes, usando criativamente os já existentes ou despertando possibilidades latentes (BLACK, 2010, p. 94). Mas, em uma democracia constitucional, deve-se necessária e preliminarmente indagar quem pode fazê-lo, de que maneira e até que ponto, a fim de que não se transgridam valores-base – donde a importância de que o exame seja feito com olhos na lei fundamental (TUCKER, 2018, p. 382).

## 5 Limites à atribuição e delegação de poderes *in extremis*: um necessário olhar constitucional

Como observado, episodicamente às agências reguladoras são atribuídos ou reconhecidos poderes de quase-exceção. Esse exercício de poderes emergenciais por agências independentes, fenômeno que aqui denominamos Estado Regulador de Exceção, desafia pressuposições habituais sobre o regime constitucional das crises – em especial, aquela de que, em regimes democráticos, são os representantes eleitos e politicamente responsivos, sujeitos a restrições e amarras constitucionais mais sólidas, que definem e operam poderes de exceção. E mais do que desfazer essa imagem, é importante discutir a que balizamentos jurídicos esse processo encontra-se vinculado.

Em linhas gerais, as previsões e mecanismos constitucionais relativos ao controle de poderes emergenciais apresentam uma estrutura básica, haurida a partir da experiência histórica e de diferentes modelos e padrões constitucionais (FEREJOHN; PASQUINO, 2004, p. 210). Nesse sentido, a matriz de previsão e controle da emergência envolve a definição de pelo menos quatro elementos centrais: (i) como se declara, (ii) como se exercita, (iii) como se restabelece a normalidade e (iv) como se controlam efeitos das medidas de emergência (FEREJOHN; PASQUINO, 2004, p. 230).

O argumento aqui desenvolvido – ou antes, a hipótese formulada – repousa na percepção de que o desenho veiculado pela EC nº 106/2020 revela-se constitucionalmente falho, quanto aos mecanismos de exercício e de controle dos efeitos das medidas emergenciais.

Avalia-se que o erro capital contido na normativa dos arts. 7º e 8º da Emenda reside no alheamento da chefia do Poder Executivo do processo deliberativo que envolve o exercício de atribuições emergenciais pelo banco central.

Nessa perspectiva, mais do que uma potencial transgressão à principiologia básica veiculada na Constituição de 1988 para a disciplina do estado de exceção – e este é um aspecto fulcral que não pode ser desconsiderado, visto que da Constituição brasileira de 1988 extrai-se uma opção explícita de disciplina jurídica das crises, desenhando e conferindo instrumentos ao Estado para, pelos meios julgados aptos, debelar conflitos em situações de emergência com o mínimo sacrifício às liberdades públicas inerentes ao nosso regime político (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007, p. 1274) –, é possível rastrear virtual

ofensa ao conteúdo jurídico da separação funcional dos poderes e do regime presidencialista.

Uma preliminar necessária envolve a clareza de que os poderes e competências atribuídos pela Emenda ao BCB revelam natureza emergencial e de exceção (ou, ao menos, de quase-exceção). Há vários elementos demonstrativos dessa percepção: (i) atuação do BCB é credenciada por um decreto de calamidade, emitido pelo Congresso Nacional (art. 1º da Emenda); (ii) os poderes elencados nos incisos I e II do art. 7º extravasam competências e missões institucionais usuais do banco (tanto assim que uma emenda constitucional precisou ser editada, para franquear expressamente esses poderes, antes não contemplados, e que colidiam com as previsões do art. 164 da Constituição); (iii) a autorização para o BCB atuar no mercado de crédito, a teor do que revela o *caput* do art. 7º, é textualmente limitada ao enfrentamento da calamidade pública, e com vigência e efeitos restritos à sua duração; (iv) finalmente, a previsão de uma *sunset clause* (art. 11) denota clara intenção de restabelecimento da normalidade institucional, em que esses poderes não poderão ser exercidos.

A Emenda adota um modelo legislativo de emergência com delegação ampla do exercício de poderes extraordinários para o banco central – sem previsão expressa de qualquer tipo de recurso à autoridade presidencial ou de seu gabinete.

Nesse contexto, é interessante notar que na versão original da PEC nº 10/2020, cuja tramitação iniciou-se pela Câmara dos Deputados, havia previsão de autorização das operações pela Secretaria do Tesouro Nacional (STN). Ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) seria incluído o art. 115, cujo §11, inciso I, conteria a enunciação expressa de que o montante total de compras de cada operação do BCB deveria ser autorizado pela STN.

Além dessa previsão específica e direcionada à questão da atuação emergencial do BCB, a proposta original da PEC previa a criação de um Comitê de Gestão da Crise (art. 115, §1º do ADCT), com competência de fixar a orientação geral e aprovar ações que integrariam o escopo do regime emergencial – comitê esse que seria não só dirigido pelo presidente da República (inciso I), como também admitiria, em sua composição, ministros de Estado integrantes do Executivo (inciso II).

Não foi essa, porém, a versão final que restou promulgada – razão por que, na redação vigente e corporificada na EC nº 106, não se verifica contemplação expressa de integração da chefia do Executivo federal ou de ministros de Estado na cadeia deliberativa do programa extraordinário de compra de ativos. A versão final confia exclusivamente ao Congresso e ao banco central – o primeiro no campo da declaração de emergência e da fiscalização *ex post*; o segundo, para a execução do programa – a missão de conduzir a resposta de emergência na arena financeira, alheando do processo a estrutura central e política do Executivo federal – e, em especial, a presidência da República.

O modelo pode ser objeto de críticas em algumas perspectivas. Em um nível mais superficial, poder-se-ia objetar que a Emenda cria um arranjo de adjudicação de poderes de emergência com uma rede de *accountability* pouco redundante e de baixa densidade (SCOTT, 2000, p. 38). Pode-se reputar excessivamente generosa a delegação de atribuições ao BCB, além do que o mecanismo de deliberação e fiscalização envolve poucas entidades – situação preocupante para uma competência a ser exercida *in extremis*. Se as constituições são, em larga medida, mecanismos de gerenciamento de riscos políticos, o

desenho da estrutura deliberativa contida na EC nº 106 parece endereçar mal riscos deliberativos (não refinando mecanismos de segunda-opinião) e riscos de expertise (VERMEULE, 2014, p. 141).

Acredita-se, porém, que o modelo admite uma censura mais profunda – e adrede já insinuada. Avalia-se que o não compartilhamento da responsabilidade deliberativa com a presidência da República ou, no mínimo, com pastas ministeriais (tal como se previa na redação original) revela-se potencialmente inconstitucional, ante a transgressão de certos limites de *design*.

Depositar inteiramente no banco central – a despeito de toda a credibilidade que a instituição merecidamente desfruta – a responsabilidade deliberativa, sem compartilhamento decisório (ainda que em um nível elementar de integração no procedimento de tomada de decisões) com outros órgãos políticos é uma postura que não apenas desafia o protagonismo da política e de agentes democraticamente eleitos em cenários de exceção, como parece ignorar os riscos políticos e jurídicos que esse tipo de arquitetura inevitavelmente pode gerar (TUCKER, 2018, p. 380).

A Emenda despreza a primazia do Executivo eleito para lidar com emergências, eliminando um mínimo de controle presidencial sobre o programa regulatório. Longe de defender um modelo de Executivo unitário, e tendo o cuidado de enxergar a separação de poderes sem idolatrias, a opção legislativa de excluir expressamente um mínimo de supervisão presidencial, confiando exclusivamente na primazia do Congresso para decretar o estado de calamidade e fiscalizar *ex post* as decisões do BCB não parece encontrar na Constituição de 1988 um esquema de desenho institucional análogo.

O gerenciamento de crises constitucionais, tal como esquadriado pelo constituinte originário (especialmente entre os arts. 136 e 139 da Carta de 1988), pressupõe uma articulação entre diferentes autoridades políticas, características de um emaranhamento ou *overlapping* decisório intencional – “como uma espécie de pesos e contrapesos internos” (BLACK, 2010, p. 113). E embora seja fora de dúvidas que não estamos propriamente em estado de sítio nem em estado de defesa, o inequívoco contexto emergencial (repita-se: inaugurado por reconhecimento parlamentar de estado de calamidade pública nacional) recomenda cautelas institucionais análogas – que estavam previstas na versão original da PEC, e que parecem ter sido ulteriormente descartadas.

Uma filtragem constitucional da normativa dos arts. 7º e 8º da EC nº 106 inevitavelmente esbarra na dificuldade de que as linhas-mestras do regime jurídico da defesa do Estado e da disciplina das crises constitucionais, definidas na Constituição de 1988, não foram observadas na Emenda, especialmente quanto ao papel fundamental desempenhado pela chefia do Executivo e por seus ministérios (em especial, no caso, o ministério da Economia e a Secretaria do Tesouro Nacional). Demais disso, parece desconsiderar a opção política fundamental pelo sistema de governo presidencialista – opção essa que tem importantes consequências de desenho institucional, queira-se ou não.

O exercício de poderes emergenciais por autoridades políticas deve ser sempre encarado com alto grau de cautela e intenso escrutínio. Exercidos por governos eleitos, o controle deve ser forte. Exercidos por agências independentes, mais ainda. Para as agências, as regras do jogo da emergência e da exceção aplicam-se mais rigorosamente, precisamente porque não carregam a sanção do batismo eleitoral (TUCKER, 2018, p. 504). E independentemente do debate em torno da intensidade do controle *vis-à-vis* o lastro

eleitoral da atuação institucional, parece no mínimo conveniente – nomeadamente em termos de ganho de transparência e *accountability* – que diferentes instâncias políticas de atuação sejam chamadas a integrar o átrio deliberativo de respostas emergenciais.

Uma solução juridicamente possível envolveria a exigência, calcada em uma interpretação conforme a constituição, de que as operações do art. 7º da EC nº 106 sejam empreendidas com participação de órgão da administração direta do Executivo federal, atribuindo-lhe no mínimo um poder de veto sobre as operações. Ou, ainda, o reconhecimento de que o dever de prestar contas (art. 7º, §3º) dirige-se não apenas ao Congresso, mas também à presidência da República, que também teria poderes de sustar iniciativas consideradas indevidas.

Mas, independentemente da solução específica, a mensagem principal é de que, em democracias saudáveis, comprometidas em assim permanecerem, estruturas institucionais e arranjos deliberativos não só importam, como ajudam (TUCKER, 2018, p. 520). Ansiedades com desenhos constitucionais, especialmente diante de contextos extremos e de crise, podem ser bem resolvidas com mecanismos de *second* ou *multiple opinion* (VERMEULE, 2014, p. 146). Neste propósito, a credibilidade da autoridade presidencial apresenta-se como um fator importante – e que, inclusive, por imperativos constitucionais, não pode ser desprezada.

## 6 Conclusão

Pretendeu-se neste estudo apresentar uma objeção, de fundo constitucional, ao desenho institucional veiculado na EC nº 106/2020 para atribuição de competências excepcionais ao Banco Central do Brasil. Procurou-se entender de que maneira a atribuição de poderes emergenciais à instituição, nos moldes articulados na Emenda, representa um desafio ao arranjo constitucional de separação funcional de poderes e ao sistema de governo presidencialista.

A compreensão do desafio posto pela normativa recém editada partiu de um foco mais abrangente, desenvolvendo-se inicialmente uma análise do encaixe institucional dos bancos centrais dentro do marco de governança consubstanciado pela chave compreensiva do Estado Regulador. Foram desenvolvidos argumentos com o propósito de demonstrar como os bancos centrais afiguram-se entidades de proa – instituições por excelência – desse novo padrão burocrático, circunstância que atrai implicações não apenas nos domínios do direito administrativo e regulatório, mas também no campo do direito constitucional.

Na sequência, buscou-se entender concretamente de que maneira os poderes do BCB foram temporariamente fortalecidos pela EC nº 106/2020, e qual o conteúdo específico das previsões normativas introduzidas pelo constituinte derivado. Avaliou-se, dentro de um horizonte mais abrangente, de que maneira a iniciativa legislativa se harmoniza com as medidas previstas em outras ordens jurídicas, e de como não se trata de um caso ou episódio isolado, nem de uma atribuição exótica ou *ad hoc* de competências excepcionais, mas sim de uma tendência geral e progressiva à convocação da instituição

para capitanear a resposta governamental em quadros financeiramente críticos, considerados os mandatos institucionais que lhe competem.

Foram então destacados, como contraponto, os problemas que a atribuição de poderes excepcionais – de quase-exceção – a agências reguladoras (em geral) e aos bancos centrais (em especial) avocam. Há objeções arguíveis ao arranjo institucional de concentração da escolha e deliberação administrativas excepcionais direta e exclusivamente no âmbito dessas instituições. Argumentou-se que o estabelecimento de poderes excepcionais a agências, sem engajamento decisório por parte da chefia do Executivo, de braço político da administração direta ou do Congresso afigura-se delicado e merece ser encarado com maiores cautelas.

É que não apenas os tipos de poderes excepcionais a serem estabelecidos e franqueados devem submeter-se a um escrutínio qualificado – também se revela fundamental definir e controlar quem vai decidir sobre o seu manejo, e como se encontra desenhada a respectiva arquitetônica deliberativa.

Sustentou-se que a alocação de competências extraordinárias com forte carga discricionária, exorbitantes da juridicidade vigente em quadros de normalidade, exclusivamente na alçada decisória de agências reguladoras independentes, sem integração da chefia ou de braços delegados de poderes democraticamente eleitos, não parece satisfazer as exigências que decorrem do modelo constitucional de separação funcional dos poderes nem do arranjo de governo presidencialista.

Pretendeu-se argumentar que poderes excepcionais – enquanto excepcionais e porque excepcionais – merecem tratamento diferenciado e cautelas adicionais, sendo, mais do que conveniente, constitucionalmente exigível que o desenho distributivo e adjudicatório seja projetado sob a forma de arranjos compartilhados. Esse compartilhamento, tanto quanto operacionalmente possível, recomenda que sejam integrados e tenham assento os poderes políticos. Observou-se, ademais, que a mera previsão de supervisão *ex post* – no caso da Emenda nº 106/2020, supervisão meramente parlamentar – não parece atender às exigências de uma repartição constitucionalmente adequada das atribuições decisórias, cuja hospedagem concentrada na diretoria do BCB revela-se – sob a ótica da validade – normativamente vulnerável.

Com a presente análise, procurou-se demonstrar que há objeções arguíveis, constitucionalmente calçadas, a este aspecto do desenho introduzido na Emenda. Com isso não se pretende defender nem reipristinar um modelo presidencialmente centralista de governança executiva, nem um arquétipo napoleônico de desenho e práticas administrativas. Tampouco se argumenta contrariamente ao modelo de agências reguladoras independentes e muito menos à importância qualificada dos bancos centrais enquanto instituições vocacionadas à defesa da estabilidade da moeda.

O que se pretendeu aqui argumentar é que também o modelo de agenciificação tem limites constitucionais. A moeda pública e a estabilidade do seu valor podem ter suas sentinelas avançadas – mas se espera que nenhuma delas reivindique a condição de defensora exclusiva da sua guarda. É que todos os monopólios de força – todos aqueles que exclamam “o guardião sou eu” – devem ser vistos com desconfiança.

## Referências

- ACKERMAN, Bruce. Good-bye Montesquieu. //: ROSE-ACKERMAN, Susan; LINDSETH, Peter L. (org.). Comparative Administrative Law. Chentelham: Edward Elgar Publishing, 2012, p. 128-133.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- BAGEHOT, Walter. Lombard Street: a description of the money market. London: John Murray, 1917.
- BERNANKE, Ben S.; GEITHNER, Timothy F; PAULSON JR., Henry M. Firefighting: the financial crisis and its lessons. New York: Penguin Books, 2019.
- BLACK, Julia. The Credit Crisis and the Constitution. //: OLIVER, Dawn; PROSSER, Tony; RAWLINGS, Richard (Ed.) The Regulatory State: Constitutional Implications. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 92-128.
- BRASIL. Congresso Nacional. Emenda Constitucional nº 106, de 7 de maio de 2020. Institui regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para enfrentamento de calamidade pública nacional decorrente de pandemia. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 8 de maio de 2020. Seção 1, p. 1. Disponível em: <<http://www.in.gov.br>>. Acesso em 17 dez. 2020.
- BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração pública burocrática à gerencial. Revista do Serviço Público, Brasília, v. 120, n. 1, ano 47, p. 7-40, Jan.-Abr./1996.
- CARVALHO, Fernando J. Cardim de; SOUZA, Francisco Eduardo Pires de; SICSÚ, João; PAULA, Luiz Fernando Rodrigues de; STUDART, Rogério. Economia monetária e financeira. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.
- CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. A independência da função reguladora e os entes reguladores independentes. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 219, p. 253-270, jan./mar. 2000.
- CHEVALLIER, Jacques. O estado pós-moderno. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- CONTI-BROWN, Peter. The power and independence of the Federal Reserve. New Jersey: Princeton University Press, 2016.
- CUÉLLAR, Mariano-Florentino. James Landis and the Dilemmas of Administrative Government. George Washington Law Review, Washington, v. 83, n. 4/5, p. 1330-1357, Jul./2015.
- CYRINO, André Rodrigues. Direito constitucional regulatório: elementos para uma interpretação institucionalmente adequada da Constituição econômica brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- DURAN, Camila Villard. Crise econômica e o papel do direito na política monetária: um estudo da *accountability* do Bacen, do BCE e do Fed. Revista de Direito Público da Economia, São Paulo, v. 1, p. 23-52, 2012.

\_\_\_\_\_); BORGES, Caio. Enfrentando a crise financeira: como constrangimentos jurídicos causaram a fragmentação institucional do poder monetário brasileiro no pós-2008. *Revista de Direito GV*, São Paulo, v. 14, p. 450-491, 2018.

DYZENHAUS, David. *The constitution of law: legality in a time of emergency*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

ERLING, Marlos Lopes Godinho. *Regulação do Sistema Financeiro Nacional: desafios e propostas de aprimoramento institucional*. São Paulo: Almedina, 2015.

ERNST, Daniel. *Tocqueville's nightmare: the administrative state emerges in America, 1900-1940*. New York: Oxford University Press, 2014.

FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. The law of exception: a typology of emergency powers. *International Journal of Constitutional Law*, New York, vol. 2, n. 2, p. 210-239, 2004.

FRIEDMAN, Milton; GOODHART, Charles A. E. *Money, inflation and the constitutional position of the central bank*. London: Institute of Economic Affairs, 2003.

GREENSPAN, Alan. *O mapa e o território: risco, natureza e o futuro das previsões*. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2013.

GUERRA, Sérgio. Aperfeiçoando a Regulação brasileira por agências: quais lições podem ser extraídas do sesquicentenário modelo norte-americano? *In: GUERRA, Sérgio (coord.) Teoria do Estado Regulador*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 13-106.

LEVINSON, Sanford; BALKIN, Jack M. *Constitutional Dictatorship: Its Dangers and Its Design*. *Minnesota Law Review*, vol. 94, p. 1789-1866, Jun./2010.

MAJONE, Giandomenico. Do Estado positivo ao Estado regulador: causas e conseqüências de mudanças no modo de governança. *Revista do Serviço Público*, Brasília, vol. 50, n. 1, p. 5-36, Jan.-Mar./1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MOOSA, Imad A. *The Myth of Too Big to Fail*. New York: Palgrave Macmillan, 2010.

MORAN, Michael. *The British Regulatory State: High Modernism and Hyper-Innovation*. New York: Oxford University Press, 2003.

OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2011.

POSNER, Eric A.; VERMEULE, Adrian. *The executive unboud: after the Madisonian republic*. New York: Oxford University Press, 2010.

SADDI, Jairo. *O poder e o cofre: repensando o Banco Central*. São Paulo: Textonovo, 1997.

SASTRY, Parinitha. The political origins of Section 13(3) of the Federal Reserve Act. *Economic Policy Review*, Federal Reserve Bank of New York, issue 24-1, p. 1-33, 2018.

SCHMITT, Carl. *Political Theology: Four Chapters on the Theory of Sovereignty*. Cambridge: MIT Press, 1988.

SCOTT, Colin. *Accountability in the Regulatory State*. *Journal of Law and Society*, Oxford, vol. 27, n. 1, p. 38-60, Mar./2000.

SMIALEK, Jeanna; EWING, Jack. Central Bankers Have Crossed Bright Lines do Aid Economies. New York Times, 2020. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2020/06/09/business/economy/central-banks-coronavirus-economies.html>>. Acesso em: 17 dez. 2020

TUCKER, Paul. Unelected power: the quest for legitimacy in central banking and the regulatory state. New Jersey: Princeton University Press, 2018.

VERMEULE, Adrian. Our Schmittian administrative law. Harvard Law Review, Cambridge, n. 122, p. 1095-1149, 2009.

\_\_\_\_\_. The constitution of risk. New York: Cambridge University Press, 2014.

\_\_\_\_\_. Optimal abuse of power. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, vol. 278, n. 3, p. 15-43, set./dez. 2019.



# CONSTITUCIONALISMO DIATÓPICO: ABERTURA AO *GLOBAL*

*CONSTITUTIONALISM*

*DIATOPIC CONSTITUTIONALISM: OPENING TO GLOBAL CONSTITUTIONALISM*

Guilherme Camargo Massau

Professor da Faculdade e do Mestrado em Direito da UFPel; Pós-doutor na PUCRS;  
Doutor em Direito pela Unisinos; Mestre em Ciências Jurídico-Filosóficas pela Universidade  
de Coimbra; Especialista em Ciências Penais pela PUCRS.

Resumo: Esse estudo tem como objetivo identificar a abertura à formação de um *global constitutionalism*, a partir dos fundamentos valorativos das normas constitucionais. Destarte, se estabelece uma medida de similaridade formal entre os textos constitucionais (de regras e de princípios) de vários Estados. Por meio de expressões contidas nos textos constitucionais, localizaram-se os elementos formais que marcam diversas constituições. A escolha das expressões foi aleatória, sendo elas predominantemente genéricas. Demonstrou-se que existe, ao menos em âmbito textual, similaridade de metade dos comandos normativos constitucionais. O método analítico foi adotado, pois se analisaram os textos constitucionais utilizando a base bibliográfica.

Palavras-chave: Comparação; Constitucionalismo; Diatópico; Global.

Abstract: The text aims at identifying the opening of a global constitutionalism education from evaluating fundamentals of constitutional norms. At first, it was sought to stablish a measure of formal similarity between the constitutional texts (rules and principles) of several states. Through expressions contained in constitutional texts it was possible to locate the formal elements which determine several constitutions. The selection of these expressions was carried randomly, and, its majority was generic. It has been demonstrated that exists, at least in textual context, the similarity of half of normative constitutional commands. The method used was the analytical, because it has been analyzed the constitutional texts based on bibliography.

Keywords: Comparation; Constitutionalism; Diatopic; Global.

Submetido em fevereiro de 2021. Aprovado em dezembro de 2021.

## 1 Introdução

A pesquisa realizada concentra-se na disciplina do direito constitucional comparado<sup>1</sup>. Trata-se de um estudo comparado<sup>2</sup> que envolve alguns dispositivos normativos de diversas constituições. Objetiva-se propor uma forma (dentre as possíveis) da manifestação do *global constitutionalism*. Com base nos textos constitucionais, objetivou-se estabelecer uma métrica<sup>3</sup> para assentar um grau de similaridade formal entre as constituições vigentes na comunidade internacional<sup>4</sup>. Acredita-se que a similaridade dos textos normativos constitucionais leva à possibilidade de os Estados agirem com certo grau – determinável – de similaridade. Com isso, as interações político-jurídicas entre os Estados teriam também força constitucional, já que ainda prevalece, no cenário internacional, a concepção do Estado *westfaliano*.

A expressão *constitucionalismo diatópico* refere-se à possibilidade de se identificarem comandos normativos similares entre as constituições vigentes nos Estados da comunidade internacional. O efeito da efetivação dessas normas constitucionais similares leva a ações dos Estados a serem compatíveis uma com as outras. Por isso, a referência ao *diatópico*, aquilo que se diferencia ou se distribui de forma geográfica. No caso em análise, a similaridade das normas entre as constituições indica distribuição e diferenciação geográfica. Utiliza-se, por isso, a palavra similaridade e não igualdade, pois, além das peculiaridades formal-textuais existentes entre as normas deve-se também levar em consideração as distinções materiais de suas interpretações e de suas efetivações.

Contudo, ao levar em consideração que o texto constitucional, em sua formalidade, é o ponto inicial da interpretação (compreensão) de um comando jurídico, surge a possibilidade de se estabelecer uma dinâmica de similitude dos Estado em suas relações internacionais. Por conseguinte, devido à similaridade, o que se projeta com a análise proposta é concentrar, no direito constitucional, posturas esperadas, exigidas e válidas, *que também tenham reflexos no âmbito do direito internacional*<sup>5</sup>.

Isso pelo fato de as normas constitucionais imporem aos Estado ações e abstenções no âmbito interno que se refletem no externo. Destarte, *e.g.*, o direito humano à saúde é

---

1 *Vide*. ATILGAN, Aydin. *Global constitutionalism. A Social-legal Perspective*. Heidelberg: Ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht: Springer, 2018. p. 178-181.

2 A comparação que se propõe, nesse texto, não está relacionada à identificação de aspectos comuns ou destoantes entre os textos constitucionais de forma crítica, tal como deve ser o estudo de direito comparado. KOTZUR, Markus. „Verstehen durch Hinzudenken“ und/oder „Ausweitung der Kampfzone“? In: *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*. Band. 63. Tübingen: Mohr Siebeck, 2015. p. 359.

3 A palavra métrica é aqui usada no sentido da geometria analítica, significando forma diferencial que define o elemento infinitesimal de comprimento de um espaço. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. p. 1329.

4 *Vide*. S. WELLENS, Karel. Revisiting Solidarity as a (Re-)Emerging Constitutional Principle: Some Further Reflections. In: Rüdiger Wolfrum and Chie Kojima (eds.). *Solidarity: A Structural Principle of International Law*. Heidelberg: Springer, 2009. p. 7-8.

5 O reflexo que a similaridade entre as normas constitucionais de diversos Estados pode causar no direito internacional não é objeto de análise, nesse momento. Contudo, tangencia-se a temática devido à natureza da análise proposta no texto.

também um direito fundamental<sup>1</sup>. Se o Estado presta e/ou facilita o acesso aos serviços de saúde à população, está concretizando simultaneamente direitos fundamental e humano. Por consequência, a ideia do *constitucionalismo diatópico* é, em essência, chegar a uma prática internacional<sup>2</sup> uniforme, por meio das normas constitucionais vigentes em distintos Estados (aqui a análise restringe, ao menos, formalmente).

Os aspectos favoráveis a essa visão são: 1) manutenção da soberania *westfaliana*, princípio reitor da comunidade e do direito internacional; 2) força normativa da constituição; 3) manutenção da independência dos Estados; 4) concretização constitucional, no âmbito das relações internacionais no que se refere à execução dos tratados e no respeito aos pactos e declarações internacionais. Os aspectos desfavoráveis são: a) manutenção da soberania *westfaliana* como uma barreira à maior integração internacional; b) dependência de mecanismos internos aos Estados para concretizar normas internacionais; c) manutenção da baixa interferência do direito internacional no âmbito nacional.

Destaca-se que a análise efetuada nesse texto manteve-se no nível formal-textual pelos seguintes óbices: 1) dificuldade de acesso aos dados de cada Estado devido ao idioma; 2) desconhecimento de cada sistema jurídico; 3) dificuldade de acesso aos dados; 4) quantidade de dados a serem trabalhados para se chegar ao conhecimento da efetivação dos respectivos dispositivos constitucionais.

## 2 O Estado *westfaliano* e o direito internacional

O cenário contemporâneo da relação entre os Estados e a ordem internacional é o da independência dos Estados. O princípio da soberania ainda prevalece. Contudo, é necessário reconhecer a influência da globalização – criando certo grau de interdependência – nos Estados e nas organizações internacionais, que os estimula a adotarem políticas semelhantes. Isso se reflete nas normas jurídicas aprovadas pelos Estados em âmbito interno e externo (direito internacional).

A Carta das Nações Unidas (Art. 1, 2)<sup>3</sup> privilegia expressamente a independência entre os Estados. Isso significa que a soberania de cada um deve ser reconhecida e respeitada. Se de fato e de direito assim o é, a consequência é a prevalência das normas internas nos Estados, inclusive no que se refere ao direito internacional por eles aceito e incorporado. Esse é um entrave para a integração entre os Estados, *e.g.*, na União Europeia (UE)<sup>4</sup>. Salienta-se que a noção de direito e, por conseguinte, de constituição tem como

---

1 Adota-se, aqui, a concepção de que os direitos humanos encontram-se positivados em documentos do direito internacional e os direitos fundamentais encontram-se positivados no texto constitucional. MANSSEN, Gerrit. *Grundrechte*. München: Beck, 2000. p. 5.

2 Não, necessariamente, por meio de normas de direito internacional.

3 UNITED NATIONS. Charter of the United Nations. <https://www.un.org/en/sections/un-charter/chapter-i/index.html>. Acesso em 19/04/2020.

4 GUTAN, Manuel. Romanian tendential constitutionalism and the limits of European constitutional culture. In: Martin Belov (Ed.). *Global constitutionalism and its challenges to westphalian constitutional law*. Oxford: Hart, 2018. p. 104, 106-107, 110-111.

base o direito europeu<sup>1</sup>. Muitas das constituições, se não todas, existentes na comunidade internacional sofreram influência de constituições europeias, na forma e na matéria. Isso por si só acarreta um grau genérico de similitude entre textos e institutos constitucionais, que define o poder e os limites do uso da força da autoridade governamental. Além disso, estabelecem-se, em grande parte dos textos constitucionais, garantias substantivas como os direitos humanos, a dignidade humana, a igualdade, o devido processo legal, a democracia<sup>2</sup> dentre outras garantias e instituições.

A concepção do *multilevel constitutionalism* introduz a possibilidade de se estabelecer uma rede multinível de normas capaz de manter elementos já consagrados no cenário político-jurídico internacional, como é o caso do constitucionalismo moderno. O ponto crítico encontra-se na perspectiva que as constituições estatais deixariam de ser a norma fundamental do sistema jurídico. Por conseguinte, embora, por um lado, a independência dos Estados ainda viesse a prevalecer por outro, essa independência seria relativizada a ponto de se subordinar à norma constitucional, internacional ou comunitária, *e.g.*, no caso da UE. A consequência seria o fato de as normas constitucionais (os interesses nacionais e dos cidadãos) ficarem subordinadas à ordem supranacional<sup>3</sup>.

Contudo, no caso da UE, o princípio da subsidiariedade sustenta a relação entre os Estados e a UE. Tal princípio encontrava previsão no *Constitutional Treaty* e foi reforçado no Tratado de Lisboa<sup>4</sup> (Art.10, n. 3)<sup>5</sup>. Ele visa proteger a capacidade decisória dos Estados-membros e, portanto, legitimar a intervenção da UE, no caso de insuficiência de condições do Estado-membro para concretizar os níveis exigidos pela UE. No mesmo sentido, no que condiz à proteção dos direitos humanos, o Art. 35 da Convenção Europeia de Direitos Humanos estabelece o princípio da subsidiariedade<sup>6</sup> como critério de admissibilidade de demandas relativas aos direitos humanos. Dessa forma, a Corte Europeia dos Direitos Humanos analisará o caso após exauridos todos os remédios domésticos<sup>7</sup>.

A força de tal princípio indica o grau de soberania dos Estados-membros da UE, garantindo um espaço seguro de autonomia a cada membro frente à União<sup>8</sup>. Com isso, há

---

1 KOTZUR, Markus. Der Jurist als Weltbürger – Überlegungen zu Bildungsidealen und Ausbildungszielen der Juristenausbildung in Zeiten der Globalisierung. In: Wolfgang Durner, Franz Reimer, Indra Spiecker genannt Döhmann und Astrid Wallrabenstein (Hrsg.). *Das sinnvoll Denkbare denken, das davon Machbare machen*. Gedächtnisschrift für Arndt Schmehl. Berlin: Dunker & Humblot, 2019. p. 29-30.

2 KOTZUR, Markus. Europe's unfinished community of law. Legal challenges of the integration project. In: Adreas Grimm (Ed.). *The crisis of the European Union*. Challenges, Analyses, Solutions. Routledge, s.d. p. 32.

3 *Vide*: KOTZUR, Markus. Europe's unfinished community of law. Legal challenges of the integration project. In: Adreas Grimm (Ed.). *The crisis of the European Union*. Challenges, Analyses, Solutions. Routledge, s.d. p. 32-33.

4 KIVVER, Philipp. The national parliaments and the principle of subsidiarity. In: *Maastricht Journal of European and Comparative Law*. v. 15. 2008. p. 78.

5 Art. 10, n 3: "Todos os cidadãos têm o direito de participar na vida democrática da União. As decisões são tomadas de forma tão aberta e tão próximas dos cidadãos quanto possível." ASSEMBLEIA da República portuguesa. *Tratado de Lisboa – versão consolidada*. [https://www.parlamento.pt/europa/Documents/Tratado\\_Versao\\_Consolidada.pdf](https://www.parlamento.pt/europa/Documents/Tratado_Versao_Consolidada.pdf). Acesso em: 9 de janeiro de 2021.

6 FABBRINI, Frederico. The Margin of Appreciation and the Principle of Subsidiarity: A Comparison. In: *iCourts Working Paper Series*. n. 15, 2015. p. 5.

7 EUROPEAN Court of Human Rights. *European Convention on Human Rights*. [https://www.echr.coe.int/documents/convention\\_eng.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/convention_eng.pdf). Acesso em: 9 de janeiro de 2021.

8 FABBRINI, Frederico. The Margin of Appreciation and the Principle of Subsidiarity: A Comparison. In: *iCourts Working Paper Series*. n. 15, 2015. p. 9-11.

que se reconhecer que os Estados não cederam de todo sua autonomia à UE, tanto que os Estados-membros podem dela sair, como ocorreu com o Reino Unido (o chamado *Brexit*). Se a UE detivesse a soberania, a desvinculação da União dependeria exclusivamente da UE ou nem seria permitido tal desmembramento. O Estado *westfaliano*, portanto, ainda possui grande força no caso da UE.

## 2.1 A prevalência nacional

A soberania interna e a independência externa são elementos jurídicos contemporâneos dos Estados. Destarte, o Estado é como uma entidade singular, indivisível para o direito internacional. Ele decide sobre questões internas e participa<sup>1</sup>, com os demais Estados, nas decisões que conduzem a compromissos internacionais. Desta forma, para pensar sobre o *global constitutionalism*, em face da realidade jurídico-política dos Estados, deve-se assumir um movimento que inicie interna e termine externamente. Sem essa direção, as propostas estruturantes de ordem global homogênea ou uma constituição internacional estarão distantes de uma futura realidade ou factibilidade.

Destaca-se, pois, a importância dos parâmetros jurídicos *constitucionais* das posições políticas adotadas pelos Estados no âmbito internacional. Trata-se de normas constitucionais propícias a estabelecer conexões normativas com o direito internacional<sup>2</sup>, e, principalmente, projetar um horizonte comum entre os Estados. Ao levar em consideração a hipótese de que, *prima facie, e.g.*, os princípios constitucionais das relações internacionais refletem-se, em parte, na base normativo-valorativa de princípios de direito internacional<sup>3</sup>, se poderá estar diante de situações normativas bidimensionais (ou *dédoublement fonctionnel*)<sup>4</sup>, ou seja, com força ao mesmo tempo constitucional e internacional.

Isso significa que a realização do suporte fático dos princípios na esfera constitucional é a realização do suporte fático internacional. Contrariá-los significa violá-los, portanto é ação inconstitucional. O fato da existência de normas (regras e princípios) constitucionais similares entre as Constituições da comunidade internacional viabiliza, *embrionariamente*, a concepção de uma face do *global constitutionalism*. A conexão com o Direito internacional tende a ocorrer por existir semelhança entre o suporte fático do direito constitucional e o do direito internacional. Além disso, o sujeito realizador e violador, tanto para o direito internacional como para o nacional, será o Estado, porém em suas respectivas dimensões. Destaca-se que os mecanismos de aplicação do Direito<sup>5</sup> são distintos como as forças normativas também o são.

---

1 CRAWFORD, James and KOSKENNIEMI, Martti. *International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 121.

2 DUNOFF, Jeffrey L. and TRACHTMAN, Joel P. A Functional Approach to International Constitutionalization. In: Jeffrey L. Dunoff and Joel P. Trachtman (Eds.). *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*. Cambridge: Cambridge University, 2009. p. 10. S. HABERMAS, Jürgen. *Der gespaltene Westen*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2004. p. 133-137.

3 *Vide*. O'DONOGHUE, Aoife. *Constitutionalism in global constitutionalisation*. Cambridge: Cambridge Press, 2014. p. 44-51.

4 *Vide*. SCALLE, Georges. *Précis de droit des gens. Principes et systématique*. Paris: Dalloz, 1932. p. 54-56; CASSESE, Antonio. Remarks on Scelle's Theory of "Role Splitting" (*dedoublement fonctionnel*) in international Law. In: *European Journal of International Law*. v. 1, n. 1 (1990). p. 210-213. (<http://www.ejil.org/archive.php?issue=71>. Acesso em: 01/07/2019)

5 Nesse sentido, o jurista (aplicador do Direito) terá que ter abertura à perspectiva cosmopolita, principalmente no que concerne à defesa da liberdade. KOTZUR, Markus. *Der Jurist als Weltbürger* –

## 2.2 Constitucionalismo diatópico

O denominado *constitucionalismo diatópico*<sup>1</sup> mostra-se pela similitude e equivalência das normas constitucionais em diferentes Estados. Obviamente que a mera semelhança entre os textos constitucionais não significa igual eficácia e efetividade. Contudo, ela revela, no mínimo, similaridade no plano da existência. Tendo como pressuposto a adoção e a efetividade dos princípios da normatividade da norma constitucional, da prevalência do texto constitucional, da unidade da Constituição (e do ordenamento jurídico) e o princípio da concordância prática<sup>2</sup>, é possível inferir que os Estados assemelham-se em termos de valores principiológicos e tendem a assumir exigências normativas semelhantes entre si e a estar em consonância com exigências normativas similares. Isso preestabelece uma comunidade internacional (à parte do direito internacional) formalmente, mas não, de maneira necessária, materialmente, na medida que existe similaridade de normas jurídicas que estabelecem condutas semelhantes entre os Estados, podendo ter reflexo prático nos âmbitos interno e externo.

## 3 Semelhanças formais entre Constituições

Para demonstrar a semelhança normativa entre as constituições dos Estados optou-se por fazer um levantamento textual. Para isso, foram escolhidas palavras-chave, a fim de localizar nas constituições seu dispositivo específico. Optou-se por termos abrangentes como *tolerance*, *human rights*, *United Nation*, *human dignity* e, especificamente, *right to health care*. O direito à saúde foi escolhido de aleatoriamente para que se pudesse ter um direito como parâmetro mais restrito em relação aos demais. O idioma utilizado para a busca foi o inglês, o mesmo da base de dados consultada. Por igual motivo, mantiveram-se os nomes dos Estados no idioma da pesquisa. Em relação às regras e aos princípios que disciplinam a relação entre os âmbitos jurídico-políticos interno e externo, foram localizados, por meio de leitura, os artigos em cada constituição.

### 3.1 Tolerância, Organização das Nações Unidas e Direitos Humanos

Inicia-se com o princípio da tolerância. Entre 199 constituições, foram encontradas 483 que a ele fazem referência expressa. Destaca-se, no entanto, que tal princípio possui

---

Überlegungen zu Bildungsidealen und Ausbildungszielen der Juristenausbildung in Zeiten der Globalisierung. In: Wolfgang Durner, Franz Reimer, Indra Spiecker genannt Döhmann und Astrid Wallrabenstein (Hrsg.). *Das sinnvoll Denkbare denken, das davon Machbare machen*. Gedächtnisschrift für Arndt Schmehl. Berlin: Duncker & Humblot, 2019. p. 39.

1 O *constitucionalismo diatópico* não é nem pretende ser um desdobramento do direito internacional. Ele é uma projeção normativa de fundamentos valorativos similares entre os Estados que, de certa forma, refletem-se na comunidade internacional através da ação dos Estados.

2 *Vide*: HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 19. Aufl. Heidelberg: Müller, 1993. p. 24-36.

3 Essas são as seguintes constituições: *Albania* (1998), Preamble; *Andorra* (1993), Art. 1, 2; *Angola*, (2010), Preamble, Art. 22, 3, b; *Austria* (1920), A, Art. 14, 5A; *Benin* (1990), Art. 36; *Bhutan* (2008), Art. 3, 1, Art. 8, 3; *Bosnia and Herzegovina* (1995), Preamble; *Bulgaria* (1991), Preamble, Art. 31, 1;

amplo espectro de significado e que ele está presente, implicitamente, em outros ordenamentos jurídicos<sup>1</sup>. Iguamente foram objeto de busca princípios referentes às relações internacionais que se assemelham aos contidos no Art. 4º<sup>2</sup> da constituição brasileira. Eles foram encontrados em 35 constituições, incluindo a brasileira, dentre as 198 analisadas. Na mesma linha de abertura constitucional à esfera internacional, buscaram-se constituições que contivessem as expressões 'Organização das Nações Unidas e/ou Direitos Humanos'. Elas foram localizadas em 114 das 198 constituições analisadas<sup>3</sup>.

---

*Burkina Faso* (1991), Chapter of the transition, Art. 1; *Burundi* (2005), Preamble, Art. 67; *Cape Verde* (1980) Art. 77, 2, Art. 81, Art. 82; *Central African Republic* (2016), Preamble; *Congo* (Democratic Republic of the) (2005), Art. 66; *Congo* (2015), Art. 51; *Côte d'Ivoire* (2016), Preamble; *Ecuador* (2008), Art. 66, 8; *Egypt* (2014) Art. 19; *Eritrea* (2014), Art. 19; *Gambia* (1996), 216, 1; *Ghana* (1992), 35, 9; *Guinea* (2010), Art. 22; *Guyana* (1980), 212D, d; *Kosovo* (2008), Art. 548, 2; *Liberia* (1986), Preamble; *Malawi* (1994), 12, 2; *Maldives* (2008), 36, c, 67, b; *Mexico* (1917) Art. 123, A, XXII; *Moldova* (1994), Art. 31, 1; *Montenegro* (2007), Preamble; *Morocco* (2011) Preamble; *Mozambique* (2004) Art. 11, Art. 12, 4, Art. 44, Art. 45, d; *Nepal* (2015), Preamble, Part. 4, 50, 2, 51, a, 2; *Niger* (2010) Art. 158; *Nigeria* (1999), 23; *Pakistan* (1973), Preamble, Annex; *Portugal* (1976), Art. 73, 2; *Romania* (1991), Art. 29, 2; *Rwanda* (2003), Preamble, Art. 46; *Serbia* (2006), Art. 81; *Seychelles* (1993), 49; *South Africa* (1996) Part. c, 185, 1, b; *South Sudan* (2011), 36, 2, c, 46, 2, b; *Sudan* (2005), Preamble, 23, 2, b, 156, a; *Swaziland* (2005), 58, 6; *Togo* (1992), Art. 48; *Tunisia* (2014), Art. 6, Art. 42; *Uganda* (1995), Political Objectives, III, IIII; *Zimbabwe* (2013), Preamble. A pesquisa foi realizada no sítio <https://www.constituteproject.org/search?lang=en>, no dia 17 de janeiro de 2020. A palavra de busca foi *tolerance*.

1 *Vide*: KOTZUR, Markus. Toleranzdenken und internationalen Ordnung. Überlegungen zur Systemrelevanz von Toleranz für das Völkerrecht. In: *Archiv des Völkerrechts*. 48 Band. Mohr Siebeck: Tübingen, 2010. p. 163-188.

2 Constituições que apresentam textos de princípios semelhantes ou aparentados aos princípios da Constituição brasileira (e não função normativa dos textos): *Afghanistan* 2004 (Art. 8); *Algeria* 1989 (Art. 27, Art. 28); *Angola* 2010 (Art. 12, 1, 2 e 3); *Bangladesh* 1972 (Art. 25); *Belarus* 1994 (Art. 18); *Bhutan* 2008 (Art. 9, 24); *Bolivia* 2009 (art. 255); *Bosnia Herzegovina* 1995 (Preâmbulo, Art. II, 1, 2 e 8, e Art. III, 2, a); *Burkina Faso* 1991 (Preamble); *Cape Verde* 1980 (Art. 10); *Dominican Republic* 2015 (Art. 26); *Djibouti* 1992 (Art. 9 e Art. 22); *Ecuador* 2008 (art. 416); *Iraq* 2005 (Art. 8); *Ireland* 1937 (Art. 29, 1, 2 e 3); *Italy* 1947 (Art. 11); *Kazakhstan* 1995 (Art. 8); *Mozambique* 2004 (Art. 17,1 e Art. 19); *Nicaragua* 1987 (Art. 5, 8); *Norway* 1814 (Art. 115); *Oman* 1996 (Art. 10); *Paraguay* 1992 (art. 143 e Art. 144); *Philippines* 1987 (Art. 2, sec 2); *Portugal* 1976 (Art. 7, 5 e 6); *South Sudan* 2011 (43); *Sudan* 2005 (art. 17); *Suriname* 1987 (Art. 7); *Taiwan* 1947 (Art. 141); *Togo* 1992 (Preamble); *Uganda* 1995 (XXVIII); *Uzbekistan* 1992 (Art. 17); *Venezuela* 1999 (Art. 152); *Vietnam* 1992 (Art. 12); *Zimbabwe* 2013 (Art. 12, 1, b e c, 2). Utilizou-se o [www.constituteproject.org](http://www.constituteproject.org) para citar as informações das constituições.

3 As constituições que trazem a expressão Organização das Nações Unidas e/ou DDHH são: *Afghanistan* 2004 (Art. 7, Art. 58); *Albania* 1998 (Art. 17, 2, Art. 121, b); *Angola* 2010 ( Art. 12, 1, Art. 26, 2, Art. 71, 1); *Algeria* 1989 (Art. 31, Art. 198, Art. 199); *Andorra* 1993 (Art. 5); *Argentina* 1853 (Art. 75, 22, 23, 24); *Armenia* 1995 (Art. 61, 2, Art. 81, 1); *Austria* 1920 (Art. 148h, 3); *Azerbaijan* 1995 (Art. 71, Art. 95, I, 6, Art. 109, 14); *Bangladesh* 1972 (25); *Benin* 1990 (Preamble, Art. 7, Art. 40); *Bolivia* 2009 (Art. 13, IV, Art. 14, III); *Bosnia and Herzegovina* 1995 (Preamble, Art. I, 1, Art. II, 1, 2, Annex I); *Brazil* 1988 (Art. 5º, §3º, Art. 4º, II); *Burkina Faso* 1991 (Preamble); *Burundi* 2005 (Preamble, Art. 19, Art. 274); *Cambodia* 1993 (Art. 31, Art. 48); *Cameroon* 1972 (Preamble); *Cape Verde* 1980 (Art. 16, 3); *Central African Republic* 2016 (Preamble); *Colombia* 1991 (Art. 93, Art. 214, 2); *Comoros* 2001 (Preamble); *Congo [Democratic Republic]* 2005 (Preamble, Art. 45); *Congo* 2015 (Preamble, Art. 214, Art. 215, Art. 216); *Côte D'Ivoire* 2016 (Preamble, Art. 113); *Croatia* 1991 (Preamble, Art. 93); *Cuba* 2019 (Art. 16, c); *Djibouti* 1992 (Preamble); *Dominican Republic* 2015 (Art. 26, 3); *Ecuador* 2008 (Art. 11, 3, 7, Art. 57, Art. 93, Art. 156, Art. 157, Art. 384, Art. 416, 7, Art. 424, Art. 436, 5); *Egypt* 2014 (Preamble, Art. 99, Art. 214); *Equatorial Guinea* 1991 (Preamble); *Ethiopia* 1994 (Art. 10, Art. 13, 2, Art. 55, 14); *Fiji* 2013 (Preamble, 45, 115, 7); *Finland* 1999 (Section 1); *France* 1958 (Title XVII); *Gabon* 1991 (Preamble); *Germany* 1949 (Art. 16a, 2, 5) *Ghana* 1992 (40d, i, 70, 1, a, 71, c, 216); *Guatemala* 1985 (Art. 46, Art. 273, Art. 274, Art. 275); *Guinea* 2010 (Preamble, Art. 25, Art. 80, Art. 94, Art. 96, Art. 100, Art. 146); *Guinea-Bissau* 1984 (Art. 29, 2); *Guyana* 1980 (39, 2, 154A, 4, 5, 212G, a, 212H, 212J, 212N, 212O);

### 3.2 Dignidade humana e dispositivos constitucionais de relações internacionais

Ressalta-se que o princípio da dignidade humana (ou expressão similar) tem espaço em 1511 das 193 constituições pesquisadas. Destaca-se que a *dignidade humana* é

---

*Haiti* 1987 (Preamble, Art. 19); *Honduras* 1982 (Art. 59); *Iraq* 2005 (Art. 102); *Kazakstan* 1995 (Art. 12, 1, 2, 5); *Kenya* 2010 (59, 248, 2, a); *Korea (Republic of)* 1948 (Art. 10); *Kosovo* 2008 (Art. 17, 2, Art. 18, 2, Art. 21, 1, 2, 3, Art. 22, Art. 53); *Kyrgyzstan* 2010 (Art. 16, 1, Art. 20, Art. 40, 1, Art. 41, 2); *Latvia* 1922 (Art. 91); *Lebanon* 1926 (Preamble B); *Lesotho* 1993 (Chapter XIA); *Libya* 2011 (Art. 30, 2); *Macedonia* 1991 (Art. 10); *Madagascar* 2010 (Preamble); *Malawi* 1994 (Chapter XI, 170, 2); *Maldives* 2008 (Part. 4); *Mali* 1992 (Preamble); *Malta* 1964 (1, 3, b, i); *Mauritania* 1991 (Preamble); *Mexico* 1817 (Preamble, Art. 15, Art. 102, B, Art. 105, II, g, h, i); *Micronesia* 1978 (Art. XVI, 1); *Moldova* 1994 (Art. 4, 1); *Mongolia* 1992 (Art. 19, 1, 2); *Montenegro* 2007 (Art. 81, Art. 147, 3, Appendix, Art. 5); *Morocco* 2011 (Preamble, Art. 7, Art. 19, Art. 23, Art. 92, Art. 161, Art. 164, Art. 171); *Mozambique* 2004 (Art. 43); *Namibia* 1990 (Art. 146, 2, d); *Nepal* 2015 (51, b, 2, m, 1, 248, 249); *New Zealand* 1993 (Human Rights Act 1993); *Nicaragua* 1987 (Art. 46, Art. 93); *Niger* 2010 (Preamble, Art. 44); *Norway* 1814 (Art. 92); *Palestine* 2003 (Art. 10, Art. 31); *Panama* 1972 (Art. 129); *Papua New Guinea* 1975 (39, 3, b, c, d, e, 279, b); *Paraguay* 1992 (Art. 144, Art. 145); *Peru* 1993 (Fourth, Declaration the Democratic Constitution Congress); *Philippines* 1987 (Art. XII, sec 17, sec 18); *Portugal* 1976 (Art. 16, 2); *Romania* 1991 (Art. 20); *Russian* 1993 (Art. 17, Art. 18, Art. 85, 2); *Rwanda* 2003 (Art. 139, 1, a, 3, c); *Sao Tome and Principe* 1975 (Art. 12, 2, Art. 18, 1); *Senegal* 2001 (Preamble); *Serbia* 2006 (Art. 20); *Seychelles* 1993 (49); *Slovakia* 1992 (Art. 86, d, Art. 134, 4); *Slovenia* 1991 (II Human Rights and Fundamental freedoms, Art. 47, Art. 68); *Somalia* 2012 (Art. 3, 4, Art. 41, Art. 111B); *South Africa* 1996 (181, 1, b, 2, 3, 4, 5, 184, 185, 3, 193, 1, 2, 4, a, 5, 194, 1, 2, b, 3); *South Sudan* 2011 (9, 4, 43, a, Chapter IV, 169, 4); *Spain* 1978 (Section 10, 2); *Sri Lanka* 1978 (41, B, schedule, e, 170, m); *Swaziland* 2005 (163, 163, 165, 166, 167, 236, d, 2); *Sweden* 1974 (Chapter 2, Art. 19); *Switzerland* 1999 (Art. 197, 1, 11); *Tanzania* 1977 (Chapter 6); *Thailand* 2017 (Part 6); *Timor-Leste* 2002 (Preamble, Art. 23); *Togo* 1992 (Preamble, Art. 50, Art. 138, Title XV); *Tunisia* 2014 (Art. 82, Art. 125, Art. 128); *Turkmenistan* 2008 (Art. 2); *Tuvalu* 1986 (15, 5, c); *Uganda* 1995 (51); *Ukraine* 1996 (Art. 22, Art. 55); *United Arab Emirates* 1971 (Preamble, Art. 12); *United Kingdom* 1215 (Human Rights Act 1998; Northern Ireland Act 1998, 13, 4, b, Scotland Act 1998, 100, 126, Subheading 3); *Venezuela* 1999 (Art. 280; Art. 339); *Viet Nam* 1992 (70, 14); *Yemen* 1991 (Art. 6); *Zimbabwe* 2013 (232, b, 237, 242, 243, 244). Utilizou-se o [www.constituteproject.org](http://www.constituteproject.org) para citar as informações das constituições.

1 São as seguintes constituições: *Afghanistan* (2004) Art. 6; *Albania* (1998) Preamble, Art. 3; *Andorra* (1993) Art. 4; *Angola* (2010) Preamble, Art. 1; *Antigua and Barbuda* (1981) Preamble; *Armenia* (1995) Art. 3, 1; *Azerbaijan* (1995) Art. 13, III, Art. 8, II, Art. 24, I, Art. 46, Art. 68, I; *Bahrain* (2002) Art. 18; *Bangladesh* (1972) 11; *Barbados* (1966) Preamble, a; *Belarus* (1994) Art. 25, Art. 42, Art. 53; *Belgium* (1831) Art. 23; *Belize* (1981) Preamble, a, 3 c; *Benin* (1990) Preamble; *Bhutan* (2008) Art. 9, 3; *Bolivia* (2009) Preamble, Art. 8, II, Art. 9, 2, Art. 21, 2, Art. 22, Art. 73, I; *Bosnia and Herzegovina* (1995) Preamble; *Bulgaria* (1991) Preamble, Art. 4, 2, Art. 6, 1; *Burkina Faso* (1991) Preamble; *Burundi* (2005) Art. 13, Art. 14, Art. 21, Art. 52; *Cambodia* (1993) Art. 38, 2; *Cape Verde* (1980) Art. 1, 1, Art. 226; *Central African Republic* (2016) Preamble; *Chad* (1996) Preamble; *Chile* (1980) Art. 1; *China* (1982) Art. 38; *Colombia* (1991) Art. 1, Art. 21, Art. 51, Art. 53, 5, Art. 70, 2; *Democratic Republic of the Congo* (2005) Art. 11, Art. 18, 5; *Côte D'Ivoire* (2016) Preamble, Art. 2, 3, Art. 7, 3; *Croatia* (1991) Art. 25, Art. 35; *Cuba* (1976) Preamble, Art. 9, a, 3, Art. 16, Art. 42, Art. 43; *Czech Republic* (1993) Preamble; *Dominica* (1978) Preamble, a; *Dominican Republic* (2015) Preamble, Art. 5, Art. 7, Art. 8, Art. 38; *Ecuador* (2008) Preamble, Art. 11, 7, Art. 84, Art. 158, 3; *Egypt* (2004) Preamble, Art. 51, Art. 55, Art. 56, Art. 78; *El Salvador* (1983) Art. 10, Art. 11, 2; *Equatorial Guinea* (1991) Art. 5, a, Art. 13, 1, a, Art. 14; *Eritrea* (1997) Preamble, Art. 2, 2, Art. 16; *Estonia* (1992) Art. 10; *Ethiopia* (1994) Art. 21, 1, Art. 24, 1, Art. 29, 6, Art. 30, 2, Art. 91, 1; *Fiji* (2013) Preamble, Art. 1, e, Art. 3, 1, Art. 7, 1, a, Art. 13, 1, j; *Finland* (1999) Section 1, 2, Section 7, 2, Section 9, 4; *Gambia* (1996) Art. 28, 1, Art. 31, 1, Art. 37, 8; *Georgia* (1995) Art. 17; *Germany* (1949) Art. 1, Abs. 1; *Ghana* (1992) Art. 15, 1, Art. 33, 5, Art. 35, 4; *Greece* (1975) Art. 7, 2, Art. 106, 2; *Grenada* (1973) Preamble, c; *Guatemala* (1985) Art. 4; *Guinea* (2010) Art. 5; *Guinea-Bissau* (1984) Art. 17, 1; *Haiti* (1987) Art. 44-1; *Honduras* (1982) Art. 59, 2, Art. 63, Art. 68, 3, Art. 76; *Hungary* (2011) Preamble, (Freedom and Responsibility) Art. II, Art. IX, 4, 5, Art. 37, 4; *India* (1949) Preamble, 39, F, 51A, e; *Indonesia* (1945) Art. 28G, Art. 28H, 3, Art. 32, 2; *Iran* (1979) Preamble

encontrada na ampla maioria das constituições em vigor no mundo. Isso, em tese, revela que o valor *dignidade humana* possui, formalmente, espaço nos textos constitucionais.

A relação entre direito interno e direito internacional envolve a normatização do processo das relações internacionais do Estado. Cada Estado, inserido na perspectiva do Estado de Direito, possui regras e princípios que disciplinam a comunicação com as pessoas jurídicas de direito internacional. Logo, o Direito regulamenta quem possui a e a extensão da competência para representar o Estado e como e quando ele deve agir externamente.

Para identificar quantas constituições adotam regras e princípios que disciplinam a relação entre os âmbitos jurídico-políticos interno e externo, foram analisadas 198 constituições, das quais 173 possuem regras e princípios condizentes à legitimidade e à competência do representante do Estado no exterior e do processo de internalização do direito internacional. A maioria dos casos envolve representantes do Poder Legislativo e do Poder Executivo. Desta feita, os artigos citados dizem respeito, especificamente, a tais regras e princípios<sup>1</sup>.

---

– MassCommunicationMedia –, Art. 2, 6, Art. 22, Art. 121; *Iraq* (2005) Art. 37, First, A; *Ireland* (1937) Preamble; *Israel* (1958) Basic Law: Human Dignity and Liberty (1992) 1A, 2, Basic Law: The Government (2001) 39, d; *Italy* (1947) Art. 3, Art. 41, 2; *Jamaica* (1962) 13, 1, b, 14, 4; *Japan* (1946) Art. 24, 2; *Jordan* (1952) Art. 8, 2; *Kazakhstan* (1995) Art. 17; *Kenya* (2010) 10, 2, b, 19, 2, 20, 4, a, 24, 1, 28, 54, 1, a, 57, c, 244, d; *Republic of Korea* (1948) Art. 10, Art. 32, 3, Art. 36, 1; *Kosovo* (2008) Art. 23; *Kuwait* (1962) Preamble, Art. 29; *Kyrgyzstan* (2010) Art. 20, 4 (6), 5 (1), Art. 22, 2, Art. 29, 1, Art. 33, 5; *Latvia* (1922) Preamble, Art. 95; *Lybia* (2011) Art. 7; *Liechtenstein* (1921) Art. 27bis; *Lithuania* (1992) Art. 25, 3; *Macedonia* (1991) Art. 11; *Madagascar* (2010) Art. 17, Art. 29; *Malawi* (1994) 12, 1, d, 19, 42, 1, b, 2, g, iv; *Maldives* (2008) 57, 68; *Mauritania* (1991) Preamble; *Mexico* (1917) Art. 1, 5, Art. 3, II, c, Art. 25, 1; *Moldova* (1994) Art. 1, 3, Art. 9, 2, Art. 32, 2; *Monaco* (1962) Art. 20, 2; *Mongolia* (1992) Art. 16, 17, Art. 17, 2; *Montenegro* Art. 25, 3, Art. 27, 1, Art. 28, 1, Art. 31, 1, Art. 47, 2; *Morocco* (2011) Preamble, Art. 22, 2, Art. 161; *Mozambique* (2004) Art. 48, 6, Art. 119, 3, Art. 120, 1; *Myanmar* (2008) 44; *Namibia* (1990) Preamble, Art. 8, Art. 98, 1; *Nepal* (2015) 16, 1; *New Zealand* (1952) Bill of Rights Act (1990) 23, 5; *Nicaragua* (1987) Art. 5, Art. 6, Art. 33, 2, 2.1, Art. 82, 1; *Niger* (2010) Preamble, Art. 50, Art. 74, Art. 89, Art. 158, 1; *Nigeria* (1999) 17, 2, b, 21, a, 24, c, 34, 1; *Oman* (1996) Art. 31; *Pakistan* (1973) 11, 4, b, 14, 1; *Panama* (1972) Preamble, Art. 17, 2, Art. 122; *Papua New Guinea* (1975) Preamble, 36, 1, 37, 17, 39; *Peru* (1993) Art. 1, Art. 3, Art. 7, Art. 23, 3; *Philippines* (1987) Art. II, sec. 11, Art. XIII, sec. 1; *Poland* (1997) Preamble, Art. 30; *Portugal* (1976) Art. 1, Art. 59, 1, b, Art. 67, 2, e; *Romania* (1991) Art. 1, 3; *Russian* (1993) Art. 21, 1; *Rwanda* (2003) Art. 23, 1, Art. 38, 2; *Saint Kitts and Nevis* (1983) Preamble, a; *Saint Lucia* (1978) Preamble, e; *Saint Vincent and Grenadines* (1978) Preamble, c; *Sao Tome and Principe* (1975) Preamble; *Saudi Arabia* (1992) Art. 39; *Serbia* (2006) Art. 19, Art. 23, 1, Art. 28, 1, Art. 69; *Seychelles* (1993) Preamble, 16; *Sierra Leone* (1991) 8, 2, b, 13, e; *Slovakia* (1992) Art. 12, 1, Art. 19, 1; *Slovenia* (1991) Art. 21, Art. 34; *Solomon Island* (1978) Preamble; *Somalia* (2012) Art. 10; *South Africa* (1996) 1, a, 7, 1, 10, 35, 2, e, 36, 1, 39, 1, a; *South Sudan* (2011) Preamble, 1, 5, 11, 17, 1, g, 35, 2, 38, f, 169, 6; *Spain* (1978) Section 10, 1; *Sri Lanka* (1978) Preamble; *Sudan* (2005) 1, 2, 28, 45, 1; *Suriname* (1987) Art. 16, 3; *Swaziland* (2005) 18, 1, 30, 1, 57, 2, 60, 6; *Sweden* (1974) Art. 2; *Switzerland* (1999) Art. 7, Art. 118b, 1, Art. 119, 2, Art. 119e; *Syrian Arab Republic* (2012) Preamble, Art. 19, Art. 33, 1; *Taiwan* (1947) Art. 10, 6; *Tajikistan* (1994) Art. 5, e; *Tanzania* (1977) 9, a, f, 12, 2, 13, 6, d, 25, 1; *Thailand* (2017) Section 4, Section 26, Section 32; *Timor-Leste* (2002) Art. 1, 1; *Togo* (1992) Preamble, Art. 11, 1, Art. 28, 3; *Trinidad and Tobago* (1976) Preamble; *Tunisia* (2014) Art. 23, Art. 30, 1, Art. 47, 1; *Turkey* (1982) Art. 17, 3; *Turkmenistan* (2008) Art. 4, 2, Art. 31, Art. 60; *Tuvalu* (1986) Preamble (6), 12, c, 15, 27, 3, f, 29, c; *Uganda* (1995) XVI, XXIV, 24, 35, 1; *Ukraine* (1996) Art. 3, Art. 21, 1, Art. 28, 1; *Uzbekistan* (1992) Art. 13, Art. 27, 1, Art. 34, 2, Art. 48; *Venezuela* (1999) Art. 3, Art. 46, Art. 47, Art. 55, Art. 80, Art. 81, Art. 332; *Viet Nam* (1992) Art. 20, 1; *Yemen* (1991) Art. 48, a; *Zambia* (1991) Art. 8, d; *Zimbabwe* (2013) 3, 1, e, 16, 1, b, 50, 1, c, 5, d, 51, 56, 5, 62, 4, 80, 1, 86, 2, 3, b, 141, iv, Section 87, 4, 1, c.

<sup>1</sup> *Afghanistan* 2004 (Art. 64, 14 e 17, Art. 90, 5, Art. 97, Art. 121); *Albania* 1998 (Art. 5, Art. 29, Art. 92, dh, e, ë, Art. 109, 4, Art. 116, 1, b, Art. 117, 3, Art. 121, 1, Art. 122, Art. 123, Art. 131, a, b e c, Art. 171,

2, Art. 180, Art. B, 1 e 2); *Angola* 2010 (Art. 13, Art. 108, 4 e 5, Art. 121, Art. 134, 4, f, Art. 161, k e l, Art. 202, Art. 203, Art. 207, 1, Art. 209, 1, Art. 210, 1, Art. 211, Art. 227, b, Art. 228, 1, Art. 229, 1); *Algeria* 1989 (Art. 13, Art. 27, Art. 91, 9, Art. 111, Art. 149, Art. 190); *Andorra* 1993 (Art. 3, 3, Art. 64, Art. 65, Art. 66, Art. 67); *Antigua and Barbuda* 1981 (Art. 8, 3, b, Art. 89, 2, b); *Argentina* 1853 (Art. 75, 22, Art. 99, 11); *Armenia* 1995 (Art. 5, 3, Art. 13, Art. 19, 2, Art. 55, 2, Art. 76, Art. 81, 2, Art. 111, Art. 116, Art. 132, 1, 1, 2, 3, 2, Art. 169, 2, Art. 204, Art. 205); *Australia* 1901 (Art. 75, i); *Austria* 1920 (Art. 9, Art. 10, 1, 1a, 2, Art. 15a, 3, Art. 16, B [European Union], Art. 26a, Art. 50, Art. 50a, Art. 50b, Art. 50c, Art. 50d, Art. 65, Art. 66, 2, Art. 145); *Azerbaijan* 1995 (Art. 1, II, Art. 7, II, Art. 8, III, Art. 10, Art. 12, Art. 69, Art. 70, I, Art. 94, 22, Art. 109, 15, 17, Art. 110, 1, Art. 130, III, 6, X, Art. 148, II, Art. 151, Art. 155); *Bahamas* 1973 (25, II, 113); *Bahrain* 2002 (Art. 37, Art. 40, Art. 50, Art. 57, a, Art. 121); *Bangladesh* 1972 (47, 3); *Barbados* 1966 (79A. 2. b, 79B, 79D. 1, 79E. 1); *Belarus* 1994 (Art. 8, Art. 10, Art. 21, Art. 61, Art. 79, Art. 97, 2, Art. 116); *Belgium* 1831 (Art. 8, Art. 34, Art. 46, 2, Art. 65, Art. 78, §1, 3, Art. 127, §1, 3, Art. 128, §1, Art. 130, §1, 4, 5, Title IV); *Belize* 1981 (Preamble, e, 10. 3, b, 61A. 2, a, 91. 1, 3, 107); *Benin* 1990 (Art. 40, Art. 144, Art. 145, Art. 146) *Bhutan* 2008 (Art. 9, 24, Art. 10, 25); *Bolivia* 2009 (Art. 29, I, Art. 172, 5, Art. 202, 9, Art. 256, Art. 257, Art. 258, Art. 259, Art. 260, Art. 265, Art. 266, Art. 377, I, Art. 410, II, 2); *Bosnia and Herzegovina* 1995 (Art. II, 7, 8, Art. III, 1, e, g, h, 2, b, c, 3, b, 4, b, d, Art. V, 3, d, Art. VIII, 1); *Botswana* 1966 (112, 2, a); *Brazil* 1988 (Art. 5º, §2º, §4º, Art. 21, I, Art. 49, I, Art. 84, VII, VIII, Art. 102, I, e, III, b, Art. 105, II, c, III, a, Art. 109, II, III, V, §5º, Art. 142, X); *Brunei Darussalam* 1959 (42, 1, b); *Bulgaria* 1991 (Art. 4, 3, Art. 5, 4, Art. 18, 3, Art. 22, Art. 25, 4, Art. 85, 1, 2, 9, 3, Art. 98, 3, 6, Art. 100, 5, Art. 149, 1, 4, Art. 158, 2); *Burkina Faso* 1991 (Art. 55, Art. 148, Art. 149, Art. 150, Art. 151, Art. 155); *Burundi* 2005 (Art. 132, Art. 289, Art. 290, Art. 291, Art. 292, Art. 294, Art. 296); *Cambodia* 1993 (Art. 8, Art. 26, Art. 55, Art. 90); *Cameroon* 1972 (Art. 5, 2, Art. 36, 1, b, Art. 43, Art. 44, Art. 47, 1, 3); *Canada* 1867 (132); *Cape Verde* 1980 (Art. 6, 2, Art. 10, 5, 7, Art. 11, Art. 12, Art. 13, Art. 30, 7, Art. 148, Art. 190, Art. 216, 1, Art. 218, Art. 300, 2, Art. 301, 1); *Central African Republic* (Preamble, Art. 29, Art. 33, Art. 43, Art. 90, Art. 91, Art. 92, Art. 93, Art. 94); *Chile* 1980 (Art. 5, Art. 32, 8, 15, Art. 54, Twenty-Fourth); *China* 1982 (Art. 67, 14, 18, Art. 81, Art. 89, 9); *Colombia* 1991 (Art. 9, Art. 35, Art. 44, Art. 53, Art. 93, Art. 96, 2, c, Art. 101, Art. 129, Art. 150, 16, Art. 164, Art. 221, Art. 224, Art. 235, 5, Art. 241, 10); *Comoros* 2001 (Art. 10, Art. 12); *Congo [Democratic Republic]* 2005 (Art. 15, Art. 56, Art. 69, Art. 88, Art. 153, 10, Art. 202, 1, Art. 213, Art. 214, Art. 215, Art. 216, Art. 217); *Congo* 2015 (Art. 44, Art. 49, Art. 64, Art. 89, Art. 93, Art. 125, Art. 175, Art. 180, Art. 197, Art. 217, Art. 218, Art. 220, Art. 221, Art. 222, Art. 223, Art. 243); *Costa Rica* 1949 (Art. 6, Art. 7, Art. 8, Art. 10, b, Art. 19, Art. 31, Art. 48, Art. 105, Art. 121, 4, Art. 140, 1, 10); *Côte D'Ivoire* 2016 (Art. 54, Art. 69, Art. 73, Art. 119, Art. 120, Art. 121, Art. 122, Art. 124, Art. 125, Art. 134); *Croatia* 1991 (Art. 2, Art. 7, Art. 9, Art. 31, Art. 33, Art. 59, Art. 115, Art. 128, Art. 132, Art. 133, Art. 134, Art. 135, Art. 141, a, b, c, d); *Cuba* 2019 (Art. 8, Art. 11, Art. 12, Art. 16, Art. 34, Art. 62, Art. 108, ñ, Art. 122, ñ, o, Art. 128, p, Art. 137 d); *Cyprus* 1960 (Art. 1A, Art. 11, 2, f, Art. 32, Art. 37, c, Art. 50, a, i, ii, iii, Art. 54, Art. 169, Art. 170, Art. 181, Art. 195, Art. 198, Annex I, II); *Czech Republic* 1993 (Art. 1, 2, Art. 10, Art. 10a, Art. 10b, Art. 33, Art. 39, 3, 4, Art. 43, 1, 2, 4, a, b, Art. 49, Art. 52, 2, Art. 63, 1, a, b, c, Art. 87, 2); *Denmark* 1953 (Part III, 19, 1, 20, 1, 42, 6, 87); *Djibouti* 1992 (Art. 9, Art. 22, Art. 39, Art. 62, Title VI, Art. 70); *Dominica* 1978 (12, 3, b, 20, 2, 42, 4, a, b, Schedule 3); *Dominican Republic* 2015 (Art. 9, Art. 11, Art. 20, §, Art. 25, 3, Art. 26, Art. 27, Art. 28, Art. 46, Art. 55, 4, Art. 61, 2, Art. 74, 3, Art. 80, 7, Art. 93, 1, I, Art. 128, 1, d, j, 3, a, c, Art. 185, Art. 201, Art. 220); *Ecuador* 2008 (Art. 3, 1, Art. 4, Art. 10, Art. 41, Art. 58, Art. 84, Art. 120, 8, Art. 147, 1, 10, Art. 153, Art. 164, Art. 234, Art. 261, 9, Art. 403, Art. 416, 9, 10, 11, 13, Art. 417, Art. 418, Art. 419, Art. 420, Art. 421, Art. 422, Art. 423, Art. 425, Art. 426, Art. 428, Art. 438, 1); *Egypt* 2014 (93, 151, Art. 153); *El Salvador* 1983 (Art. 28, Art. 84, Art. 89, Art. 93, Art. 110, Art. 131, 7<sup>th</sup>, 29<sup>th</sup>, Art. 133, 5<sup>th</sup>, Art. 144, Art. 145, Art. 146, Art. 147, Art. 168 1<sup>st</sup>, 4<sup>th</sup>, 13<sup>th</sup>); *Equatorial Guinea* 1991 (Art. 8, Art. 41, I, Art. 81, a, Art. 102, g); *Eritrea* 1997 (Art. 32, 4, Art. 42, 6); *Estonia* 1992 (Art. 3, Art. 36, Art. 65, 4, 11, Art. 87, 4, Art. 106, Art. 120, Art. 121, Art. 122, Art. 123, Art. 128); *Ethiopia* 1994 (Art. 2, Art. 9, Art. 51, 8, Art. 55, 12, Art. 96, 2); *Fiji* 2013 (7, 1, b, 14, 1, a, 43, 1, a, ii, 51, 128); *Finland* 1999 (Sections 14, 50, 66, 93, 94, 95, 96, 97); *France* 1958 (Art. 5, Art. 11, Art. 16, Art. 52, Art. 53, Art. 53-1, Art. 53-2, Art. 54, Art. 55, Art. 88, Title XV); *Gabon* 1991 Art. 1, 9, Art. 21, Art. 26, Art. 84, Art. 87, Art. 113, Art. 114, Art. 115); *Gambia* 1996 (79); *Georgia* 1995 (Art. 2, Art. 6, 2, Art. 9, 2, Art. 13, 4, Art. 30, 3, Art. 38, Art. 43, 2, Art. 65, Art. 73, Art. 74, 2, Art. 89, 1, e, Art. 98, 1, 2, Art. 100, Art. 104-4, 1); *Germany* 1949 (Art. 23, 1, 1a, Art. 24, 1, Art. 25, Art. 26, Art. 32, 2, 3, Art. 59, Art. 73, 5, Art. 79, 1, Art. 80a, 3, Art. 96, 5, 2, Art. 100, 2, Art. 109, 5, Art. 115, a, 5, Art. 123, 2, Art. 143); *Ghana* 1992 (40, c, d, ii, iii, iv, v, 73, 75, 219, 2, b); *Guatemala* 1985 (Art. 27, Art. 171, I, Art. 138, k, o, Art. 272, e); *Guinea* 2010 (Art. 51, Art. 93, Art. 97, Art. 149); *Guinea-Bissau* 1984 (Art. 18, 1, 2, Art. 28, Art. 29, 1, Art. 68, e,

Art. 85, h, Art. 100, 1, f); *Guyana* 1980 (154A, 1, 2, 3, 6, 193, i, 205, 3, 212R, h, 212V, c, d, 212AA, c, Fourth schedule); *Haiti* 1987 (Art. 8-1, Art. 40, Art. 98-3, 3, Art. 139, Art. 139-1, Art. 140, Art. 276, Art. 276-1, Art. 276-2); *Honduras* 1982 (Art. 9, 3, Art. 12, Art. 13, Art. 15, Art. 16, Art. 17, Art. 18, Art. 19, Art. 20, Art. 21, Art. 24, 6, Art. 102, Art. 119, Art. 183, 1, Art. 205, 5, 11, 27, 30, Art. 218, 7, Art. 245, 1, 13, 14, 15, 44, Art. 274, Art. 313, 4, Art. 329, Art. 331, 3, Art. 313); *Hungary* 2011 (Art. E, Art. Q, Art. XXIII, Art. XXVIII, 4, 5, 6, Art. 1, d, Art. 8, 3, d, Art. 9, 4, a, b, 5, Art. 19, Art. 22, 1, Art. 24, 2, f, 3, c, Art. 32, 1, k, Art. 45, 1, 2, Art. 47, 3); *Iceland* 1944 (Art. 21); *India* 1949 (51, 253); *Indonesia* 1945 (Art. 11); *Iran* 1979 (Art. 77, Art. 125); *Iraq* 2005 (Art. 8, Art. 21, Third, Art. 61, Fourth, Art. 73, Second, Art. 80 Sixth, Art. 110, First); *Ireland* 1937 (Art. 29); *Italy* 1947 (Art. 10, Art. 11, Art. 35, Art. 72, Art. 75, Art. 80, Art. 87, Art. 117, Art. 120, Art. 122); *Japan* 1952 (Art. 21, 2, Art. 33, Art. 103); *Jordan* 1952 (Art. 21, 2, Art. 33, Art. 103); *Kazakhstan* 1995 (Art. 4, 1, 3, 4, Art. 5, 4, Art. 8, Art. 11, Art. 12, 4, Art. 44, 1, 11, Art. 53, 5, Art. 54, 1, 7, Art. 72, 1, 3, Art. 74, 1, Art. 76, 1, 2); *Kenya* 2010 (2, 5, 6); *Kiribati* 1979 (14, 3, b, 18, 3); *Korea* 1972 (Art. 15, Art. 91, 17, Art. 103, 4, Art. 116 11, 14, 19, Art. 125, 11); *Korea (Republic of)* 1948 (Art. 6, Art. 60, Art. 73, Art. 89, 3, Supplementary Provisions Art. 5); *Kosovo* 2008 (Art. 16, 3, Art. 17, 1, Art. 18, Art. 19, Art. 20, Art. 35, 4, Art. 58, 2, Art. 59, 10, 13, Art. 65, 4, Art. 84, 7, Art. 113, 3, 4, Art. 121, 2, Art. 122, 1, Art. 125, 3, Art. 145, Art. 146, Art. 147, Art. 153); *Kuwait* 1962 (Art. 70, Art. 177); *Kyrgyzstan* 2010 (Art. 6, 3, Art. 16, 2, Art. 19, Art. 50, 2, Art. 64, 6, 24, Art. 74, 2, 3, 5, 3, 4, 6, 1, Art. 89, 3, Art. 97, 6, 2); *Lao People's* 1991 (Art. 53, 11, Art. 70, 8); *Latvia* 1922 (Art. 3, Art. 41, Art. 68, Art. 73, Art. 79, Art. 89, Art. 98, Art. 101); *Lebanon* 1926 (Art. 52, Art. 65, 5); *Liberia* 1986 (Art. 2, 2, Art. 34, f, g, Art. 57); *Libya* 2011 (Art. 7, Art. 17); *Liechtenstein* 1921 (Art. 4, 2, Art. 8, 2, Art. 28, 2, Art. 31, 3, Art. 62, b, Art. 66bis, Art. 67, Art. 92, 2, 3, Art. 104, 2, Art. 107); *Lithuania* 1992 (Art. 10, Art. 13, Art. 67, 16, Art. 84, 2, 3, Art. 94, 6, Art. 105, 3, Art. 106, Art. 135, Art. 136, Art. 138, Art. 142, 4); *Luxembourg* 1868 (Art. 37, Art. 49bis, Art. 118); *Macedonia* 1991 (Art. 8, Art. 29, Art. 37, Art. 68, Art. 98, Art. 118, Art. 119, Art. 120, Art. 121); *Madagascar* 2010 (Art. 57, Art. 116, 1, Art. 137, Art. 138); *Malawi* 1994 (1, 11, 2, c, 13, 45, 4, a, 89, 1, f, 96, 1, f, 135, a, 160, d, 211); *Malaysia* 1957 (25, 2, b, 76, 1, a, b, c, 167, 7, 169, ninth schedule, List 1, 1); *Maldives* 2008 (59, b, 68, 93, a, 115k, 1, 2, l, m, n); *Malta* 1964 (43, 1, 4, 65, 1); *Marshall Island* 1979 (Art. V, 1, d, 4); *Mauritania* 1991 (Art. 36, Art. 37, Art. 78, Art. 79, Art. 80); *Mauritius* 1968 (15, 3, b, 75, 7, 87); *Mexico* 1917 (Preamble, Art. 18, Art. 27, Art. 42, V, VI, Art. 73, XXXIX-P, Art. 76, I, Art. 89, X, Art. 103, I, Art. 104, II, Art. 105, II, b, Art. 117, I, Art. 119, Art. 133); *Micronesia* 1978 (Art. IX, 2, b, 4); *Moldova* 1994 (Preamble, Art. 3, 2, Art. 4, 2, Art. 8, Art. 19, 2, 3, Art. 54, 2, Art. 66, g, Art. 86, Art. 128, 1, Art. 135, a); *Monaco* 1962 (Art. 1, Art. 14, Art. 68, Art. 70, Art. 77); *Mongolia* 1992 (Art. 10, Art. 18, 5, Art. 25, 1, 15, Art. 33, 1, 4, Art. 38, 2, 9, Art. 66, 2, 2, 4); *Montenegro* 2007 (Art. 9, Art. 12, Art. 15, Art. 17, Art. 56, Art. 81, Art. 82, 17, Art. 100, 4, Art. 118, Art. 129, Art. 145, Art. 149, 1, Art. 152, Appendix, Art. 12); *Morocco* 2011 (Preamble, Art. 11, Art. 16, Art. 19, Art. 30, Art. 42, Art. 55, Art. 92); *Mozambique* 2004 (Art. 18, Art. 161, b, Art. 162, b, Art. 179, 2, e); *Myanmar* 2008 (Chapter IV A, Part 12, 108, Chapter V, A, Part 3, 209, Chapter VI, B, Part 2, a, i, Chapter XV, 456, Schedule 1, 2, d, 11, k); *Namibia* 1990 (Art. 1, 4, Art. 32, 3, e, Art. 40, i, Art. 63, d, e, Art. 96, Art. 143, Art. 144, Art. 145, 1, a); *Nepal* 2015 (51, b, 3, 51, m, 2, 253, b, e, 256, 1, d, 278, 279, Schedule 5, 17); *Netherlands* 1815 (Art. 2, 3, Art. 73, 1, Art. 91, Art. 92, Art. 93, Art. 94, Art. 95, Art. 120); *Nicaragua* 1987 (Art. 5, Art. 9, Art. 10, Art. 16, 1, Art. 22, Art. 42, Art. 43, Art. 60, Art. 71, Art. 131, Art. 134, 1, d, Art. 138, 12, Art. 140, 4, Art. 147, 4, Art. 150, 8, Art. 152, 4, Art. 161, 7, Art. 171, 4, Art. 182); *Niger* 2010 (Art. 46, Art. 67, Art. 120, Art. 168, Art. 169, Art. 172); *Nigeria* 1999 (Part II, 12, 1, 2, 3, Chapter II, 19, d, C, 164, 1, 2, CC, 254C, 2); *Norway* 1814 (Art. 26, Art. 75, g); *Oman* 1996 (Art. 42, Art. 76, Art. 80); *Pakistan* 1973 (fourth schedule, Part 1, 3, 32); *Palau* 1981 (Art. II, section, 3, Art. VIII, section, 7, 2, 3, Art. IX, section 5, 7, 8, 9); *Palestine* 2003 (Art. 40); *Panama* 1972 (Art. 159, 3); *Papua New Guinea* 1975 (39, 3, i, 42, 1, ga, 51, 1, a, 117, 176, 3, b, 197, 3, 293, 327, 3, b); *Paraguay* 1992 (Art. 137, Art. 141, Art. 142, Art. 202, 9, Art. 238, 7); *Peru* 1993 (Art. 54, Art. 55, Art. 57, Art. 101, 4, Art. 118, 11, Art. 139, 8, Art. 205); *Philippines* 1987 (Art. VII, sec 21, Art. VIII, sec 4, 2, sec 5, 2, a); *Poland* 1997 Art. 9, Art. 25, 4, Art. 27, Art. 42, Art. 55, 2, 3, 4, Art. 56, 2, Art. 59, 4, Art. 87, 1, Art. 88, 3, Art. 90, Art. 91, Art. 116, Art. 117, Art. 133, 1, 1, 2, 3, 2, Art. 146, 4, 10); *Portugal* 1976 (Art. 7, Art. 8, Art. 135, Art. 161, i, Art. 277, 2); *Qatar* 2003 Art. 6, Art. 68, Art. 143); *Romania* 1991 (Art. 3, Art. 11, Art. 91, Art. 146, b, Art. 148, Art. 149); *Russian* 1993 (Art. 15, 4, Art. 46, 3, Art. 63, 1, Art. 69, Art. 83, I, Art. 86, Art. 106, d, Art. 125, 2, d, 6); *Rwanda* 2003 (Art. 5, Art. 19, Art. 29, 4, 8, Art. 85, 3, Art. 86, 2, Art. 95, 3, Art. 98, Art. 108, Chapter X); *Saint Kitts and Nevis* 1983 (38, 3, b); *Saint Lucia* 1978 (41, 7, b, 87, 2, c, Schedule 3); *Saint Vincent and the Grenadines* 1979 (12, 3, b, 79, 2, c); *Sao Tome and Principe* 1975 (Art. 4, 2, Art. 12, 1, 3, 4, Art. 13, Art. 17, 2, Art. 18, 2, Art. 71, 2, Art. 80, i, Art. 82, b, e, Art. 90, 2, e, Art. 97, d, j, Art. 111, e, Art. 144, 2, Art. 145, 1, Art. 146, 1, Art. 149, 3); *Saudi Arabia* 1992 (Art. 43,

### 3.3 Direito à saúde

Com o objetivo de averiguar o grau de similitude entre as constituições, ao menos na temática, de dispositivos legais no que diz respeito aos direitos fundamentais escolheu-se o direito à saúde. Ele foi procurado, nos textos constitucionais, por meio da palavra-chave *right to health care*. Entre as 193 constituições analisadas, foram detectadas 138 que preveem o direito à saúde<sup>1</sup>. Por conseguinte, evidencia-se que a maioria das constituições

---

Art. 70, Art. 81); *Senegal* 2001 (Art. 9, Art. 52, Art. 92, Art. 95, Art. 96, Art. 97, Art. 98); *Serbia* 2006 (Art. 16, Art. 18, Art. 75, Art. 97, 1, Art. 99, 4, Art. 105, 15, 6, Art. 142, Art. 145, Art. 194); *Seychelles* 1993 (44, 2, 48, 64, 163, b, Schedule 5, 2, a); *Sierra Leone* 1991 (10, d, 26, 1, 40, 3, 4, d, h, 77, 1, n); *Singapore* 1963 (129, 5, a); *Slovakia* 1992 (Art. 1, 2, Art. 7, 2, 3, 4, 5, Art. 13, 1, b, Art. 67, 2, Art. 77, 1, Art. 84, 3, 4, Art. 86, b, k, Art. 87, 4, Art. 102, a, b, l, Art. 199, f, g, h, p, Art. 120, 2, Art. 125, 1, a, b, c, d, 3, 4, Art. 125a, Art. 127, Art. 129, 2, Art. 130, 1, g, Art. 133, Art. 144, Art. 145, 3, Art. 153, Art. 154c); *Slovenia* 1991 (Art. 3a, Art. 8, Art. 13, Art. 86, Art. 153, Art. 160); *Somalia* 2012 (Art. 7, 3, Art. 35, 13, Art. 36, 1, Art. 37, 2, Art. 40, 2, Art. 45, 3, b, Art. 53, 1, Art. 90, q, Art. 11c, 5, a, Art. 127, 1, f, Art. 140); *South Africa* 1996 (39, 1, b, 198, c, 199, 5, 200, 2, 231, 232, 233); *South Sudan* 2011 (9, 3, 37, 1, b, 43, e, 57, d, 86, 7, 101, p, 110, d, 135, 5, a, 157, 7, c, 193, 2, d, schedule A, 25, schedule C, 16); *Spain* 1978 (section 10, 1, section 93, section 94, section 95, section 96); *Sri Lanka* 1978 ( 33, 2, h, 157); *Suriname* 1987 (Art. 7, 2, 5, Art. 72, a, Art. 103, Art. 104); *Swaziland* 2005 (61, c, 191, 2, 237, 238); *Sweden* 1974 (Chapter 10, Art. 1, Art. 2, Art. 4, Art. 5, Art. 6, Art. 7, Art. 8, Art. 9, Art. 10, Art. 11, Art. 12, Art. 13, Art. 14, Chapter 15, Art. 9, Art. 13); *Switzerland* 199 (Art. 5, 4, Art. 56, Art. 121, a, 4, Art. 139, 3, Art. 141, 1, d, Art. 141a, Art. 147, Art. 166, Art. 172.3 Art. 184, Art. 186, 3, 4, Art. 189, b, Art. 190, Art. 193, 3, 4, Art. 194, 2, Transitional Provision to Art. 87, 2, f); *Syrian Arab Republic* 2012 (Preamble, Art. 75, 6, Art. 107, Art. 128, 7); *Taiwan* 1947 (Art. 38, Art. 63); *Tajikistan* 1994 (Art. 10, Art. 11, Art. 57, Art. 69); *Tanzania* (37, 8, 63, 3, e); *Thailand* 2017 (section 66, section 156, 14, section 178); *Timor-Leste* (Art. 8, Art. 9, Art. 18, Art. 95, 3, f, Art. 115, 1, f, Art. 158, 1); *Togo* 1992 (Art. 137, Art. 139, Art. 140); *Tonga* 1875 (39, 90); *Trinidad and Tobago* 1976 (third schedule, 1); *Tunisia* 2014 (Art. 20, Art. 62, Art. 65, Art. 67, Art. 77, Art. 92, Art. 120); *Turkey* 1982 (Art. 15, Art. 16, Art. 42, Art. 69, Art. 87, Art. 90, Art. 92, Art. 104); *Turkmenistan* 2008 (Art. 9, Art. 11, Art. 68, Art. 71, 2, Art. 81, 10); *Tuvalu* 1986 (2, 3, 17, 2, l, 18, 2, a, 32, b), *Uganda* 1995 (ll, v, 119, 4, b, 5, 6, 123, 286); *Ukraine* 1996 (Art. 9, Art. 18, Art. 26, Art. 55, Art. 85, 14, 32, Art. 106, 3, 4, 5, Art. 124, Art. 151, Chapter XV, 14); *United Arab Emirates* 1971 (Art. 20, Art. 40, Art. 47, 4, Art. 60, 7, Art. 65, Art. 91, Art. 115, Art. 123, Art. 124, Art. 125, Art. 140, Art. 147, Art. 148); *United Kingdom* 1215 (Union with Ireland Act 1800, Article sixth, European Communities Act 1970, Northern Ireland Act 1998, 6, 2, c, d, 14, 5, a, 24, 1, a, b, 26, 27, Scotland Act 1998 29, 2, d, 35, 1, a, 57, 2, 58, 106, 4, 5, 6, 7, Constitution Reform Act 2005, 3, 8, b); *United States of America* 1789 (Art. I section 10, Art. III, section 2, Art. VI); *Uruguay* 1966 (Art. 6, Art. 46, Art. 85, 7, Art. 168, 20, Art. 239, 1); *Uzbekistan* 1992 (Preamble, Art. 17, Art. 23, Art. 78, 20, Art. 85, 6, Art. 86, 6, Art. 93, 4, 5, 6); *Vanatu* 1980 (26); *Venezuela* 1999 (Art. 19, Art. 22, Art. 23, Art. 31, Art. 37, Art. 73, Art. 78, Art. 98, Art. 103, Art. 153, Art. 154, Art. 155, Art. 187, 18, Art. 236, 4); *Viet Nam* 1992 (Art. 88, 6, Art. 96, 7, Art. 98, 5); *Yemen* 1991 (Art. 92, Art. 119, 12, Art. 125, 5, Art. 137, d); *Zambia* 1991 (Art. 4, 5, Art. 10, 4, Art. 63, 2, e, Art. 92, 2, b, c, Art. 114, 1, d, Art. 177, d, Art. 245, c); *Zimbabwe* 2013 (34, 36, 2, b, 43, 2, a, 46, 1, c, 100, 2, b, 110, 4, 165, 7, 204, 213, 3, a, b, e, 219, 2, c, 295, 2, 326, 327). Utilizou-se o [www.constituteproject.org](http://www.constituteproject.org) para citar as informações das constituições. Também se manteve o nome dos Estados em inglês para facilitar consulta a quem interesse. Foram consultadas 198 constituições. 1 *Afghanistan* 2004 (Art. 52); *Albania* 1998 (Art. 55); *Algeria* 1989 (Art. 66); *Andorra* 1993 (Art. 30); *Angola* 2010 (Art. 21, Art. 35, Art. 77, Art. 80); *Armenia* 1995 (Art. 85); *Azerbaijan* 1995 (Art. 41); *Bahrain* 2002 (Art. 8); *Bangladesh* 1972 (Art. 15, a, Art. 18, 1); *Belarus* 1994 (Art. 45); *Belgium* 1831 (Art. 23, 2); *Belize* 1981 (Preamble, e); *Benin* 1990 (Art. 8); *Bhutan* 2008 (Art. 9, 21); *Bolivia* 2009 (Art. 18, I, II, III, Art. 30, II, Art. 36, I); *Brazil* 1988 (Art. 6, Art. 196, Art. 197, Art. 198, I, II, III, §1º, §2º I, II, III, §3º I, II, III, IV, §4º, §5º, §6º); *Bulgaria* 1991 (Art. 52, 1, 2, 3, 4, 5); *Burkina Faso* 1991 (Art. 26); *Burundi* 2005 (Art. 55); *Cambodia* 1993 (Art. 72); *Cape Verde* 1980 (Art. 68, 1, 3); *Central African Republic* 2016 (Art. 8); *Chile* 1980 (Art. 19, 9); *Colombia* 1991 (Art. 49); *Congo (Democratic Republic of the)* 2005 (Art. 47); *Congo (Republic of the)* 2015 (Art. 36); *Côte d'Ivoire* 2016 (Art. 9); *Croatia* 1991 (Art. 58); *Cuba* 2019 (Art. 46, Art. 72); *Czech Republic* 1993 (Art. 31); *Dominican Republic* 2015 (Art. 61)

trata explicitamente da temática do direito à saúde. Isso não significa que as demais não refiram, de alguma forma, o *right to health care*, porém elas não contêm explicitamente tal expressão. Complementa-se, pois, a ideia de *global constitutionalism* através da dimensão do *constitucionalismo diatópico*, no sentido de se poder identificar um espectro normativo similar entre os textos constitucionais, fazendo com que, internamente, as exigências normativas sejam também similares. Internamente, no caso da similitude, a tendência é que se reflita nas relações entre os Estados por força do comando normativo constitucional. Desta feita, se teria mantido a soberania, com a incidência da constituição de cada Estado, e, faticamente, os resultados da incidência de normas similares estariam, em tese e abstratamente, dentro de um espectro normativo comum.

O *constitucionalismo diatópico* não requer um documento normativo nem um órgão de poder que se sobreponha à independência e à soberania dos Estados, ou seja, não se trata de internacionalização, mas de nacionalização interestatal. Ele requer a aproximação jurídico-valorativa na interpretação e na efetivação dos textos constitucionais similares. Isso pode ser realizado de três formas: 1) por decisões dos tribunais influenciadas por decisões de cortes estrangeiras; 2) por tratados, pactos, declarações e costumes internacionais em que os Estados vinculam-se; 3) por decisão dos tribunais internacionais. Essas três formas *podem* nortear a aplicação da constituição, a fim de reduzir as disparidades dentro do espectro normativo similar. Em consequência, se formaria, com base na força constitucional

---

*Ecuador* 2008 (Art. 3, Art. 32, Art. 37, Art. 39, Art. 42, Art. 43, Art. 45, Art. 46, Art. 47, Art. 50, Art. 51, Art. 358, Art. 359, Art. 360, Art. 361, Art. 362, Art. 363, Art. 364, Art. 365, Art. 366); *Egypt* 2014 (Art. 18); *El Salvador* 1983 (Art. 65, Art. 66); *Equatorial Guinea* 1991 (Art. 23); *Estonia* 1992 (Art. 28); *Ethiopia* 1994 (Art. 41, Art. 90); *Fiji* 2013 (Chap. 2, 38); *Finland* 1999 (Section 19); *France* 1958 (Preamble); *Gambia* 1996 (Chap. XX, 216, 4); *Georgia* 1995 (Art. 37); *Greece* 1975 (Art. 21); *Guatemala* 1985 (Art. 93, Art. 94); *Guinea* 2010 (Art. 15); *Guinea-Bissau* 1984 (Art. 15); *Guyana* 1980 (Art. 24); *Haiti* 1987 (Preamble, Art. 19); *Honduras* 1982 (Art. 145); *Hungary* 2011 (Art. XX); *India* 1949 (Part. IV, 47); *Indonesia* 1945 (Art. 28 H); *Iran* 1979 (Art. 3, Art. 29); *Iraq* 2005 (Art. 31, 1 e 2); *Italy* 1947 (Art. 32); *Japan* 1946 (Art. 25); *Kazakhstan* 1995 (Art. 29); *Kenya* 2010 (Cap. 4, Part 2, 43, 11, Part 3, 53, 1, 56); *Korea (Democratic People's Republic of)* 1972 (Art. 56, Art. 72); *Korea (Republic of)* 1948 (Art. 36); *Kosovo* 2008 (Art. 51); *Kuwait* 1962 (Art. 15); *Kyrgyzstan* 2010 (Art. 9, Art. 47); *Lao People's Democratic Republic* 1991 (Art. 25); *Latvia* 1922 (Art. 111); *Liberia* 1986 (Art. 8); *Libya* 2011 (Art. 8); *Liechtenstein* 1921 (Art. 18); *Lithuania* 1992 (Art. 53); *Luxembourg* 1868 (Art. 11); *Macedonia (Republic)* 1991 (Art. 39); *Madagascar* 2010 (Art. 19); *Malawi* 1994 (Art. 13); *Maldives* 2008 (Art. 23); *Mali* 1992 (Art. 17); *Marshall Islands* 1979 (Art. II, Sec. 15); *Mexico* 1917 (Art. 4); *Micronesia* 1978 (Art. XIII, sec. 1); *Moldova* 1994 (Art. 36, Art. 47); *Mongolia* 1992 (Art. 16); *Montenegro* 2007 (Art. 69); *Morocco* 2011 (Art. 31, Art. 71); *Mozambique* 2004 (Art. 89, Art. 116); *Myanmar* 2008 (Cap. VIII, 367); *Nepal* 2015 (Part. 335, Part. 451); *Netherlands* 1814 (Art. 22); *Nicaragua* 1987 (Art. 59, Art. 105); *Niger* 2010 (Art. 13); *Nigeria* 1999 (Chap. II, 17, 3, d); *Oman* 1996 (Art. 12); *Palau* 1981 (Art. VI); *Panama* 1972 (Art. 109, Art. 110); *Papua New Guinea* 1975 (Preamble); *Paraguay* 1992 (Art. 68, Art. 69); *Peru* 1993 (Art. 7, Art. 11); *Philippines* 1987 (Art. II, sec. 15, Art. XIII, sec. 11, Art. XIII, sec. 12, Art. XIII, sec. 13); *Poland* 1997 (Art. 68); *Portugal* 1976 (Art. 64); *Qatar* 2003 (Art. 23); *Romania* 1991 (Art. 34); *Russian Federation* 1993 (Art. 41); *Rwanda* 2003 (Art. 21); *Sao Tome and Principe* 1975 (Art. 50); *Saudi Arabia* 1992 (Art. 31); *Senegal* 2001 (Art. 8, Art. 17); *Serbia* 2006 (Art. 68); *Seychelles* 1993 (Art. 29); *Sierra Leone* 1991 (Chap. II); *Slovakia* 1992 (Art. 40); *Slovenia* 1991 (Art. 51); *Somalia* 2012 (Art. 27); *South Africa* 1996 (Art. 27); *South Sudan* 2011 (Part. 2, 31 anex.); *Spain* 1978 (Sec. 43); *Sudan* 2019 (Part. 1, Chap. II, 19); *Suriname* 1987 (Art. 24, Art. 36); *Swaziland* 2005 (Chap. V, 60); *Switzerland* 1999 (Art. 41); *Syrian Arab Republic* 2012 (Art. 22); *Taiwan* 1947 (Art. 157, add. Art. 10); *Tajikistan* 1994 (Art. 38, Art. 39); *Thailand* 2017 (Sec. 47, Sec. 55); *Timor-Leste* 2002 (Art. 57); *Togo* 1992 (Art. 34); *Tunisia* 2014 (Art. 38); *Turkey* 1982 (Art. 56); *Turkmenistan* 2008 (Art. 52); *Uganda* 1995 (XIV); *Ukraine* 1996 (Art. 49); *United Arab Emirates* 1971 (Art. 19); *Uruguay* 1966 (Art. 44); *Uzbekistan* 1992 (Art. 40); *Venezuela* 1999 (Art. 83, Art. 84, Art. 85); *Viet Nam* 1992 (Art. 38, Art. 58); *Yemen* 1991 (Art. 32, Art. 55); *Zimbabwe* 2013 (Chap. 2, 29, Cap. 4, Part. 2, 76).

referente a cada Estado, uma *práxis*, com grau relativo de homogeneidade, capaz de estabelecer consenso normativo sobre direitos e garantias fundamentais, regras de democráticas, organização e separação entre os Poderes, dentre outros institutos jurídicos.

#### 4 A integração constitucional por meio da norma jurídica

O Estado de Direito Constitucional alicerça-se no princípio da *constitucionalidade-legalidade*. Tal princípio é paradigma indispensável para a efetiva separação entre os poderes, a proteção e a garantia dos direitos fundamentais, a forma democrática de governo<sup>1</sup>. Destarte, por meio da norma jurídica que o Estado possui legitimidade para agir ou se omitir. Em se tratando de normas (princípios e regras) constitucionais têm-se aquelas que abrem o sistema jurídico ao âmbito externo e aquelas que o fecham. Como normas constitucionais que o abrem, pode-se citar, *e.g.*, Art. 4º, Art. 5º, §2º, §3º, §4º, da CRFB e como normas que o fecham, Art. 1º, I, Art. 4º, I, da CRFB.

O respeito à constitucionalidade e à legalidade do Estado de Direito constitucional faz com que os limites constitucionais-legais sejam respeitados e observados. Nesse ponto, ocorre a projeção formal entre os sistemas jurídicos interno e externo. A efetivação da norma interna produz efeitos externos, *e.g.*, quando o Estado brasileiro concretiza o direito à saúde está, simultaneamente, concretizando diretriz de direito fundamental à saúde, que, similarmente, outros Estados também possuem. Nesse sentido, não há o que perscrutar em posturas dissonantes entre os Estados, pelo contrário, no caso da saúde, ao menos formalmente, 138 constituições contêm a expressão *right to health care*. O problema da similaridade da dimensão material pode, porém, ser um fator determinante para afastar a ideia de que possa existir similitude prática nas ações dos Estados. O aspecto material, no entanto, não é o objeto central da presente análise.

#### 5 A métrica das normas constitucionais entre os Estados

Nesse tópico apresentam-se números que auxiliam a compreender, em parte, a aproximação normativa entre diversos Estados. Infere-se que as constituições são o ápice dos sistemas jurídicos dos Estados citados e que há prevalência das normas constitucionais, em termos de vinculatividade e de normatividade, sendo elas interpretadas de forma unitária e sistemática. Parte-se da ideia da eficácia diferenciada das normas constitucionais, ou seja, que todas as normas são de alta ou de baixa densidade normativa<sup>2</sup>.

---

1 KOTZUR, Markus. Europe's unfinished community of law. Legal challenges of the integration project. In: Andreas Grimm (Ed.). *The crisis of the European Union*. Challenges, Analyses, Solutions. Routledge, s.d. p. 34.

2 SARLET, Ingo Wolfgang. Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais. In: SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 190-192.

Estabeleceram-se seis parâmetros para a construção da métrica. Ressalta-se que a comparação circunscreve-se aos textos dos dispositivos normativos, portanto não se está analisando as respectivas interpretações, eficácias e efetividades. Os parâmetros escolhidos foram: (1) tolerância; (2) princípios constitucionais de relações internacionais; (3) Organização das Nações Unidas e/ou direitos humanos; (4) dignidade humana; (5) normas regulamentadoras das relações internacionais do Estado; (6) direito à saúde. Anteriormente, já se apresentou a quantidade de Estados que adotam cada parâmetro<sup>1</sup> citado. Nessa etapa da exposição, evidencia-se o nível de semelhança entre as constituições pesquisadas, levando em consideração os parâmetros utilizados.

É possível, presumir relativamente que outros parâmetros constitucionais possam ser elemento de semelhança entre as constituições dos Estados. Trata-se de estabelecer a medida no que se refere à quantidade de dispositivos que se assemelham em termos de tema e de finalidade. Destarte, por serem seis parâmetros, a quantidade vai determinar o grau de semelhança. Logo, a variação ocorre de um a seis, variando do grau mais fraco ao mais forte, sendo o que o intermediário reside em três e quatro. O levantamento feito, nas constituições mencionadas, demonstra que 27 Estados possuem um parâmetro de semelhança; 31 Estados, dois parâmetros; 43 Estados, três parâmetros; 50 Estados, quatro parâmetros; 29 Estados, cinco parâmetros; 10 Estados apresentam todos os parâmetros semelhantes. Obtém-se, pois, a seguinte perspectiva: 89 Estados possuem de quatro a seis parâmetros semelhantes; 101 Estados, de um a três parâmetros semelhantes; oito Estados não possuem qualquer parâmetro de similaridade com os demais.

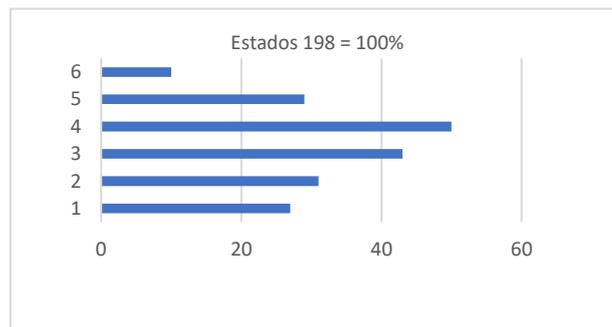


Gráfico de autoria do própria.

Verifica-se, em números parciais, que a similaridade formal prevalece entre os dispositivos constitucionais pesquisados: 50 Estados possuem quatro parâmetros similares, dentre os seis. A maioria dos Estados (153) concentra-se entre dois e cinco parâmetros de similaridade. No entanto, ao levar em consideração o total de parâmetros e de Estados – mais da metade dos parâmetros – tem-se como resultado menos da metade de parâmetros similares em seus dispositivos constitucionais, ou seja, 101 Estados possuem de um a três e 89 Estados possuem entre quatro e seis dispositivos similares.

Os números da comparação inclinam-se para o grau médio de similaridades entres as constituições pesquisadas. Agregam-se, porém, a esse resultado alguns elementos: 1)

<sup>1</sup> A palavra parâmetro foi escolhida por significar variável ou constante – por meio dele é possível estabelecer uma comparação. *Vide*: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. p. 1497. Os parâmetros foram escolhidos pelo fato de o autor já os ter trabalhado em outras pesquisas. Desta feita, eles estão reunidos na análise.

foram escolhidos seis parâmetros, ou seja, foram poucos pontos comparados, dentre os possíveis; 2) alguns parâmetros são genéricos, a ponto de serem tratados implicitamente, como a tolerância e os princípios das relações internacionais; 3) a comparação baseou-se no aspecto formal-textual das constituições pesquisadas. Esses elementos podem reduzir o resultado da comparação, na medida que existam similitudes na dimensão material das constituições ou não. Pode-se, portanto, afirmar que formal e textualmente, em conformidade com a tradução dos textos constitucionais para o inglês e com os parâmetros escolhidos, os números emergidos estabelecem grau baixo e médio de similaridade entre os textos constitucionais da comunidade internacional.

## 6 Conclusão

O *constitucionalismo diatópico* referido no texto é uma forma possível de se pensar o *global constitutionalism*. A característica a ser destacada é que se deve pensar conforme o Estado *westfaliano*, tendo a soberania como princípio-base das relações internacionais. Não há como pensar uma constituição global ou mundial (ou constitucionalismo multinível), pois ela teria tanto valor quanto uma declaração, um pacto ou um tratado. Por conseguinte, a perspectiva a ser pensada deve ser invertida, utilizando-se o Estado de Direito constitucional, a eficácia das normas constitucionais e a sindicabilidade que o Poder Judiciário pode exercer nos atos do Estado, principalmente no que concerne à efetividade das normas constitucionais.

Destarte, de qualquer modo, cabe ao Estado efetivar as normas internas (Estado de Direito constitucional) e externas – as quais ratifica – (direito internacional) em seu âmbito de jurisdição. Isso implica, *e.g.*, efetivar os direitos humanos<sup>1</sup>, ou seja, promovê-los em seu âmbito de soberania, podendo, dentro das possibilidades, cooperar em termos internacionais. Se fosse instituída uma constituição global, a dinâmica seria a mesma, porém com a dificuldade de superar o princípio da soberania (e independência dos Estados).

A similitude dos textos normativos entre as constituições conduz, ao menos formalmente, à pressuposição de uma similaridade valorativo-normativa que pode nortear ações internas dos Estados que, em sentido análogo, impactam internacionalmente. Destarte, *e.g.*, a efetivação de um direito fundamental que traduz um direito humano e, portanto, concretiza-o em simultâneo. Isso impacta o âmbito internacional de modo a criar uma comunidade jurídico-valorativa de Estados que, dentro de seu âmbito de soberania, agem de forma similar e de acordo com a força das normas constitucionais. Contudo, para isso se viabilizar é preciso que a similitude normativa transpasse os textos normativos e se materialize em similitude prática.

## Referências

---

1 De 193 constituição consultadas, 138 continha expressamente *right to health care* em seu texto.

ASSEMBLEIA da República portuguesa. *Tratado de Lisboa* – versão consolidada. [https://www.parlamento.pt/europa/Documents/Tratado\\_Versao\\_Consolidada.pdf](https://www.parlamento.pt/europa/Documents/Tratado_Versao_Consolidada.pdf). Acesso em: 9 de janeiro de 2021.

CRAWFORD, James and KOSKENNIEMI, Martti. *International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

EUROPEAN Court of Human Rights. *European Convention on Human Rights*. [https://www.echr.coe.int/documents/convention\\_eng.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/convention_eng.pdf). Acesso em: 9 de janeiro de 2021.

FABBRINI, Frederico. The Margin of Appreciation and the Principle of Subsidiarity: A Comparison. In: *iCourts Working Paper Series*. n. 15, 2015. p. 1-17.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

GUTAN, Manuel. Romanian tendential constitutionalism and the limits of European constitutional culture. In: Martin Belov (Ed.). *Global constitutionalism and its challenges to westphalian constitutional law*. Oxford: Hart, 2018. p. 103-129.

HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 19 Aufl. Heidelberg: Müller, 1993.

KIIVER, Philipp. The national parliaments and the principle of subsidiarity. In: *Maastricht Journal of European and Comparative Law*. v. 15. 2008. p. 77-83.

KOTZUR, Markus. Der Jurist als Weltbürger – Überlegungen zu Bildungsidealen und Ausbildungszielen der Juristenausbildung in Zeiten der Globalisierung. In: Wolfgang Durner, Franz Reimer, Indra Spiecker genannt Döhmann und Astrid Wallrabenstein (Hrsg.). *Das sinnvoll Denkbare denken, das davon Machbare machen*. Gedächtnisschrift für Arndt Schmehl. Berlin: Dunker & Humblot, 2019. p. 29-40.

KOTZUR, Markus. Europe's unfinished community of law. Legal challenges of the integration project. In: Adreas Grimmel (Ed.). *The crisis of the European Union*. Challenges, Analyses, Solutions. Routledge, s.d. p. 26-40.

KOTZUR, Markus. Toleranzdenken und internationalen Ordnung. Überlegungen zur Systemrelevanz von Toleranz für das Völkerrecht. In: *Archiv des Völkerrechts*. 48 Band. Mohr Siebeck: Tübingen, 2010. p. 163-188.

KOTZUR, Markus. „Verstehen durch Hinzudenken“ und/oder „Ausweitung der Kampfzone“? In: *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*. Band. 63. Tübingen: Mohr Siebeck, 2015. p. 355-365.

MANSSSEN, Gerrit. *Grundrechte*. München: Beck, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

UNITED NATIONS. Charter of the United Nations. <https://www.un.org/en/sections/un-charter/chapter-i/index.html>. Acesso em 19/04/2020.

WELLENS, Karel. Revisiting Solidarity as a (Re-)Emerging Constitutional Principle: Some Further Reflections. In: Rüdiger Wolfrum and Chie Kojima (eds.). *Solidarity: A Structural Principle of International Law*. Heidelberg: Springer, 2009. p. 3-38.

# NOVA ANÁLISE DE UM VELHO TEMA: PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DO DANO MORAL TRABALHISTA – CONTRIBUIÇÕES DA JURIMETRIA

*NEW ANALYSIS OF AN OLD THEME: MAIN CHARACTERISTICS OF MORAL DAMAGES IN  
LABOR LAW – CONTRIBUTIONS OF JURIMETRICS*

Lourival Barão Marques Filho

Mestre e Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Coordenador e Professor do Curso de Pós-Graduação em Direito, Processo do Trabalho e Direito Previdenciário da Escola da Magistratura do Trabalho do Paraná (EMATRA/PR). Juiz Titular da 18ª Vara do Trabalho de Curitiba/PR

Maria Carolina Dal Prá Campos

Especialista em Direito e Processo do Trabalho (Universidade Anhuera-UNIDERP) e Direito Administrativo (UNIBRASIL). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Analista Judiciária do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região

Tatiele Thais Corrêa

Pós-graduanda em Direito e Processo do Trabalho pelo Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS). Graduada em Direito pela Universidade do Contestado (Unc). Advogada

Resumo: O artigo relata a pesquisa empírica realizada na Vara do Trabalho de União da Vitória/PR envolvendo processos com pedidos de indenização a título de dano moral. Foram analisadas todas as ações ajuizadas na unidade pelo período de um ano. Tendo a jurimetria como metodologia, buscou-se verificar a frequência, a natureza, o valor das indenizações e o desfecho processual das respectivas demandas. Os achados na realidade da unidade analisada são contraintuitivos: a causa de pedir mais comum é a ausência ou atraso de pagamento de salários e verbas resilitórias, o que afasta a alegação de caráter frívolo e desfundamentado dos pedidos. Além disso, em 95,65% dos casos em que houve acolhimento do pedido, o valor da indenização foi inferior a R\$ 5.000,00, o que refuta a hipótese que as indenizações geram enriquecimento sem causa dos trabalhadores.

Palavras-chave: Método jurimétrico. Justiça do Trabalho. Pesquisa empírica. Indenizações por danos morais.

Abstract: The article reports an empirical research led at the Labour Court of União da Vitória, State of Paraná, regarding moral damages complaints in labor cases. All lawsuits filed during the period of one year were analyzed. Using the jurimetric method, the frequency, the nature of the complaints, the indemnities' values and the procedural outcome of the lawsuits were verified. Reality's findings in the analyzed unit were counterintuitive: the most common complaint is the absence or the delay regarding the payment of salaries and severance payments, showing that claims are not usually frivolous and without ground. Besides, in 95.65% of the cases that were ruled in favor of the plaintiff, the indemnity's value was under R\$ 5,000.00, refuting the hypothesis that indemnities lead to workers' unjust enrichment.

Key words: Jurimetric method. Labor Court. Empirical research. Moral damages compensation.

Submetido em março de 2021. Aprovado em dezembro de 2021.

## INTRODUÇÃO

É famosa a analogia segundo a qual os pedidos de indenizações por danos morais em processos judiciais seriam tão frequentes e abusivos que atualmente apareceriam em todas as petições iniciais, tal como as batatas fritas acompanham os lanches em restaurantes de *fast food*<sup>1</sup>. Muitos profissionais que trabalham no âmbito juslaboral têm a impressão de que praticamente todas as demandas ajuizadas apresentam pedidos de indenizações por dano moral, fundamentados em uma ou mais causas de pedir.

O presente artigo apresenta os resultados da pesquisa empírica realizada na Vara do Trabalho de União da Vitória/PR, que buscou verificar a (in)veracidade dessa afirmação.

O trabalho se propôs a investigar a frequência, a causa de pedir, o valor da indenização e o desfecho processual de todas as ações ajuizadas na unidade no período de 01/07/2018 a 01/07/2019.

Isso porque há uma tendência generalizante arraigada na liça forense trabalhista de que há uma quantidade desmedida e abusiva de pedidos de dano moral. Como consequência deste uso excessivo, existem indenizações vultosas, que têm o condão de desestabilizar economicamente o empregador e gerar enriquecimento sem causa do empregado.

Assim, o objetivo do trabalho foi responder às seguintes perguntas, considerando a realidade específica da unidade investigada: a) qual o percentual de ações que contém pedido de dano moral? b) quais os fundamentos utilizados para justificar estes pedidos? c) Quais os valores das indenizações fixadas?

Para tanto, foram analisadas manualmente todas as 752 (setecentas e cinquenta e duas) ações que ingressaram na unidade no período mencionado, bem como foi efetuado acompanhamento semanal da tramitação processual a fim de identificar e catalogar cada espécie possível de resultado jurisdicional.

Buscou-se, por intermédio da pesquisa empírica, conhecer a efetiva realidade das demandas apresentadas, com a finalidade de oferecer substrato correto e verdadeiro antes de se chegar a conclusões e estabelecer definições. De fato, é corriqueiro no âmbito jurídico a fixação de conceitos mesmo antes da detida análise do mundo sensível que o consubstancia. Neste cenário, o pesquisador deve se utilizar de análise fática, metodologicamente estabelecida e replicável para afirmar se determinada característica está efetivamente atrelada ao instituto. E, para tanto, foi adotada a jurimetria como método para o trabalho.

Os achados apresentam resultados contraintuitivos com relação às causas de pedir mais utilizadas, bem como quanto aos valores fixados nas indenizações.

---

1 SILVA, Artur Custódio da. Danos morais nas relações de trabalho. Os danos morais se tornaram "batatas fritas" no "fast food" da Justiça Laboral? Revista de Direito do Trabalho, São Paulo, v. 191, p. 55-74, jul 2018.

O trabalho demonstra a contribuição da pesquisa empírica e da jurimetria para lançar novas luzes sobre assuntos que muitos consideram praticamente esgotados academicamente, como é o caso das indenizações por danos morais. A jurimetria, ao aplicar a estatística à ciência jurídica, é uma forma de produzir conhecimento efetivamente científico e de derrubar as evidências anedóticas e o “achismo” que preponderam na pesquisa jurídica.

## 2 METODOLOGIA DO LEVANTAMENTO DOS DADOS

O estudo é caracterizado pelo desenvolvimento da pesquisa empírica, a qual possibilita que o pesquisador realize diagnósticos mais completos e, conseqüentemente, corretos acerca do tema que está abordando.

Busca-se efetuar análise empírica para aproximar o pesquisador dos fatos investigados e, sobretudo, para superar clássica disfuncionalidade jurídica de se basear na percepção subjetiva do agente e nas evidências anedóticas. Ao metrificar o formato dos pedidos e das condenações a título de dano moral, pretende-se afastar os argumentos de autoridade e a intuição, elementos que ainda possuem destaque no debate jurídico.<sup>1</sup>

---

1 “Consideramos importante, entretanto, trabalhar com dados resultantes de pesquisas empíricas com critérios replicáveis, informações minimamente confiáveis e métodos estatísticos tradicionais. Isso é especialmente importante quando se trata de direitos e garantias fundamentais, pois a alternativa aos dados científicos empíricos é o achismo que infelizmente tanto tem pautado debates jurídicos no Brasil.” HARTMANN, Ivar A.; KELLER, Clara Iglesias; CHADA, Daniel; VASCONCELOS, Guilherme; NUNES, José Luiz; CARNEIRO, Letícia; CHAVES, Luciano; BARRETO, Matheus; CORREIA, Fernando; ARAÚJO, Felipe. O impacto no sistema prisional brasileiro da mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre execução da pena antes do trânsito em julgado no HC 126.292/SP – um estudo empírico quantitativo. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 9, n. 1, p. 422, jan./abr. 2018. doi: 10.7213/rev.dir.econ.soc.v9i1.22393. No mesmo sentido: YEUNG, Luciana. Além dos ‘achismos’, do senso comum e das evidências anedóticas: uma análise econômica do judiciário brasileiro. Tese de doutorado. USP. São Paulo, 2010, p. 11; NALINI, José Renato. É desprezado porque é o último? Ou é o último porque é desprezado? In: ANDREUCCI, Ana Claudia Pompeu Torezan...[et al.]. *Direito humanos: perspectivas e reflexões para o Século XXI*. São Paulo: Ltr, 2014, p. 250-258; KANT DE LIMA, Roberto; BAPTISTA, Bárbara Gomes Luppeti. O desafio de realizar pesquisa empírica no direito: uma contribuição antropológica. Disponível em: [http://filoinfo.net/disciplinasonline/pluginfile.php/4485/mod\\_resource/content/1/o\\_desafio\\_de\\_realizar\\_pesquisa\\_empirica\\_no\\_direito.pdf](http://filoinfo.net/disciplinasonline/pluginfile.php/4485/mod_resource/content/1/o_desafio_de_realizar_pesquisa_empirica_no_direito.pdf). Acesso em: 11 jul. 2016; SALLES, Carlos Alberto de. A pesquisa em direito e a pesquisa em ciências sociais. In: CUNHA, Alexandre dos Santos; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (Coord.). *Pesquisa empírica em direito*. Anais do I Encontro de Pesquisa Empírica em Direito, Ribeirão Preto, 29 e 30 de setembro de 2011. Rio de Janeiro: Ipea, 2013, p. 31; ARAGÃO, Egas Moniz. Estatística Judiciária. *Revista Forense*: Rio de Janeiro, v. 365, 2003, p. 14; YEUNG, Luciana; AZEVEDO, P. F. Beyond conventional wisdom and anecdotal evidence: measuring efficiency of brazilian courts. In: annual conference of the international society for new institutional economics (Berkeley:2009). Papers Disponível em: [https://extranet.sioe.org/uploads/isnie2009/yeung\\_azevedo.pdf](https://extranet.sioe.org/uploads/isnie2009/yeung_azevedo.pdf). Acesso em: 24 jun. 2019; COSTANDRADE, Pedro Henrique Arazine de Carvalho; SILVA JÚNIOR, Gilson G.; GICO JÚNIOR, Ivo T. Panorama do judiciário brasileiro: crise e números. In: RIBEIRO, Gustavo Ferreira; GICO JÚNIOR, Ivo T. (Coord.). *O jurista que calculava*. Curitiba: CRV, 2013, p. 37-70; EISENBERG, Theodore; LANVERS, Charlotte. What is the Settlement Rate and Why Should We Care? Cornell Law Faculty Publications. Paper 203. 2009. Disponível em: <http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/203>. Acesso em: 30 jun 2019; EPSTEIN, Lee; KING, Gary. Pesquisa empírica em direito [livro eletrônico]. São Paulo: Direito GV, 2013, p. 14. Confira, ainda: GAROUPA, Nuno. Apresentação. In: PORTO, Antônio Maristrello; SAMPAIO, Patrícia (orgs.). *Direito e economia em dois mundos: doutrina jurídica e pesquisa empírica*. Rio de Janeiro: Editora

A pesquisa seguiu os passos sugeridos por Richard De Mulder, Kees van Noortwijk e Lia Combrink-Kuiters<sup>1</sup> em seu artigo intitulado *Jurimetrics please!*. Primeiramente, foi escolhido um domínio do Direito a ser analisado. No caso, escolheram-se as indenizações por danos morais no âmbito trabalhista.

Em seguida, foi feita uma seleção de casos concretos envolvendo a matéria escolhida. Isso foi realizado através de consulta ao sistema operacional informatizado da Justiça do Trabalho PJe (processo judicial eletrônico). Foram analisadas todas as ações ajuizadas na Vara do Trabalho de União da Vitória/PR, que continham pedido(s) de indenização(ões) por danos morais, independentemente de se tratar de pedidos isolados ou cumulados, isto é, envolvendo mais de uma causa de pedir.

Importante esclarecer que a Vara do Trabalho de União da Vitória é única, sendo responsável pela apreciação de todos os casos trabalhistas envolvendo a jurisdição de União da Vitória, Antônio Olinto, Bituruna, Cruz Machado, General Carneiro, Paula Freitas, Paulo Frontin, Porto Vitória e São Mateus do Sul, todas cidades do Estado do Paraná.

Demarcada a pesquisa quanto ao tema e no espaço, foi necessário delimitá-la no tempo. Fixou-se o período de 01 de julho de 2018 a 01 de julho de 2019, a fim de se obter uma amostra maior e mais heterogênea, capaz de revelar com maior precisão os dados almejados<sup>2</sup>.

Na primeira etapa da investigação, diariamente eram levantados, no sistema PJe, os processos ajuizados, buscando especificamente verificar se havia pedidos de indenizações por dano(s) moral(is) e, em caso afirmativo, sob qual(is) fundamento(s). Nestes casos, os processos eram separados, anotando-se, além das informações supracitadas, suas datas de ajuizamento e seus respectivos números de identificação. A partir desse levantamento, foram obtidas as causas de pedir mais recorrentes para embasar os pleitos indenizatórios por danos morais.

A segunda etapa, de caráter eminentemente processual, se subdividiu em duas fases. Na primeira, os processos eram acompanhados semanalmente, a fim de verificar se porventura tinha havido desistência do pedido ou se as partes haviam conciliado. Caso nada disso tivesse ocorrido, passava-se à segunda fase, consistente no exame do resultado da audiência, isto é, se as partes haviam atingido a conciliação ou se o processo seria encaminhado a julgamento.

Diante disso, os processos foram classificados da seguinte forma, com relação aos pedidos de indenização por danos morais: a) extinção sem resolução do mérito ("arquivados"); b) desistência; c) acordo; d) sentença; e) sentença pendente. Este último critério se deve ao fato de que o término do levantamento dos dados ocorreu em data

---

FGV, 2014, p. 20. Na mesma linha: KOROBKIN, Russel. Pesquisa empírica em direito contratual: possibilidades e problemas. Revista de estudos empíricos em direito. vol. 2, n. 1, jan. 2015, p. 221; CASTRO, Alexandre Samy de. O método quantitativo na pesquisa em direito. In: MACHADO, Máira Rocha (org.). Pesquisar empiricamente o direito. São Paulo: Rede de estudos Empíricos em Direito, 2017, p. 40.

1 DE MULDER, Richard; VAN NOORTWIJK, Kees; COMBRINK-KUITERS, Lia. Jurimetrics please!. In: EJLT - European Journal of Law and Technology. 1. ed. [S. l.], 2010. Disponível em: <http://ejlt.org/article/view/13/12>. Acesso em: 8 maio 2020, p. 07.

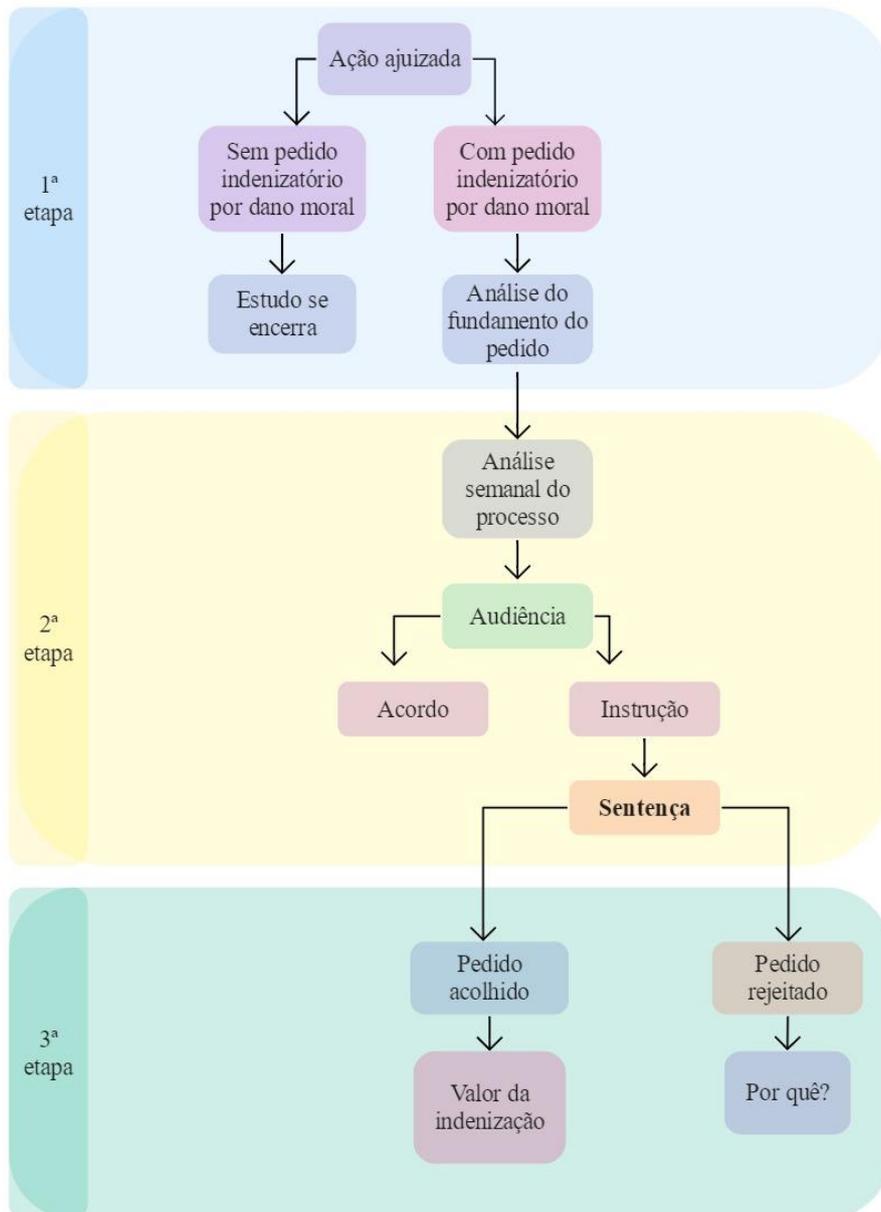
2 YEUNG, Luciana. Jurimetria ou análise quantitativa de decisões judiciais. In: MACHADO, Máira Rocha (org.). Pesquisar empiricamente o direito. São Paulo: Rede de estudos Empíricos em Direito, 2017, p. 249-274.

anterior à prolação da sentença em determinados processos, os quais aguardavam a conclusão de laudo pericial ou de carta precatória para oitiva de testemunhas.

Na terceira etapa, foram verificados os resultados dos pedidos de indenizações por danos morais, isto é, se eles foram acolhidos ou rejeitados. Os processos não sentenciados por ocasião da data limite da realização da pesquisa foram incluídos em categoria apartada.

Na quarta e derradeira etapa, foram analisados os valores fixados a título de indenizações por danos morais para os processos cujos pedidos foram acolhidos. Para os processos cujos pedidos foram rejeitados, foi levantado o fundamento respectivo.

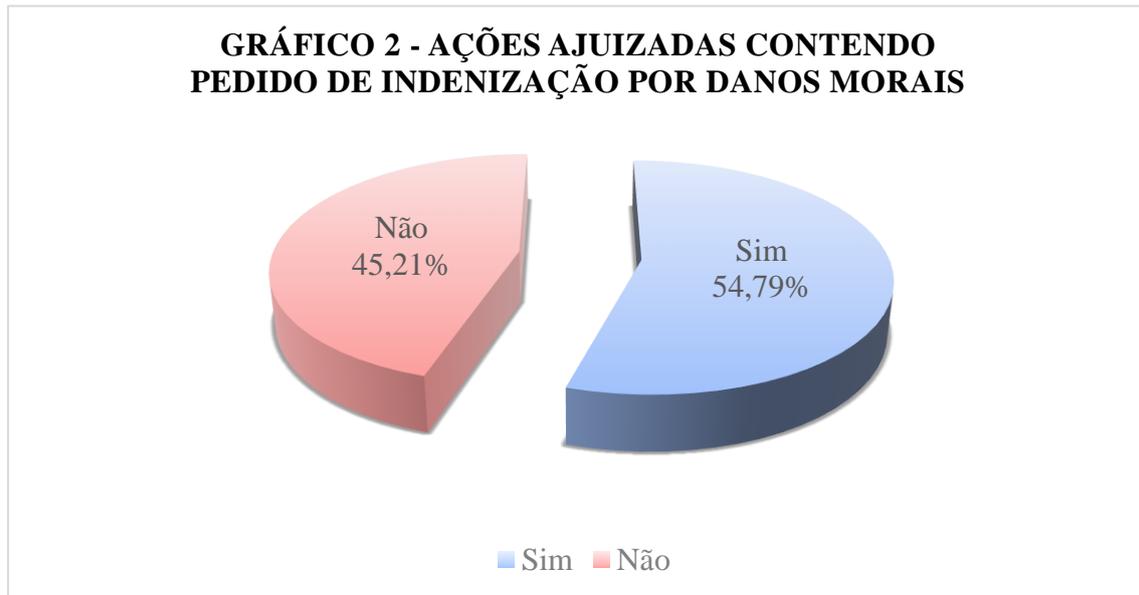
**GRÁFICO 1 - FLUXOGRAMA**



### 3 RESULTADOS OBTIDOS

#### 3.1 PRIMEIRA ETAPA: ANÁLISE DOS PROCESSOS AJUIZADOS

Das 752 (setecentas e cinquenta e duas) demandas aforadas no período compreendido entre 01 de julho de 2018 e 01 de julho de 2019, 412 (quatrocentas e doze) tinham pelo menos um pedido de indenização por dano moral, ou seja, 54,79% (cinquenta e quatro por cento e setenta e nove centésimos).



Os dados empíricos indicam que os pedidos de danos morais embora sejam comuns, já que estão presentes em mais da metade das ações, são menos generalizados e corriqueiros do que poderia se supor.

Essa circunstância pode ter decorrido do advento da Lei n. 13.467/2017, que entrou em vigor em 11 de novembro de 2017. A reforma trabalhista passou a impor ao empregado os ônus da sucumbência, de modo que o receio de ter de arcar com custas e honorários advocatícios pode ter desincentivado o ajuizamento de ações frívolas com pleitos indenizatórios por danos morais. Entretanto, trata-se de hipótese a ser objeto de outro estudo.

#### 3.2 SEGUNDA ETAPA: LEVANTAMENTO DAS CAUSAS DE PEDIR

Separadas todas as ações ajuizadas no período estudado que continham pedido de dano moral, o procedimento seguinte consistiu no levantamento das causas de pedir mais frequentemente observadas nas ações.

Inicialmente, cinco foram os fundamentos mais recorrentes alegados a fim de fundamentar os pedidos: a) mora e/ou inadimplemento de salários e/ou verbas resilitórias; b) ausência de anotação da CTPS (Carteira de Trabalho e Previdência Social); c) doença ocupacional; d) acidente de trabalho; e) assédio moral.

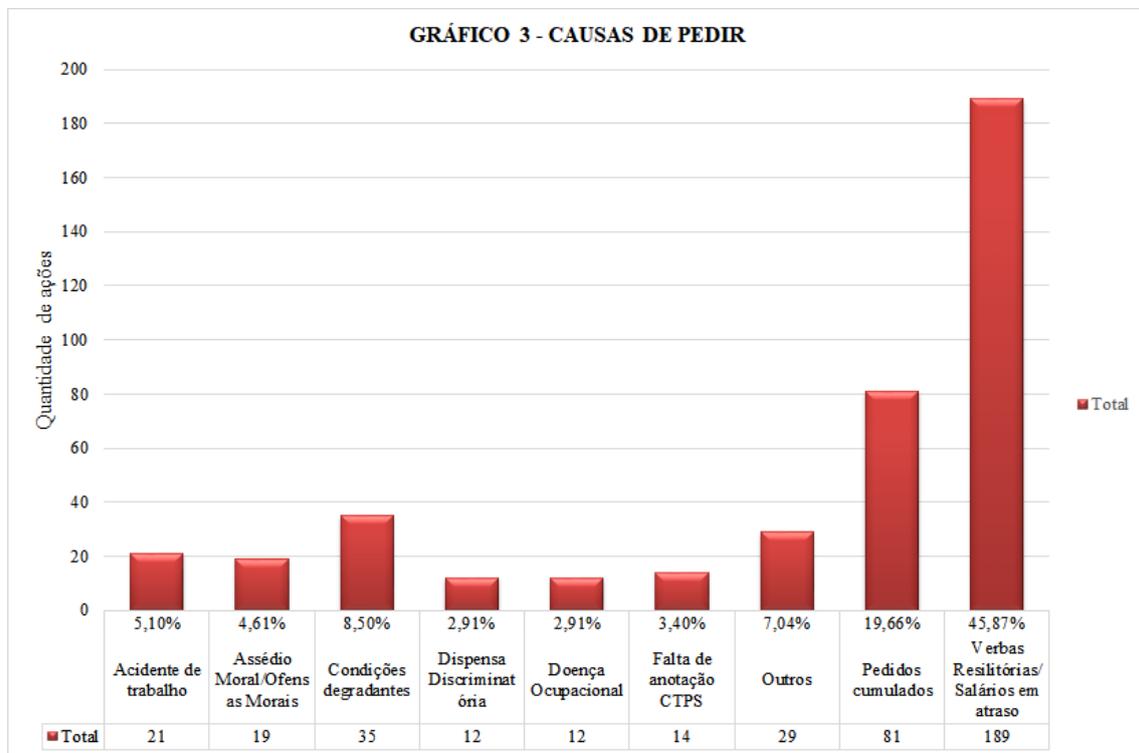
Todavia, no dia 02 de outubro de 2018, observou-se que seria necessário acrescentar mais 2 (dois) fundamentos que estavam sendo alegados com bastante

frequência, a saber: f) dispensa discriminatória e g) condições degradantes de trabalho, isto é, descumprimento, pelo empregador, dos preceitos da Norma Regulamentadora n. 31, do extinto Ministério do Trabalho e do Emprego, que se refere à segurança e saúde no trabalho na agricultura, pecuária silvicultura, exploração florestal e aquicultura.

Por fim, ainda era necessário tratar aquelas ações em que havia pleitos indenizatórios por danos morais fundamentados em duas ou mais causas de pedir.

Dessa forma, as causas de pedir das ações com pedidos de indenizações por danos morais foram divididas em 9 (nove) categorias: a) mora e/ou inadimplemento de salários e/ou verbas resilitórias; b) ausência de anotação da CTPS; c) doença ocupacional; d) acidente de trabalho; e) assédio moral; f) dispensa discriminatória; g) condições degradantes de trabalho; h) pedidos cumulados; e i) outras causas de pedir.

O gráfico abaixo demonstra a natureza do fundamento do pedido indenizatório nas 412 ações que foram investigadas:



Como se depreende da análise do gráfico acima, 45,87% (quarenta e cinco por cento e oitenta e sete centésimos) dos processos em que existiam pleitos indenizatórios por danos morais – ou seja, quase a metade – têm como causa de pedir a mora e/ou inadimplemento de salários e/ou verbas resilitórias. Trata-se de dado bastante significativo, pois tem o potencial de desmitificar parcialmente a concepção de que as demandas trabalhistas trariam em seu bojo, como regra, pedidos frívolos.

A cumulação de causas de pedir foi o segundo aspecto mais frequente nos levantamentos. Não obstante, não se verificou uma forte tendência nesse sentido. Das 412 (quatrocentas e doze) ações, somente em 81 (oitenta e uma) – 19,66% (dezenove por cento e sessenta e seis centésimos) – foi apontada mais de uma causa de pedir. Esses casos foram tratados todos em conjunto, sob a categoria de “pedidos cumulados”.

A terceira causa de pedir mais alegada – 35 (trinta e cinco) casos dos 412 (quatrocentos e doze), o correspondente a 8,5% (oito e meio por cento) – foi a submissão dos empregados a condições degradantes de trabalho, sob a alegação de descumprimento, pelos empregadores, da NR-31, do extinto Ministério do Trabalho e do Emprego. Na maior parte dos casos, as ações se relacionavam à ausência de fornecimento de água potável, alimentação quente e banheiros químicos aos empregados.

Em quinto lugar no levantamento, os pleitos indenizatórios por danos morais foram fundamentados em acidentes de trabalho, correspondendo a 21 (vinte e um) casos, ou seja, 5,10% (cinco por cento e dez centésimos) dos pedidos.

A sexta causa de pedir mais frequente consistiu na alegada prática de assédio moral pelo empregador: 19 (dezenove) casos, ou 4,61% (quatro por cento e sessenta e um centésimos) do total.

A ausência de anotação da CTPS foi o sétimo fundamento mais alegado para os pedidos indenizatórios por danos morais, num total de 14 (quatorze), ou 3,4% (três por cento e quatro décimos), do total de casos.

Em seguida, alegações de dispensa discriminatória e doença ocupacional equiparada a acidente do trabalho apareceram em 12 (doze) casos cada, ou 2,91% (dois por cento e noventa e um centésimos) do total.

Todas as causas de pedir que não se enquadraram nas categorias anteriores – a exemplo de jornada de trabalho excessiva e agressão física por parte do empregador – foram agrupadas e classificadas como "outros", correspondendo a 29 (vinte e nove), ou 7,04% (sete por cento e quatro centésimos), do total de casos.

Do levantamento acima, constata-se que expressiva quantidade das reclamações dos empregados – 203 ações ou 49,27% - referem-se a fatos passíveis de análise objetiva do magistrado, a saber: mora e/ou ausência de pagamento de salários e/ou verbas resilitórias e ausência de anotação da CTPS. Tais aspectos se referem a aspectos essenciais ao contrato de trabalho, pois se consubstanciam como as principais obrigações patronais, relacionados ao patamar civilizatório mínimo<sup>1</sup> que deve ser garantido ao empregado na medida em que envolvem as prestações elementares do contrato.

Esses dados revelam um fato importante: praticamente metade das ações postula indenização a título de dano moral porque houve atraso ou inadimplemento de salários, o que sem dúvida não pode ser considerado motivo frívolo ou banalização do instituto.

### 3.3 DESFECHO PROCESSUAL

Os desfechos processuais foram classificados em 5 (cinco) hipóteses: a) "arquivado" (extinto sem resolução do mérito); b) desistência; c) acordo; d) audiência pendente; e e) sentença.

Dos 412 (quatrocentos e doze) casos, 25 (vinte e cinco), ou 6,07% (seis por cento e sete centésimos) foram "arquivados", ou seja, extintos sem resolução do mérito, em virtude do não comparecimento do(a) autor(a) à audiência inicial. Em 5 (cinco) demandas (1,21% - um por cento e vinte e um centésimos), houve desistência do pedido. Destarte,

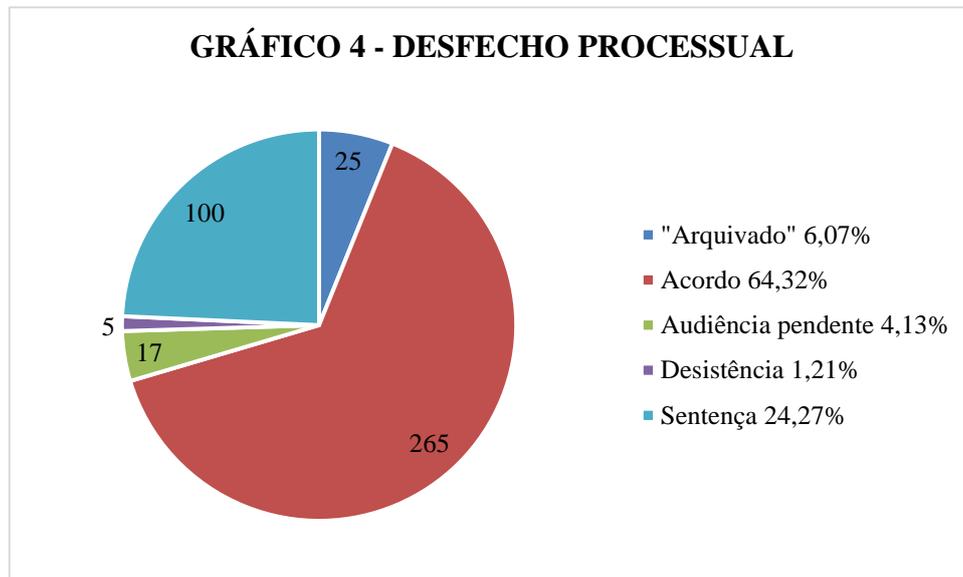
---

1 DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 17<sup>a</sup> ed. São Paulo: LTr, 2019, p. 251.

7,28% (sete por cento e vinte e oito centésimos) dos casos foram extintos sem resolução do mérito.

17 (dezessete) processos – 4,13% (quatro por cento e treze centésimos) – ainda não haviam tido desfecho por ocasião da data limite da pesquisa, tendo em vista a pendência de audiência de instrução ou de encerramento de instrução.

Por fim, 265 (duzentos e sessenta e cinco) ações, ou seja, 64,32% (sessenta e quatro por cento e trinta e dois centésimos), foram extintos porque as partes conciliaram e 100 (cem) casos, isto é, 24,27% (vinte e quatro por cento e vinte sete centésimos) foram encaminhados para julgamento. Em outras palavras, 88,59% (oitenta e oito por cento e cinquenta e nove centésimos) dos casos foram extintos com resolução do mérito, nos termos do artigo 487, do Código de Processo Civil.

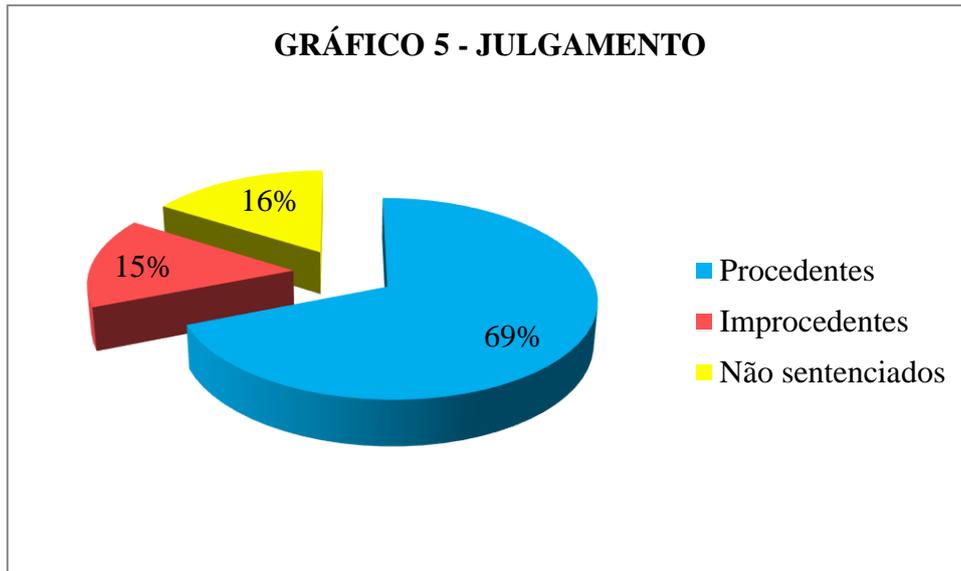


#### 3.4 RESULTADOS DAS SENTENÇAS

Dos 100 processos com pedidos de dano moral que foram encaminhados para julgamento, 69% (sessenta e nove por cento) foram julgados procedentes; 15% (quinze por cento) foram julgados improcedentes e 16% (dezesseis por cento) não chegaram a ser sentenciados até a data de conclusão dos trabalhos.

Esses números fornecem uma visão interessante: a maior parte dos pedidos foi efetivamente acolhida e isso pode ser justificado pela natureza da causa de pedir mais recorrente (mora e inadimplemento de salário e verbas rescisórias).

É certo, por outro lado, que um contingente muito expressivo das demandas – 64,32% (sessenta e quatro por cento e trinta e dois centésimos) – não pôde ser analisado quanto à solução porque foram objeto de conciliação.



### 3.5 SENTENÇAS PROCEDENTES

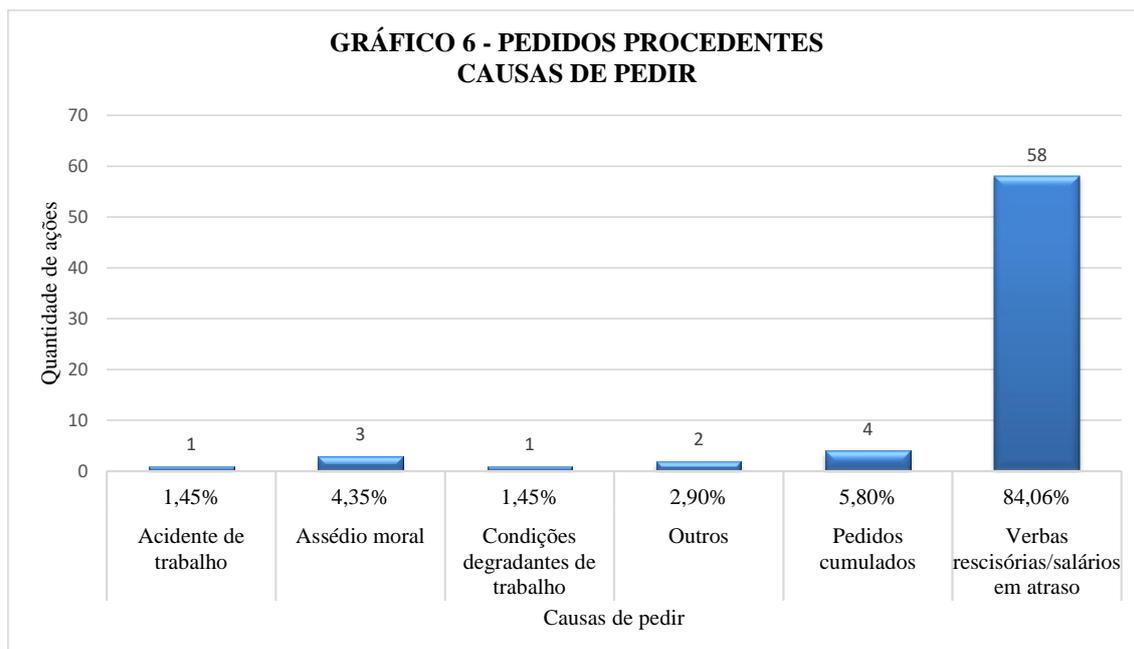
Dos 69 (sessenta e nove) casos julgados procedentes, 58 (cinquenta e oito) – ou seja, 84,06% (oitenta e quatro por cento e seis centésimos) – corresponderam à causa de pedir relacionada à mora e/ou inadimplemento de salários e/ou verbas rescisórias.

O resultado significativamente favorável em tais casos não surpreende. Com efeito, a mora ou a total ausência de pagamento de salários consiste em ilícito tão grave que dá ensejo à rescisão indireta do contrato de trabalho, nos termos do artigo 483, “d”, da CLT<sup>1</sup>. O Tribunal Regional do Trabalho do Paraná, inclusive, reconhece de plano o direito à percepção, pelo empregado, de indenização por dano moral, em caso de mora reiterada ou de ausência de pagamentos de salários, tendo editado Súmula a esse respeito:

Súmula n. 33, do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região – Paraná: ATRASO REITERADO OU NÃO PAGAMENTO DE SALÁRIOS OU DE VERBAS RESCISÓRIAS. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. I - O atraso reiterado ou o não pagamento de salários caracteriza, por si, dano moral, por se tratar de dano *in re ipsa*. II - O atraso ou o não pagamento das verbas rescisórias devidas não caracteriza, por si, dano moral, sendo necessária a prova de circunstâncias objetivas ensejadoras do dano.<sup>2</sup>

1 “Art. 483 - O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando: (...) d) não cumprir o empregador as obrigações do contrato”.

2 BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Súmulas e teses jurídicas prevaletentes, decisões em incidentes de uniformização regional, incidentes de assunção de competência, incidentes de resolução de demandas repetitivas e arguições de inconstitucionalidade. Curitiba, PR: Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Disponível em: <https://www.trt9.jus.br/portal/arquivos/2458748>. Acesso em: 03 maio 2020.



Constata-se, assim, que TRT/PR reconhece em caso de mora reiterada ou ausência de pagamento de salários, a culpa *in re ipsa*, isto é, basta a demonstração da ocorrência do fato em si, para que fique caracterizado o dano moral, sem necessidade de comprovação de negligência, imprudência ou imperícia.<sup>1</sup>

Já com relação à mora ou à ausência do pagamento das verbas resilitórias, o Tribunal entende que é preciso provar “circunstância objetiva de dano”, o que causa maior ônus argumentativo, mas não impõe significativa dificuldade de prova pelo empregado.<sup>2</sup>

A segunda causa de pedir isolada que apresentou o maior número de condenações – 3 (três), ou 4,35% (quatro por cento e trinta e cinco centésimos) – correspondeu a assédio moral ou ofensas morais.

Houve apenas uma condenação – 1,45% (um por cento e quarenta e cinco centésimos) – pela constatação de condições degradantes de trabalho e uma por acidente do trabalho.

O exposto demonstra que a esmagadora maioria das condenações – 84,06% - resulta de um fato objetivo (falta de pagamento de salário ou verbas resilitórias) e decorre do descumprimento da obrigação principal e inarredável do empregador.

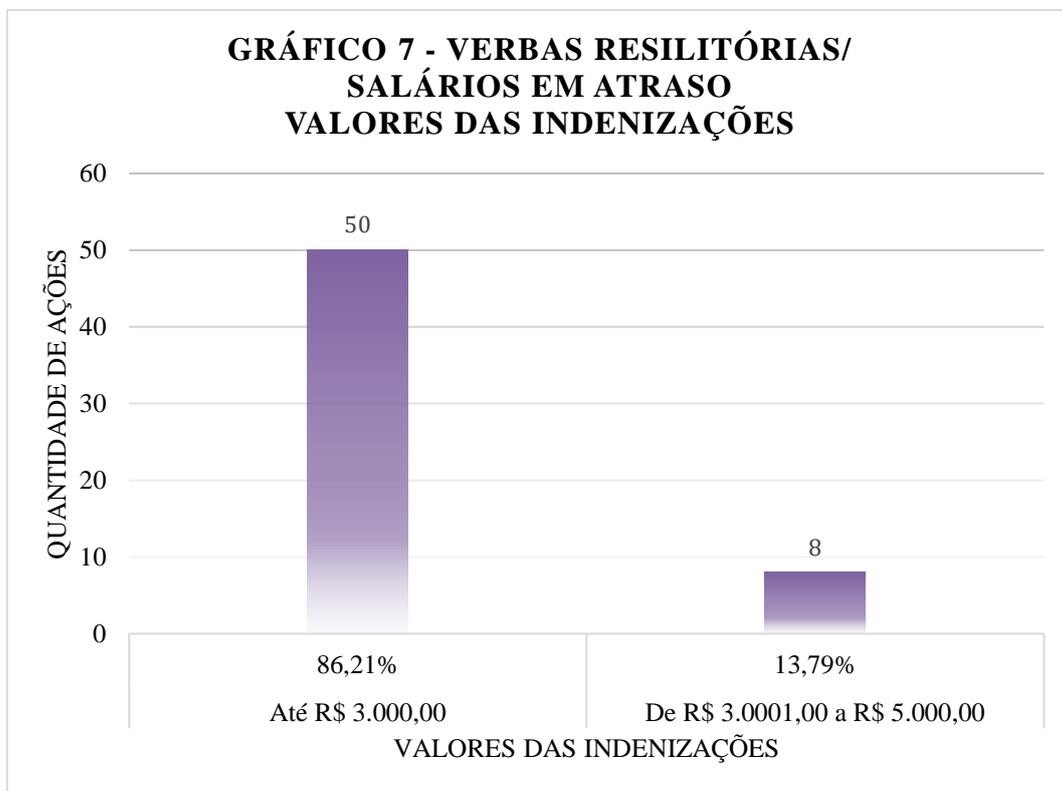
1 “(...) deriva inexoravelmente das circunstâncias em que ocorreu o fato danoso, de tal modo que basta a prova desse fato para que *ipso facto* fique demonstrada a culpa, a guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis*, ou *facti*.” CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 58.

2 Discorda-se do entendimento esposado pelo Tribunal mencionado. A mora e o inadimplemento das verbas resilitórias implicam vulnerabilidade do trabalhador e de sua família, na medida em que afetam diretamente sua subsistência em momento de desemprego. As verbas resilitórias, não raras vezes, constituem a reserva que será utilizada pelo empregado por alguns meses, até conseguir obter nova colocação no mercado de trabalho. Além disso, é inadequado estabelecer critérios diversos indenizatórios para situações idênticas. Defende-se, portanto, que a falta de pagamento das verbas resilitórias também configura dano moral *in re ipsa*.

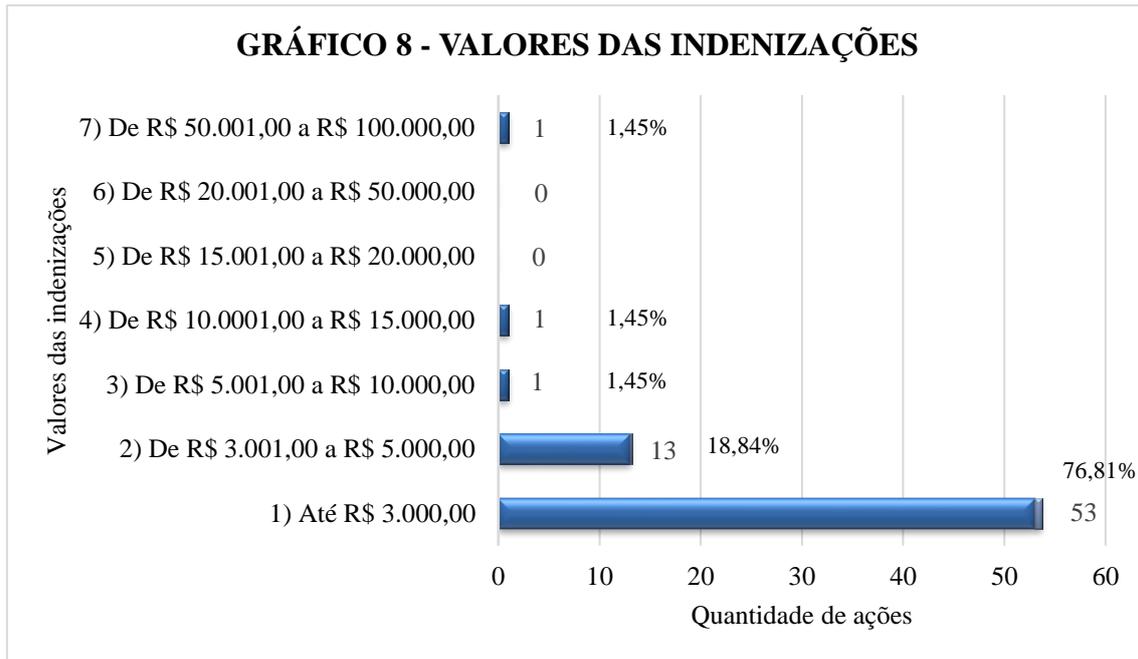
### 3.6 VALORES DAS INDENIZAÇÕES

As indenizações fixadas a título de dano moral nas sentenças foram divididas em 7 (sete) faixas para melhor análise: a) até R\$ 3.000,00 (três mil reais); b) de R\$ 3.001,00 (três mil e um reais) a R\$ 5.000,00 (cinco mil reais); c) de R\$ 5.001,00 (de cinco mil e um reais) a R\$ 10.000,00 (dez mil reais); d) de R\$ 10.001,00 (dez mil e um reais) a R\$ 15.000,00 (quinze mil reais); e) de R\$ 15.001,00 (quinze mil e um reais) a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais); f) de R\$ 20.001,00 (vinte mil e um reais) a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais); e g) de R\$ 50.001,00 (cinquenta mil e um reais) a R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

Das 58 sentenças envolvendo a causa de pedir mora e/ou inadimplemento de salários e/ou verbas resilitórias, em 50 ações – 86,21% (oitenta e seis por cento e vinte e um centésimos) – o valor da indenização foi de até R\$ 3.000,00 (três mil reais). Somente em 8 – 13,79% (treze por cento e setenta e nove centésimos) – dos casos as indenizações ultrapassaram esse valor, mas ainda assim, não passaram de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).



Considerando a totalidade das causas de pedir analisadas, a grande maioria das indenizações – 66 (sessenta e seis) casos, ou 95,65% (noventa e cinco por cento e sessenta e cinco centésimos) – não ultrapassou R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).



Houve apenas um caso em que a indenização atingiu valor entre R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) e R\$ 10.000,00 (dez mil reais), e a causa de pedir, enquadrada em “outros”, referiu-se à alegação de jornada exaustiva de trabalho. Também houve somente um caso em que foi fixada indenização de R\$ 12.000,00 (doze mil reais), tendo em vista que o empregador exigiu serviços da empregada durante período em que esta estava gozando licença maternidade. Por fim, houve um caso de indenização no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), relativo a acidente do trabalho típico, em que o trabalhador faleceu por afogamento ao cair de embarcação.

Os números acima rechaçam a ideia frequentemente disseminada de que existiria uma “indústria do dano moral”, que viabilizaria o enriquecimento sem causa dos trabalhadores. Ao revés, os valores das indenizações deferidas são deveras baixos, insuscetíveis de causar enriquecimento, sendo que os valores elevados são reservados a casos de extrema gravidade, tal como o relacionado a acidente do trabalho com óbito do empregado.

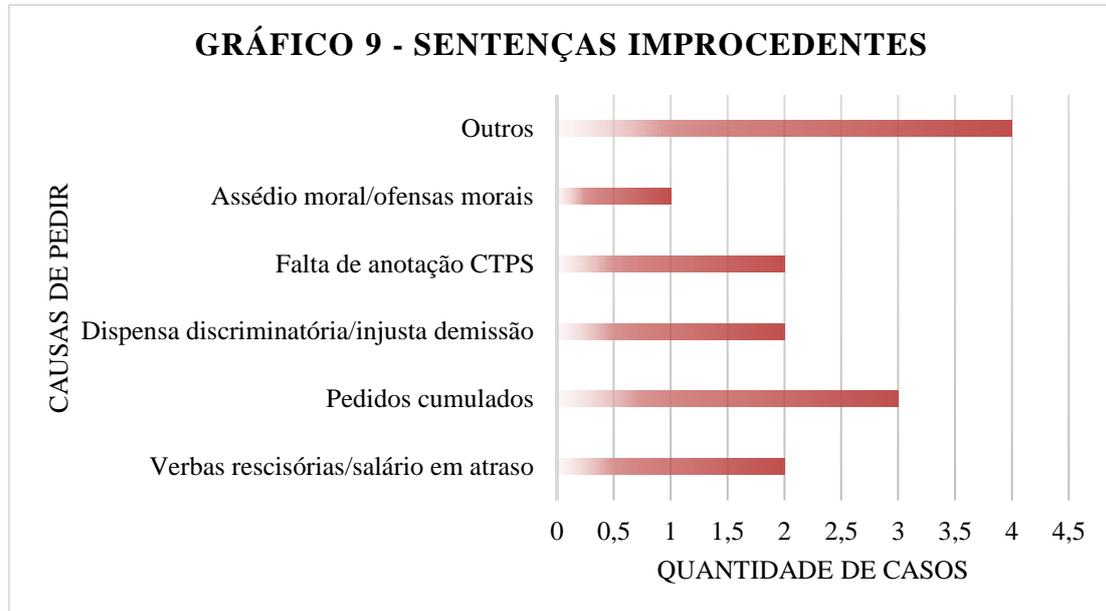
### 3.7 SENTENÇAS IMPROCEDENTES

Dos 15 (quinze) casos em que os pedidos que foram julgados improcedentes, 14 (quatorze) – 93,33% (noventa e três por cento e trinta e três centésimos) – foram porque o magistrado entendeu que os fatos narrados não caracterizavam dano moral. Apenas um caso foi julgado improcedente por falta de provas, que envolveu suposta ameaça de morte.

Dos 14 (quatorze) casos em que se entendeu que as causas de pedir não davam ensejo a indenização por dano moral, 2 (dois) se referiram a mora e/ou inadimplemento de salários e/ou verbas resilitórias. Considerando que a Vara do Trabalho de União da Vitória está vinculada ao Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, o resultado está relacionado ao já citado item II da Súmula n. 33.

Interessante observar que todos os casos cuja causa de pedir eram relacionadas à ausência de anotação em CTPS foram julgados improcedentes, o que está em conceto

com a jurisprudência pátria, no sentido de que isso não daria ensejo, por si só, a indenização por dano moral.<sup>1</sup>



Observa-se, ainda, que os casos cuja prova é mais dificultosa e que podem implicar juízos de valor do magistrado – assédio moral e ofensas morais e dispensa discriminatória ou demissão injusta – acabaram tendo as indenizações indeferidas. Confirmou-se, pois, a hipótese inicialmente prevista de que as indenizações eram mais frequentemente deferidas em casos objetivamente verificáveis, notadamente por prova documental e que independem de apreciação subjetiva e de juízo de valor de parte do magistrado estando vinculados a aspectos essenciais ao contrato de trabalho (pagamento de salário e verbas rescisórias).

## CONCLUSÃO

Os trabalhos realizados e expostos neste artigo trouxeram resultados cuja interpretação sugere conclusões distintas do que ordinariamente se esperaria, o que demonstra a importante contribuição da pesquisa empírica para desmitificar concepções baseadas em suposições e percepções subjetivas.<sup>2</sup>

Primeiramente, os pleitos indenizatórios por danos morais em demandas trabalhistas, embora comuns – já que alcançam 54,79% –, são menos frequentes que se

1 Cita-se, exemplificativamente, a Súmula n. 67, do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região: "DANO MORAL. AUSÊNCIA DO REGISTRO DO CONTRATO DE TRABALHO NA CTPS DO EMPREGADO. A falta de anotação da CTPS, por si só, não configura dano moral ensejador de reparação pecuniária." BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Súmulas da Jurisprudência Dominante em Dissídios Individuais do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Campinas, SP: Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Disponível em: [https://trt15.jus.br/sites/portal/files/roles/jurisprudencia/Sumulas/versao-compilada\\_SUMULAS.pdf](https://trt15.jus.br/sites/portal/files/roles/jurisprudencia/Sumulas/versao-compilada_SUMULAS.pdf). Acesso em 25 maio 2020.

2 EFING, Antônio Carlos; MARQUES FILHO, Lourival Barão. Pesquisa empírica e direito do consumidor: uma aproximação necessária. Revista de direito do consumidor. Vol. 108/2016, p. 439-457, nov-dez/2016.

imagina. Em segundo lugar, conquanto a cumulação de pedidos seja bastante característica dos processos trabalhistas, a formulação de pedidos indenizatórios por danos morais com mais de um fundamento não é frequente, representando menos de 20% (vinte por cento) dos processos.

Além disso, obteve-se resposta contraintuitiva com relação ao fundamento dos pedidos. De fato, é corriqueira a percepção daqueles que estão na liça forense no sentido de que os pedidos de indenização por danos morais são fundamentados em meros dissabores e aborrecimentos cotidianos, e não em fatos graves. Os achados não corroboram esta compreensão. Em 49,27% (quarenta e nove por cento e vinte e sete centésimos) dos pedidos, a causa de pedir se refere à ausência ou mora da principal obrigação patronal, vale dizer, pagamento de salários e verbas resilitórias. Seguramente isso não pode ser considerado banal ou desimportante.

Percentual expressivo (16,51%) referia-se a submissão do empregado a condições degradantes de trabalho e acidentes de trabalho típicos ou equiparados (doença ocupacional). Todos esses fundamentos estão relacionados ao núcleo duro do contrato de trabalho, ao patamar civilizatório mínimo que deve ser garantido ao empregado. Isso demonstra que a maioria dos pedidos de indenizações por danos morais não são frívolos, o que sugere que não há abuso do direito de ação de parte dos empregados.

Derradeiramente, os números atraíram a conclusão de que não existe uma “indústria do dano moral” no âmbito justralhista, ao menos em União da Vitória. Os valores de indenizações pouco expressivos em quase a totalidade dos casos – de até R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) – implica a absoluta impossibilidade de o empregado enriquecer.

Evidentemente que as conclusões desta pesquisa, limitada no tempo (um ano) e no espaço (algumas poucas cidades), não podem ser generalizadas para toda a Justiça do Trabalho. Esta a razão pela qual não se adotou a metodologia indutiva, pois os dados obtidos estão vinculados a questões econômicas, sociais, geográficas e jurídicas determinadas.

Todavia, mesmo com esta limitação, é possível concluir no aspecto específico do alcance da pesquisa que, em regra, os empregados não procuram a tutela jurisdicional com pretensões frívolas e, ao mesmo tempo, que os juízes não concedem indenizações por qualquer aborrecimento, muito menos vultosas.

## REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Egas Moniz. Estatística Judiciária. Revista Forense: Rio de Janeiro, v. 365, 2003, p. 7-15.

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Súmulas e teses jurídicas prevaletentes, decisões em incidentes de uniformização regional, incidentes de assunção de competência, incidentes de resolução de demandas repetitivas e arguições de inconstitucionalidade. Curitiba, PR: Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Disponível em: <https://www.trt9.jus.br/portal/arquivos/2458748>. Acesso em: 03 maio 2020.

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Súmulas da Jurisprudência Dominante em Dissídios Individuais do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Campinas, SP:

Tribunal Regional do Trabalho da 15<sup>a</sup> Região. Disponível em: [https://trt15.jus.br/sites/porta1/files/roles/jurisprudencia/Sumulas/versao-compilada\\_SUMULAS.pdf](https://trt15.jus.br/sites/porta1/files/roles/jurisprudencia/Sumulas/versao-compilada_SUMULAS.pdf). Acesso em 25 maio 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Livro de Súmulas, OJs e PNs. Brasília, DF: Tribunal Superior do Trabalho, 2016. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/documents/10157/63003/Livro-Internet.pdf>. Acesso em: 17 mai. 2020.

CASTRO, Alexandre Samy de. O método quantitativo na pesquisa em direito. In: MACHADO, Máira Rocha (org.). Pesquisar empiricamente o direito. São Paulo: Rede de estudos Empíricos em Direito, 2017, p. 39-82.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 13<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2019.

COSTANDRADE, Pedro Henrique Arazine de Carvalho; SILVA JÚNIOR, Gilson G.; GICO JÚNIOR, Ivo T. Panorama do judiciário brasileiro: crise e números. In: RIBEIRO, Gustavo Ferreira; GICO JÚNIOR, Ivo T. (Coord.). O jurista que calculava. Curitiba: CRV, 2013, p. 37-70.

DE MULDER, Richard; VAN NOORTWIJK, Kees; COMBRINK-KUITERS, Lia. Jurimetrics please!. In: EJLT - European Journal of Law and Technology. 1. ed. [S. l.], 2010. Disponível em: <http://ejlt.org/article/view/13/12>. Acesso em: 8 maio 2020.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 17<sup>a</sup> ed. São Paulo: LTr, 2019

EFING, Antônio Carlos; MARQUES FILHO, Lourival Barão. Pesquisa empírica e direito do consumidor: uma aproximação necessária. Revista de direito do consumidor. Vol. 108/2016, p. 439-457, nov-dez/2016.

EISENBERG, Theodore; LANVERS, Charlotte. What is the Settlement Rate and Why Should We Care? Cornell Law Faculty Publications. Paper 203. 2009. Disponível em: <http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/203>. Acesso em: 30 jun 2019.

EPSTEIN, Lee; KING, Gary. Pesquisa empírica em direito [livro eletrônico]. São Paulo: Direito GV, 2013.

GAROUPA, Nuno. Apresentação. In: PORTO, Antônio Maristrello; SAMPAIO, Patrícia (orgs.). Direito e economia em dois mundos: doutrina jurídica e pesquisa empírica. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014, p. 19-22.

HARTMANN, Ivar A.; KELLER, Clara Iglesias; CHADA, Daniel; VASCONCELOS, Guilherme; NUNES, José Luiz; CARNEIRO, Letícia; CHAVES, Luciano; BARRETO, Matheus; CORREIA, Fernando; ARAÚJO, Felipe. O impacto no sistema prisional brasileiro da mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre execução da pena antes do trânsito em julgado no HC 126.292/SP – um estudo empírico quantitativo. Revista de Direito Econômico e Socioambiental, Curitiba, v. 9, n. 1, p. 399-426, jan./abr. 2018. doi: 10.7213/rev.dir.econ.soc.v9i1.22393.

KANT DE LIMA, Roberto; BAPTISTA, Bárbara Gomes Luppeti. O desafio de realizar pesquisa empírica no direito: uma contribuição antropológica. Disponível em: [http://filoinfo.net/disciplinasonline/pluginfile.php/4485/mod\\_resource/content/1/o\\_desafio\\_de\\_realizar\\_pesquisa\\_empirica\\_no\\_direito.pdf](http://filoinfo.net/disciplinasonline/pluginfile.php/4485/mod_resource/content/1/o_desafio_de_realizar_pesquisa_empirica_no_direito.pdf). Acesso em: 11 jul. 2016.

KOROBKIN, Russel. Pesquisa empírica em direito contratual: possibilidades e problemas. Revista de estudos empíricos em direito. Vol. 2, n. 1, jan. 2015, p. 200-225.

NALINI, José Renato. É desprezado porque é o último? Ou é o último porque é desprezado? In: ANDREUCCI, Ana Claudia Pompeu Torezan...[et al.]. Direito humanos: perspectivas e reflexões para o Século XXI. São Paulo: Ltr, 2014, p. 250-258.

SALLES, Carlos Alberto de. A pesquisa em direito e a pesquisa em ciências sociais. In: CUNHA, Alexandre dos Santos; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (Coord.). Pesquisa empírica em direito. Anais do I Encontro de Pesquisa Empírica em Direito, Ribeirão Preto, 29 e 30 de setembro de 2011. Rio de Janeiro: Ipea, 2013, p. 31.

SILVA, Artur Custódio da. Danos morais nas relações de trabalho. Os danos morais se tornaram "batatas fritas" no "fast food" da Justiça Laboral? Revista de Direito do Trabalho, São Paulo, v. 191, p. 55-74, jul 2018.

YEUNG, Luciana. Além dos 'achismos', do senso comum e das evidências anedóticas: uma análise econômica do judiciário brasileiro. Tese de doutorado. São Paulo (USP), 2010.

\_\_\_\_\_. Jurimetria ou análise quantitativa de decisões judiciais. In: MACHADO, Máira Rocha (org.). Pesquisar empiricamente o direito. São Paulo: Rede de estudos Empíricos em Direito, 2017, p. 249-274.

\_\_\_\_\_; AZEVEDO, P. F. Beyond conventional wisdom and anecdotal evidence: measuring efficiency of Brazilian courts. In: annual conference of the international society for new institutional economics (Berkeley:2009). Papers Disponível em: [https://extranet.sioe.org/uploads/isnie2009/yeung\\_azevedo.pdf](https://extranet.sioe.org/uploads/isnie2009/yeung_azevedo.pdf). Acesso em: 24 jun. 2019.



# VIDA E OBRA DE SAMUEL PUFENDORF

## *LIFE AND WORK OF SAMUEL PUFENDORF*

Raphael Rego Borges Ribeiro

Professor de Direito Civil na Universidade Federal do Oeste da Bahia. Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia

Resumo: Neste artigo, é feita uma exposição biográfica de Samuel Pufendorf. A partir da metodologia de "história intelectual", em especial da abordagem contextualista, os aspectos da vida do referido autor são descritos, com o objetivo geral de permitir uma melhor compreensão do significado da sua obra. A pesquisa se vale de levantamento bibliográfico e documental, com recursos a fontes primárias e secundárias.

Palavras-chave: Samuel Pufendorf; Filosofia do Direito; Teoria do Direito; História do Direito; História Intelectual; Jusracionalismo.

Abstract: In this paper, it is done a biographical discussion of Samuel Pufendorf's life. Based on an intellectual history methodology, especially the contextualist approach, Pufendorf's life is described, with the aim of allowing for a better understanding of his work. The research undergoes a literature review, delving into both primary and secondary sources.

Keywords: Samuel Pufendorf; Jurisprudence; Legal Theory; Legal History; Intellectual History; Law of Reason.

Submetido em outubro de 2021. Aprovado em dezembro de 2021.

## 1 INTRODUÇÃO

Samuel Pufendorf foi um dos grandes expoentes da Teoria do Direito no mundo ocidental de todos os tempos. A sua obra influenciou enormemente o pensamento da sua época, o século XVII, sendo ele considerado um dos principais nomes do jusracionalismo; seu pensamento também marcou diversas gerações seguintes. Seu nome é lembrado até hoje em cursos de Teoria e de Filosofia do Direito. Este artigo pretende responder: quem, então, foi a pessoa Samuel Pufendorf?

Depreende-se das lições de William W. Fisher III (1997, p.1065) que a expressão “história intelectual” se refere, de maneira geral, à história do que as pessoas pensaram e acreditaram. É uma história do pensamento intelectual, cujos paralelos são a história das instituições políticas, dos sistemas econômicos, da vida social etc. Os pesquisadores da história intelectual se dividem em abordagens distintas. Uma destas abordagens é o contextualismo, segundo o qual o significado de um pensamento se relaciona intrinsecamente com o contexto em que o seu autor se encontrava; nesse contexto, o trabalho do pesquisador da história intelectual é reconstruir esse contexto, de modo a permitir uma melhor interpretação daquele pensamento que se quer estudar. Esta será, portanto, a abordagem metodológica usada, com recurso a fontes secundárias – artigos científicos e livros, em especial estrangeiros. Na breve análise da obra de Pufendorf, a consulta será à fonte primária – em especial, a versão em inglês mais antiga disponível.

Sendo Pufendorf um dos maiores juristas de todos os tempos, o adequado conhecimento da sua obra necessita imprescindivelmente da compreensão do contexto em que ela foi escrita. É a este objetivo geral que a presente investigação se dedica e nesta missão encontra a sua justificativa. Os objetivos específicos do trabalho são: contextualizar o nascimento de Samuel Pufendorf, assim como a sua formação acadêmica inicial; observar a produção intelectual dele; analisar aspectos gerais da sua teoria do Direito Natural; e descrever o final da sua vida.

## 2 O INÍCIO E O ÁPICE DA VIDA E DA CARREIRA DE SAMUEL PUFENDORF

Samuel Pufendorf nasceu em Chemnitz, no Eleitorado da Saxônia (na atual Alemanha), no dia 08 de janeiro de 1632 (PHILLIPSON, 1911, p.306). Naquele mesmo ano, nasceram também Baruch Spinoza, John Locke e Richard Cumberland. Além disso, naquela época a Europa se encontrava praticamente na metade da Guerra dos Trinta Anos (1618-1648), um dos mais violentos conflitos daquele continente. Facções tanto do catolicismo quanto do protestantismo se enfrentaram brutalmente, em especial no território do Sacro Império Romano-Germânico, até o conflito se encerrar com a Paz de Westfalen. A traumática experiência bélica influenciou praticamente toda aquela geração de pensadores, e com Pufendorf não poderia ser diferente. Desse contexto de terror religioso, ele desenvolveu uma distinção fundamental entre, de um lado, teologia moral e, de outro lado,

um direito natural “mundano”, cuja finalidade não era a salvação das almas e sim a segurança e a paz social (SAUNDERS, 2002, p.2174).

Samuel era filho de Margarethe e Esaias Elias Pufendorf, este um pastor luterano. Ele cresceu na vila montanhosa de Floha, para onde seu pai fora transferido dois anos após o seu nascimento. Mais velho, foi estudar na cidade de Grimma, onde passou 05 anos se debruçando um currículo fundamentalmente medieval, que incluía gramática, retórica e lógica; além disso, como deveria seguir a mesma profissão que o pai, também se devotou às lições das Escrituras, do catecismo, dos sermões e dos dogmas protestantes (SEIDLER, 1990, p.05). Nesse mesmo sentido, em 1650 ingressou na Universidade de Leipzig, onde inicialmente deveria se graduar em teologia para se tornar pastor. Entretanto, logo desistiu desse caminho, em razão das doutrinas dogmáticas e do espírito de intolerância que predominavam naquela Universidade (PHILLIPSON, 1911, p.306). Desse modo, devotou os 06 anos que passou em Leipzig estudando Direito Romano, história, filosofia natural, medicina e ciência política. Em 1656, ele foi para a Universidade de Jena, onde se tornou discípulo do filósofo e matemático Erhard Weigel, que o introduziu às lições de René Descartes, Galileu Galilei, Hugo Grotius e Thomas Hobbes. Também foi Weigel que ensinou a Pufendorf a importância do uso do método cartesiano nos estudos da moralidade e da filosofia política, além do método euclidiano no pensamento jurídico (PHILLIPSON, 1911, p.306; SEIDLER, 1990, p.05). Pufendorf recusara um doutorado, em razão de profundo desdém pelos títulos acadêmicos; contudo, Erhard Weigel o convenceu a obter o título de mestre, sem o qual não conseguiria seguir uma carreira lecionando em universidades (SEIDLER, 1990, p.05).

Em 1657, Samuel Pufendorf deixou a Universidade de Jena. Após rejeitar uma oferta de emprego em Halle e sem conseguir a princípio um emprego de professor universitário na Saxônia, ele se tornou no início de 1658 tutor acadêmico na família de Petrus Julius Coyet, embaixador do rei sueco Carlos Gustavo em Copenhague, na Dinamarca (CHROUST, 1947, p.48). Naquele mesmo momento histórico, iniciaram-se graves hostilidades entre os governos suecos e dinamarqueses; Coyet conseguiu fugir da Dinamarca, porém o seu *staff* foi aprisionado (PHILLIPSON, 1911, p.306). Nesse contexto, Pufendorf também foi parar em uma prisão dinamarquesa, onde passou 08 meses – tempo que passou refletindo e escrevendo sobre os fundamentos do Direito. Após sua soltura, foi para a Holanda levando consigo os manuscritos redigidos no cárcere, que acabaram sendo publicados em Haia em 1660 sob o título *Elementa Jurisprudentiae Universalis* – obra recebida com grande aplauso em toda a Europa. Ainda na Holanda, estudou filologia clássica na Universidade de Leiden, momento em que teve maior contato com as ideias do estoicismo, que viriam a influenciar o desenvolvimento posterior do seu sistema de Direito Natural. Ali também se aproximou do acadêmico Johan Frederik Gronovius e de Peter de Groot, filho de Hugo Grotius – ambos ligados ao Príncipe-Eleitor do Palatinado, Carlos Luís (Karl Ludwig), que fora estudante da Universidade de Leiden (SEIDLER, 1990, p.06).

O sucesso do *Elementa Jurisprudentiae Universalis* em grande parte se deu por sua forte inspiração na obra de Hugo Grotius, que por sua vez já era considerado, à época, um dos maiores pensadores europeus. Não coincidentemente, no prefácio do *Elementa*, há o reconhecimento expresso do quanto a obra bebeu do “maravilhoso” trabalho de Grotius (PUFENDORF, 1703). Com o *Elementa*, Samuel Pufendorf passou a ser internacionalmente reconhecido como uma autoridade na interpretação e na defesa do pensamento de Grotius (BUCKLE 2002, p.53).

Em razão da reputação recém adquirida, rapidamente o autor germânico assegurou uma posição acadêmica na Universidade de Heidelberg como professor de Direito Natural e Direito das Nações (TUCK, 1979, p.156). Esta cátedra – a primeira do tipo em toda a Alemanha – foi especificamente criada para ele por Carlos Luís, Príncipe-Eleitor do Palatinado, para quem não coincidentemente o *Elementa* fora dedicado (CHROUST, 1947, p.48). Originalmente, Pufendorf recebera de Heidelberg uma oferta de lecionar Direito Romano na Faculdade de Direito, que ele recusou alegando que não tinha interesse em adicionar mais um aos já existentes 999 comentários ao *Corpus Juris Civilis*, o que ele realmente desejava era ser professor de política na Faculdade de Direito. Sob pressão do Príncipe-Eleitor, a administração da Universidade criou a mencionada cátedra de Direito Natural e Direito das Nações na Faculdade de Filosofia, de modo a permitir que Pufendorf a partir de 1661 lecionasse o conteúdo da obra magna de Hugo Grotius, *De Iure Belli ac Pacis* (SEIDLER, 1990, p.07).

Em Heidelberg, Samuel Pufendorf fez bastante sucesso como professor, tanto em razão da sua didática quanto do conteúdo das suas aulas. Lá se casou em 1665 com a viúva de um colega – união da qual nasceram duas filhas. Em Heidelberg, também manteve contato próximo e frequente com importantes figuras públicas – como, por exemplo, Johann Christian von Boyneburg, que foi embaixador na Suécia, além do próprio Príncipe-Eleitor Carlos Luís. O Príncipe-Eleitor nomeou Pufendorf membro do seu Conselho Privado, além de ter lhe confiado a educação do seu filho e herdeiro (SEIDLER, 1990, p.07).

Acredita-se que o Príncipe-Eleitor Carlos Luís tenha garantido o acesso de Pufendorf às fontes necessárias para a escrita do tratado *De Statu Imperii Germanici* (PHILLIPSON, 1911, p.235). Este livro foi escrito em 1664, todavia publicado apenas em 1667, em Haia e sob o pseudônimo Severinus de Mozambano, supostamente um nobre viajante italiano escrevendo para o irmão. A demora, a publicação no estrangeiro e o uso do pseudônimo decorreram do conteúdo explosivo do tratado, que severamente criticava o estado em que se encontrava o Sacro Império – famosamente ali chamado de um *monstrum simile*, em razão de não poder ser considerado um Estado regular nem irregular. *De Statu Imperii Germanici* exerceu uma profunda influência na política germânica do seu tempo, também tendo sido traduzido para diversas línguas europeias. Apesar (ou mesmo por causa) disso, houve polêmicas em torno desta obra, que foi rapidamente banida das Universidades e até mesmo condenada pelo Papa – que era oficialmente o líder espiritual do Sacro Império. Na medida em que Pufendorf se manifestara em defesa de Severinus de Mozambano, foi acusado de ser o verdadeiro autor, o que ele formalmente negou reiteradamente até a edição de *De Statu* de 1684, na qual o fato foi publicamente admitido (SEIDLER, 1990, p.08). Mesmo com as negativas públicas da sua relação com a obra, as amargas controvérsias que se seguiram imediatamente à publicação de *De Statu Imperii Germanici* levaram Pufendorf a deixar Heidelberg, indo em 1668 para Lund, na Suécia, onde aceitou outro cargo de professor (PHILLIPSON, 1911, p.307).

A Universidade de Lund teve a sua fundação determinada em 1666, e a sua inauguração se deu em uma cerimônia na Catedral de Lund em janeiro de 1668. O estabelecimento de uma Universidade naquela cidade se deu em um contexto no qual a Suécia estava exercendo grande poder internacional e mantinha pretensões expansionistas. A região, historicamente parte da Dinamarca, tinha sido recentemente anexada pelos suecos. A Coroa sueca garantira aos habitantes da ex-província dinamarquesa que eles poderiam continuar vivendo conforme seus antigos costumes e decidindo suas questões jurídicas em seus antigos tribunais. Entretanto, o governo sueco mantinha a sua política de

“suecizar” o território, objetivo para o qual muito contribuiria a criação de uma Universidade em Lund, em especial com uma Faculdade de Direito que contribuísse para a efetiva integração da província ao sistema jurídico e político da Suécia. Por esse motivo, era do interesse da Coroa sueca a contratação de professores com reputação em toda a Europa que tivessem interesse em vir para a recém-criada Universidade. Encontraram em Samuel Pufendorf um candidato excelente para a posição: ao mesmo tempo internacionalmente celebrado por seu *Elementa Jurisprudentiae Universalis*, porém ansioso para deixar Heidelberg em razão das suas críticas ao Sacro Império Romano-Germânico (MODEER, 1997, p.06-08). O Príncipe-Eleitor Carlos Luís lamentou a perda daquele magnífico acadêmico, porém não colocou obstáculos para a sua saída, e a relação entre os dois permaneceu amigável (SEIDLER, 1990, p.09).

Samuel Pufendorf passou aproximadamente 10 anos lecionando na Universidade de Lund. Durante o seu período lá, escreveu e publicou a sua obra-prima: *De iure naturae et gentium*, em 08 livros, cuja primeira edição foi lançada em 1672. Também publicou em 1673 uma versão resumida, *De officio hominis et civis*. Ambas as obras foram um sucesso absoluto, tendo sido traduzidos para diversas línguas europeias e tiveram muitas edições. John Locke chegou a afirmar que *De iure naturae* era o melhor livro daquela natureza, superando até mesmo *De iure belli*, de Hugo Grotius. *De officio hominis* foi amplamente usado por toda a Europa como material básico dos cursos sobre Teoria e Filosofia do Direito, também servindo de modelo para todo autor subsequente que quisesse publicar algo na área (BUCKLE, 2002, p.53). Ilustrativamente, até 1758 já tinham sido publicadas pelo menos 09 edições da versão em Latim de *De officio hominis*, além de 07 edições da tradução em inglês e 01 em francês (MENDELSON, 1996, p.23). Também houve traduções para o alemão, para o italiano e até mesmo para o russo, essa expressamente determinada pelo czar Pedro, o Grande (CHROUST, 1947, p.49).

### 3 A TEORIA DO DIREITO NATURAL DE SAMUEL PUFENDORF

A obra de Samuel Pufendorf se encontra no contexto do racionalismo jurídico (jusracionalismo), movimento dos séculos XVII e XVIII que se dedicou a deduzir da razão humana regras e princípios jurídicos. Pufendorf foi um dos principais teóricos desse movimento, tendo desenvolvido um grande sistema de Direito Natural, do qual poderiam ser extraídos diversos conceitos legais específicos – todos, segundo ele, ditados pela razão e pela moralidade (WIEACKER, 1990, p.16). Nesse sistema, desenvolvido com profundidade nos oito livros de *De iure naturae et gentium*, ele estudou diversos aspectos fundamentais da Teoria do Direito, dos Direitos Privado, Público e Internacional. Deve ser destacado que ele escreveu a sua obra-prima como um professor escrevendo para estudantes de Direito; assim, fica evidente a evolução lógica da sua construção teórica, com uma tendência consistente a analisar e classificar, constantemente dividindo e subdividindo institutos, bem como fazendo distinções e comparações (PHILLIPSON, 1911, p.242). O pensamento de Pufendorf exerceu uma significativa influência na sua própria geração e nas seguintes, tendo sobrevivido até mesmo à época do jusracionalismo, uma vez que a Escola Histórica e a Escola Pandectista adotaram as ideias de Pufendorf e dos pensadores por ele influenciados (WIEACKER, 1993, p.353).

Na época de Samuel Pufendorf, os círculos intelectuais nos quais se debatia o jusracionalismo estavam bastante focados na antítese dos sistemas de Hugo Grotius e de Thomas Hobbes. O sistema de Pufendorf revela claramente a influência desses dois grandes predecessores, e de modo geral é direcionado a uma conciliação das suas opiniões naquilo que elas conflitavam. Em matéria ética, o germânico tende mais ao pensamento do holandês; em temas de política, ele se aproxima mais do britânico (DUNNING, 1928, p.318). A conciliação entre os pensamentos de Grotius e Hobbes fica mais evidente na descrição que Pufendorf oferece para a transição do estado de natureza para a vida social. Em relação ao holandês, Pufendorf traz que o instinto humano desempenha papel fundamental na formação da sociedade, o que se encaixa na teoria Grotiana de que o fundamento do Direito seria a intrínseca natureza das coisas. Do britânico, Pufendorf se inspira na ideia de que o Estado se origina por um ato de vontade, decorrente da ideia hobbesiana de interesse na autopreservação.

Em *De iure naturae et gentium*, Samuel Pufendorf argumenta que Deus concedeu ao ser humano a Razão, cujos poderes e habilidades deveriam ser utilizados não apenas para adorá-Lo, porém também para construir uma vida social e civilizada. Desse modo, o Direito Natural serviria para restringir a liberdade humana natural, de forma a preservar a humanidade de uma vida brutal e antissocial. Como as pessoas seriam fracas e tenderiam à corrupção e à degeneração, o Direito Natural seria imprescindível para qualquer sociedade existir e se manter (PUFENDORF, 1703, p.76-79). Para Pufendorf, o estado de natureza significa a condição da humanidade sem qualquer instituição humana; para ele, a vida nesse estado natural seria extremamente inconveniente, miserável e confusa (PUFENDORF, 1703, p.82).

Ao contrário de Thomas Hobbes, Pufendorf não entende que o estado de natureza seria inerentemente beligerante; ao contrário, o germânico argumenta que existe uma tendência humana natural à paz, decorrente justamente do uso da Razão. Sendo racional/razoável – isto é, atribuída da Razão –, cada pessoa é obrigada a se conformar a regras gerais e universais, e esse é o único requisito para se alcançar a paz (PUFENDORF, p.92). Não que o ser humano fosse intrinsecamente social, porém ele deve desenvolver essa sociabilidade por ela ser mais vantajosa para ele (ROMMEN, 1947, p.94). Assim, o cerne da teoria do Direito Natural em Pufendorf é o uso da Razão para determinar aquilo que é necessário para manter e promover o estado de sociabilidade pacífica. Nesse contexto, tudo que leva o ser humano a se afastar da sociabilidade é proibido pelo Direito Natural; por outro lado, tudo o que leva a pessoa a se aproximar da sociabilidade, e nela se manter, é comandado pelo Direito Natural (PUFENDORF, 1703, p.53). É o Direito Natural que leva as pessoas a se absterem da violência, a respeitarem a propriedade alheia e a cumprirem os seus contratos (DUNNING, 1928, p.320). É possível inferir que a fixação de Pufendorf pela paz e pela sociabilidade enquanto estados desejados e que devem ser mantidos são marcas de ter crescido em um ambiente desolado pelos horrores da Guerra dos 30 Anos.

Segundo Pufendorf, o Direito Natural pode ser deduzido pelo uso da Razão; contemplando a condição humana, a pessoa pode se convencer da necessidade de viver em conformidade com a Lei da Natureza e de descobrir os seus princípios. Tais princípios são chamados “ditados da reta Razão”, e deles outros princípios podem ser encontrados por meio da observação, exame e dedução (PUFENDORF, 1703, p.105). Para ele, a Razão não é o Direito Natural em si, porém o método obrigatório pelo qual a Lei da Natureza pode

ser revelada. A investigação racional é o processo pelo qual o ser humano chega aos mandamentos impostos pelo Direito Natural (PUFENDORF, 1703, p.115).

Influenciado por René Descartes e Galileu Galilei, usando tanto a dedução racional quanto a observação empírica, Samuel Pufendorf desenvolveu um sistema geral dos princípios de Direito Natural. Ele passou a maior parte dos oito volumes do *De iure naturae* analisando se institutos como a propriedade, o casamento e os contratos decorriam da promoção da sociabilidade imposta pela Lei da Natureza. No sistema de Pufendorf, existe uma relação entre o Direito Natural e o Direito Positivo. Este é necessário à manutenção da sociabilidade, restringindo as propensões naturais das pessoas, que não podem ser adequadamente contidas pelo mero conhecimento da Lei da Natureza. Desse modo, as autoridades públicas devem editar leis positivas para assegurar a observância dos comandos do Direito Natural (ROMMEN, 1947, p.95).

Como determinar, então, se um instituto pertence ao Direito Natural? Pufendorf ressalta que “pertencer à Lei da Natureza” tem dois significados distintos. Quando a expressão é usada a respeito de um comando ou um princípio, isso significa que o Direito Natural determina que tal ação seja praticada. Por outro lado, quando a expressão se refere a um instituto estabelecido pelo ser humano, isso significa que a reta Razão reconhece a importância de tal instituto para a promoção da vida em sociedade e, portanto, recomenda a sua adoção. Ilustrativamente, como não há nenhum comando expresso na Lei da Natureza determinando que as coisas sejam apropriadas pelas pessoas, a propriedade não pertence ao Direito Natural no primeiro sentido acima mencionado; todavia, uma vez que esse instituto é criado pelas pessoas e que ele efetivamente contribui para a promoção da sociabilidade humana, a propriedade é considerada de acordo com a Lei da Natureza, que passa a obrigar o respeito pelo domínio privado (PUFENDORF, 1703, p.331).

Em complemento, Pufendorf distingue, de um lado, aqueles comportamentos ou institutos que a Lei da Natureza comanda ou proíbe, e, de outro lado, aqueles que são reguladas pelas leis humanas como necessárias para o desenvolvimento da sociedade. Para ele, estes pertencem ao Direito Natural por redução – foram introduzidos pelo desejo humano de paz e tranquilidade, contudo integram a Lei da Natureza em razão de serem necessários à existência social pacífica ou de terem uma utilidade racional para tal fim. Um dos exemplos que o germânico utiliza é o testamento: a Natureza não determinou que as pessoas testassem; entretanto, em um sistema no qual a propriedade pertence ao Direito Natural, disso naturalmente decorre que uma pessoa possa dispor dos seus próprios bens ao morrer (PUFENDORF, 1703, p.118).

É interessante destacar que, enquanto em seu *Elementa* Pufendorf praticamente não fez qualquer referência a autoridades da Antiguidade, em *De iure naturae* ele abusou das citações às fontes clássicas, até exageradamente. Compreende-se que se tratou de um método para responder os críticos da primeira obra, que, como será visto abaixo, chegaram a acusar o autor germânico de saber muito pouco de filosofia. De todo modo, também fica evidente a sua predileção pelos estoicos e a sua aversão a Platão, Aristóteles e os filósofos medievais (CHROUST, 1947, p.53-57).

Se com o *Elementa* Samuel Pufendorf ficou internacionalmente conhecido como um seguidor de Hugo Grotius e uma autoridade na interpretação da obra deste, no *De iure naturae* o germânico muda de postura e se afasta do holandês em alguns pontos significativos. A primeira distinção se refere ao fundamento do Direito Natural – Pufendorf diz que a Lei da Natureza não é independente da lei divina. A segunda diferença é em como

se encontram os comandos do Direito Natural, que, para Grotius, seriam ideias inatas. Por outro lado, para Pufendorf, os seres humanos inevitavelmente chegam a eles por meio do treinamento social; todavia, como este pode variar de acordo com as pessoas e com as sociedades, não seria todo e qualquer princípio que poderia ser reconhecido universalmente como integrante do Direito Natural. Alguns desses mandamentos seriam óbvios e facilmente encontrados, a ponto de fornecerem as bases para as interações sociais entre os seres humanos; porém alguns comandos da Lei da Natureza não seriam evidentes para todos, devendo ser descobertos por meio do uso da reta Razão. Para Pufendorf, assim, existe um núcleo do Direito Natural que é imediatamente cognoscível por todos, porém também existem outras camadas de regras naturais que devem ser trabalhadas ao longo da história humana, em decorrência das exigências particulares de cada contexto em que as pessoas se encontram (BUCKLE, 2002, p.62-67).

#### 4 O FIM DA VIDA DE SAMUEL PUFENDORF

Durante toda a sua vida, Samuel Pufendorf recebeu severas críticas ao seu trabalho, e a tentativa de responder a elas acabou direcionando os caminhos subsequentes da sua produção. A sua primeira grande obra, *Elementa Jurisprudentiae Universalis*, que rendera para ele rapidamente um tão desejado emprego universitário, também o colocou como alvo de severas críticas acadêmicas. Gottfried Leibniz chegou a afirmar que ele era um jurista razoável, não muito bom, porém um filósofo muito ruim (ROMMEN, 1947, p.96). Johann Boecler acusou Pufendorf de não saber filosofia – antiga, medieval nem moderna; Hermann Conring indicou que Pufendorf não estava devidamente familiarizado com problemas filosóficos e com a sua história (CHROUST, 1947, p.52). A redação da sua obra-prima, *De iure naturae et gentium*, foi toda conformada pela busca de contradizer as referidas críticas. Apesar disso, continuou sendo criticado – de maneira particularmente feroz por Leibniz. Atualmente, acredita-se que se tratava de ataques sem mérito real, decorrentes mais de hostilidades pessoais e posições políticas (particularmente sobre o Sacro Império) do que de questões acadêmicas propriamente ditas (PHILLIPSON, 1911, p.263). Ademais, mesmo no mérito teórico, percebe-se que as objeções de Leibniz faziam parte de uma disputa mais ampla – Pufendorf embasava seu sistema de Direito Natural nas opiniões metafísicas de Descartes, enquanto Leibniz se opunha à perspectiva cartesiana da relação entre o mundo e o seu Criador. Também se nota que Leibniz se limitou a criticar a versão resumida, *De officio hominis et civis*, ignorando as reflexões mais aprofundadas feitas em *De iure naturae* (BUCKLE, 2002, p.58). *De iure naturae* e *De officio hominis* também foram severamente atacadas por teólogos alemães, dentre os quais o principal opositor foi Valentin Alberti, de Leipzig. A maior objeção decorria da separação, feita por Pufendorf, entre o Direito Natural, de um lado, e a Teologia, de outro lado. A esses ataques, Pufendorf respondeu publicando *Eris Scandica*, de 1676 (PHILLIPSON, 1911, p.307).

Em Lund, Samuel Pufendorf permanecia sendo uma pessoa controversa, também fazendo muitos inimigos. Ilustrativamente, alguns colegas da Faculdade de Teologia da Universidade de Lund o denunciaram publicamente, inconformados com sua visão pouco ortodoxa sobre as origens, os fundamentos, a natureza e a função do Direito Natural (CHROUST, 1947, p.49). Além disso, chegou a ser intimado para um duelo por seu colega

da Universidade, Nikolaus Beckmann, o professor de Direito Romano – convite que Pufendorf sabiamente rejeitou. Samuel Pufendorf, entretanto, sabia como se proteger. Assim como dedicara o *Elementa* a Carlos Luís, Príncipe-Eleitor do Palatinado, dedicou *De iure naturae* ao rei sueco e *De officio hominis* ao Conde Gustav Steenbock, chanceler da Universidade de Lund (SEIDLER, 1990, p.09). Também se dedicava constantemente a se defender dos críticos por meio de publicações apologéticas, como por exemplo sua *Apologia*, de 1674, em resposta às denúncias dos colegas teólogos de Lund. Ocorre que em 1675 se iniciou uma nova guerra entre a Suécia e a Dinamarca, o que levou a Universidade a permanecer fechada por mais de 05 anos, até o início dos anos 1680. Quando as atividades acadêmicas se reiniciaram, Pufendorf já tinha deixado Lund (MODEER, 1997, p.09). Em 1677, ele foi para Estocolmo, tendo sido nomeado pelo Rei sueco Carlos XI historiador da Corte, secretário de Estado e conselheiro privado da Coroa (PHILLIPSON, 1911, p.307).

Samuel Pufendorf passou aproximadamente uma década na corte sueca, período em que, sempre sendo um autor polêmico, suas relações com a aristocracia local se deterioraram. Em 1686, Pufendorf aceitou o convite de Frederico Guilherme (Friedrich Wilhelm), Grande Eleitor de Brandemburgo e Duque da Prússia, e se tornou o historiador do monarca germânico em Berlim. Por volta desse período, foi publicada outra obra importante de Pufendorf, *De habitu religionis christianae ad vitam civilem*. Contudo, o rei sueco impediu por dois anos o retorno dele para a Alemanha. Apenas em 1688 Pufendorf recebeu permissão para ir para a Berlim – sendo obrigado a deixar para trás seu manuscrito, praticamente finalizado, a respeito da história da Suécia. Acredita-se que o Rei Carlos XI queria impedir alterações no trabalho, bem como incentivar o retorno do autor. Pouco após a chegada de Pufendorf à Prússia, Frederico Guilherme morreu; o herdeiro, Frederico (Friedrich) III, não apenas manteve a oferta de emprego como historiador da corte prussiana, como também em pouco tempo nomeou Pufendorf para as posições de conselheiro privado e conselheiro judicial (SEIDLER, 1990, p.11).

Na Prússia, assim como na corte sueca, Samuel Pufendorf se dedicou majoritariamente a escrever sobre História. Seu primeiro grande trabalho no novo emprego, finalizado em 1692, foi um gigantesco relato do reinado do Grande Eleitor Frederico Guilherme – *De rebus gestis Friderici Wilhelmi Magni, electoris Brandenburgici*. A sua continuação, sobre o reinado de Frederico III, acabou ficando incompleta; todavia, é importante notar uma significativa contribuição ali feita: uma longa discussão sobre a Revolução Gloriosa da Inglaterra (de 1688), a qual foi apoiada por Pufendorf em razão de ele compreender que o rei Jaime II havia quebrado o contrato social estabelecido entre o soberano e o seu povo. Na primavera de 1694, Pufendorf retornou à Suécia para reaver o manuscrito que ali deixara. Além da autorização para a sua publicação, Pufendorf também recebeu do Rei sueco Carlos XI um título de nobreza, especificamente o de barão. Na viagem de volta para a Alemanha, Pufendorf adoeceu severamente, e acabou morrendo em Berlim em 26 de outubro de 1694, com 62 anos (SEIDLER, 1990, p.26). Acabou sendo enterrado na igreja de São Nicolau, também em Berlim.

## 5 CONCLUSÃO

Neste artigo, observou-se que Samuel Pufendorf nasceu no território da atual Alemanha, região esta que, à época, estava assolada pelos horrores da Guerra dos 30 Anos. Notou-se também a influência da religião em sua vida, em especial por ser filho de pastor luterano. Verificou-se que, ao frequentar a Universidade e se tornar discípulo de um matemático-filósofo, Pufendorf se tornou adepto dos métodos cartesiano e euclidiano, inclusive no sentido da sua aplicação aos pensamentos moral, político e jurídico.

Percebeu-se que Samuel Pufendorf originalmente se tornou famoso como seguidor e intérprete autorizado da obra de Hugo Grotius, em especial com a publicação do *Elementa Jurisprudentiae Universalis*. Notou-se que, com base nessa reputação e em seus contatos políticos, conseguiu seu primeiro emprego como professor universitário, em Heidelberg. Observou-se que ali começaram seus constantes conflitos com os colegas de trabalho, o que acabou o levando a se mudar para a Suécia, para lecionar na Universidade de Lund. Verificou-se que, lá, escreveu e publicou a sua obra-prima: *De iure naturae et gentium*, assim como uma versão resumida, *De officio hominis et civis*. Identificou-se que ambas as obras foram grandes sucessos por toda a Europa. Apesar disso, também na universidade sueca se viu em conflito com os colegas de trabalho.

Revelou-se que Pufendorf sempre se manteve próximo ao poder político. Primeiramente, trabalhou diretamente com o filho do Príncipe-Eleitor do Palatinado; na sequência, foi trabalhar na Corte do Rei da Suécia; e também foi empregado na corte da Prússia. Observou-se que as suas conexões lhe renderam benefícios materiais, empregabilidade e proteção nas constantes polêmicas em que se envolvia; também chegou a receber um título de nobreza pouco antes de morrer.

Verificou-se que a obra de Samuel Pufendorf foi profundamente influenciada pelo pensamento do holandês Hugo Grotius, que em *De iure naturae* ele tentou conciliar com algumas ideias do britânico Thomas Hobbes. Viu-se que a sua teoria do Direito Natural invoca constantemente as ideias de comandos que mantêm as pessoas em um estado de paz e sociabilidade, o que se inferiu ser decorrência de ter vivenciado os horrores e as consequências nefastas da Guerra dos 30 Anos. Percebeu-se também que seu sistema de Direito Natural se fundamenta na dedução de comandos normativos a partir do uso daquilo que ele chama de reta Razão.

## REFERÊNCIAS

- BUCKLE, S. Natural law and the theory of property: Grotius to Hume. Oxford: Clarendon, 2002.
- CHROUST, Anton-Hermann. A Note on Samuel Pufendorf. *Vanderbilt Law Review*, vol. 1, 1947.
- DUNNING, William Archibald. A history of political theories from Luther to Montesquieu. New York: MacMillian, 1928.
- FISHER III, William W. Texts and contexts: the application to American legal history of the methodologies of intellectual history. *Stanford Law Review*, vol. 49, 1997.

MENDELSON, Danuta. Historical Evolution and Modern Implications of Concepts of Consent to, and Refusal of, Medical Treatment in the Law of Trespass, *Journal of Legal Medicine*, vol. 17, 1996.

MODEER, Kjell A. From Samuel Pufendorf to the Raoul Wallenberg Institute: Lund University Law School during Three Centuries. *International Journal of Legal Information*, 25, 1997.

PHILLIPSON, Coleman. Samuel Pufendorf. *Journal of the Society of Comparative Legislation*, vol. 12, 1911.

PUFENDORF, Samuel. *Of the law of nature and nations, eight books*. Translated by Basil Kennett and William Percivale. Oxford: L. Lichfield, 1703.

ROMMEN, Heinrich A. *The Natural Law: A Study in Legal and Social History and Philosophy*. Trad. Thomas R. Hanley. Indianapolis: Liberty Fund, 1998.

SAUNDERS, David. Within the Orbit of This Life - Samuel Pufendorf and the Autonomy of Law. *Cardozo Law Review*, vol. 23, 2002.

SEIDLER, Michael. *Introductory Essay to Samuel Pufendorf's "On the natural state of men"*. Lewinston/Queenston/Lampeter: The Edwin Mellen Press, 1990.

TUCK, Richard. *Natural rights theories: their origin and development*. Cambridge: Cambridge University Press, 1979.

WIEACKER, Franz. *Foundations of European Legal Culture*. *American Journal of Comparative Law*, vol. 38, n. 1, 1990.

WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 2 ed. Tradução de A. M. Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.



# STANDARDS PROBATÓRIOS NO MANDADO DE SEGURANÇA – CRITÉRIOS PARA APRECIACÃO DA VERDADE

*QUANTUM OF PROOF IN THE WRIT OF MANDAMUS - CRITERIA FOR ASSESSING THE  
TRUTH*

Rafael Diogo Lemos

Mestre em Direito (UFRN). Doutorando em Direito (UNIFOR). Professor do Centro  
Universitário Estácio de Sá do Ceará e Faculdade UNINTA de Itapipoca. Membro do  
Núcleo de Pesquisa em Interpretação e Decisão Judicial (NUPID)

Resumo: Neste trabalho, será analisada a importância dos *standards* probatórios e sua contribuição com a racionalidade e objetividade das decisões judiciais. Serão verificados critérios para formação de um *standard* de prova e a necessária contextualização deste critério com aspectos metodológicos, epistemológicos, jurídicos e políticos. Buscar-se-á, de modo mais objetivo, analisar os *standards* exigidos no mandado de segurança, dada sua peculiaridade procedimental e probatória. Debate-se, também, os critérios e padrões na busca pela verdade no processo e em que ponto fatores não-epistemológicos influenciam na busca pela verdade no processo.

Palavras-chave: *Standards* probatórios; verdade; mandado de segurança; racionalidade.

Abstract: In this work, the importance of evidential standards and their contribution to the rationality and objectivity of judicial decisions will be analyzed. Criteria for the formation of a standard of proof and the necessary contextualization of this criterion with methodological, epistemological, legal and political aspects will be verified. We will seek, in a more objective way, to analyze the standards required in the writ of mandamus, given its procedural and evidential peculiarity. The criteria and standards in the search for truth in the process are also debated and at what point non-epistemological factors "influence the search for truth in the process

Keywords: Quantum of proof; truth; writ of mandamus; rationality.

Submetido em março de 2021. Aprovado em dezembro de 2021.

## 1. INTRODUÇÃO

A busca por um padrão decisório constitui em exigência epistemológica no processo, legitimando-o por meio da verdade e permitindo que o direito alcance seus fins de regulação de condutas sociais. Com a racionalidade inerente ao processo, é necessário que todas as etapas sejam sujeitas a controles inter-subjetivos, em especial a última etapa do processo, qual seja, a decisão judicial.

A despeito desta exigência racional, a busca pela verdade no processo carece de critérios racionais, sendo construída, muitas vezes, com base em padrões subjetivos do julgador. As evoluções no processo no tocante ao direito probatório constroem padrões objetivos de escolha dos fatos a serem provados, valoração da prova e, em especial, padrões de julgamento.

O objeto do presente estudo é investigar o critério de verdade utilizado no mandado de segurança e os meios de se atingir esta verdade. Debater-se-á qual o padrão de verdade necessário à concessão de uma decisão judicial e quais os critérios metodológicos, epistemológicos, judiciais e políticos para a formação destes critérios.

Ademais, buscar-se-á analisar o papel dos *standards* probatórios, em especial na objetivação da formação da verdade pelo magistrado, enquanto instrumento de racionalidade do processo. Em verdade, dada a necessária racionalidade do processo, é preciso permitir que todos os seus atos sejam verificáveis e sujeitos a testes de falseabilidade, ampliando o controle pelas partes, pela sociedade e pelo próprio Poder Judiciário por meio de critérios inter-subjetivos e racionais.

Buscar-se-á, mais especificamente, analisar o *quantum* probatório no mandado de segurança, dada peculiaridades procedimentais e probatórias nesta ação de natureza constitucional. Verificar-se-á em que ponto a lei reduz (ou não) os meios de prova do magistrado e qual o padrão exigido do magistrado para que seja alcançada a verdade e concedida a segurança.

## 2. A VERDADE E A PROVA NO PROCESSO

O processo judicial é o *locus* estatal por excelência para a obtenção de verdade, de modo a se obter uma resposta jurisdicional de solução definitiva de uma lide. O critério de verdade a ser utilizado no processo, todavia, é bastante debatido, sendo comum aqueles que a dividem entre “verdade material” e “verdade formal” (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2018), sendo apenas esta alcançável pelo processo.

Vale dizer que se parte de um subjetivismo processual, levando-se em consideração a existência de três “verdades”: a verdade apresentada pelo autor, a verdade defendida pelo réu e, por último, aquela atingida pelo Estado-juiz. Este subjetivismo varia a depender de aspectos políticos os mais variados, sendo maior ou menor a exigência desta “verdade

formal”, quando se estiver frente a, por exemplo, direitos materiais de maior ou menor envergadura (exigência de uma verdade mais “qualificada” no âmbito do processo penal do que no âmbito do processo civil, por exemplo) ou se estiver frente a procedimentos sumarizados ou ordinários (concessão de decisão em ações possessórias com natureza de tutela provisória de evidência).

A verdade no processo, contudo, é aquela processual (FERRER-BELTRÁN, 2021), não se confundindo com a material, conforme explicitar-se-á ao longo deste texto. Isso significa que o objetivo do processo que é a busca da verdade a alcançará por meio de fatos intermediados que serão denominados provas (assim, a prova testemunhal é uma “verdade” intermediada pelo relato de uma pessoa; a prova documental é uma “verdade” intermediada por um documento produzido pelas partes ou por terceiros; a prova pericial é uma “verdade” produzida por um *expert* de confiança do juiz ou das partes que emitirá um parecer sobre a questão a ser decidida, com imparcialidade) e estas provas, submetidas ao contraditório, conduzirão o magistrado a alcançar a verdade processual que será o substrato da decisão judicial.

Tem-se, portanto, uma adoção de um conceito autopoiético do direito; os fatos apenas serão relevantes ao Direito enquanto forem incluídos no processo por intermediação das provas, obedecendo a critérios legais rigorosos previamente definidos, desconsiderando-se qualquer fato não internalizado segundo a linguagem própria do Direito.

Após a escolha do material a ser provado, da valoração da prova e, ao final, do julgamento com base nas provas apresentadas – etapas de escolha, valoração e julgamento que serão apresentadas nos próximos tópicos – o magistrado estará de frente a um material “bruto”, cabendo a ele decidir se aquele material será ou não suficiente para a prolação de uma decisão judicial, bem como se aquelas provas levarão a uma decisão que beneficiará o réu ou o autor. Vale dizer, face ao *non liquet*, que proíbe o juiz de não proferir decisões em um processo judicial, deverá este escolher, frente ao material que lhe é apresentado, se foi ou não alcançada a “verdade” e se as partes cumpriram ou não seu ônus probatório. Após esta etapa, o juiz poderá emitir uma decisão judicial, apontando a “sua” verdade.

Esta etapa de julgamento não é (não pode ser) completamente subjetivista, devendo haver certos padrões mínimos para que o magistrado considere ou não provada uma alegação. Estes padrões são denominados *standards* probatórios, que serão maiores ou menores a depender de alguns fatores políticos explicitados na legislação. A parametrização do processo decisório por meio de *níveis* probatórios é um método de redução do subjetivismo e, por conseguinte, de possibilitar um maior controle da sociedade e das próprias partes sobre o processo, avaliando de forma racional o *iter* percorrido e o critério utilizado pelo juiz ao apreciar uma prova produzida em processo.

Assim, a verdade no Direito não é subjetiva ou objetiva (HESSEN, 2003), mas processual e, em razão disso, estará sujeita a alguns padrões epistemológicos e jurídicos que serão discutidos ao longo deste estudo.

## 2.1 Conceito da verdade no processo

O debate filosófico sobre a verdade traz diversos pontos de vista, com questionamentos que os seus defensores buscam respondê-los de variadas formas a depender da teoria adotada. Para os subjetivistas, a verdade está centrada no sujeito cognoscente, de modo que depende deste partir para a análise do objeto e, portanto,

poderá variar de acordo com o indivíduo. Já os objetivistas, por seu turno, acreditam que a verdade está centrada no objeto e esta apenas será revelada para o sujeito cognoscente que a buscar. Assim, a verdade seria uma, absoluta e apenas seria descortinada para o investigador. (HESSEN, 2003).

No âmbito jurídico, um de seus principais objetivos é a busca da verdade. De fato, ao entendermos o Direito como uma ciência social aplicada que busca a solucionar problemas jurídicos reais, a busca da verdade deve pautar toda a atuação do Direito e, em especial, do processo. Assim, o Direito deve também se preocupar de que modo alcançará a verdade de um fato posto à sua apreciação para que possa aplicar corretamente as consequências previstas no ordenamento jurídico.

A busca da verdade, no Direito, seria uma busca pragmática, no sentido de que intenta resolver um caso concreto. Não se descuida de fatores epistêmicos de busca da verdade, mas deve se preocupar com outros fatores – limitações jurídicas, fatores extrajurídicos como tempo e custos – para alcançar-se uma verdade *possível* na situação. Cabe aos aplicadores do direito, portanto, elaborar um raciocínio indutivo em que partirão de uma situação concreta (fato apreciável) para uma solução geral (norma) e utilizar métodos que revelem esta verdade.

O Direito, assim, se preocupa com o processo de apreensão do conhecimento para a busca da verdade, razão pela qual o procedimento probatório no âmbito processual é sempre descrito com muita acurácia. São diversas normas escritas, detalhando de modo rigoroso como são realizadas as provas, quais provas admitidas e como valorar as provas obtidas em um determinado caso. O Direito se preocupa, portanto, com três etapas da produção da prova que formarão o *iter* entre o sujeito cognoscente e o objeto a ser conhecido: a formação do conjunto de elementos de prova, valoração das provas obtidas e o julgamento sobre elas (FERRER-BELTRÁN, 2021).

Ainda há mais algumas particularidades que devem ser ditas com relação à busca da verdade no processo.

De início, há “três” verdades no processo, cada qual tentando influenciar as demais. Embora a decisão processual seja elaborada somente por um de seus participantes, tanto demandante quanto demandado intervêm (ou, pelo menos, têm a condição de intervir) para a formação da decisão e, por conseguinte, no processo de descoberta da vontade. As partes tratam de delimitar a abrangência da busca da verdade, apontando os fatos que serão litigiosos, bem como as provas a serem apresentadas. Não há impedimento para que o demandante, por exemplo, deixe de fora aspecto fático importante para a busca da verdade; da mesma forma, não há óbice para que o demandado, expressa ou tacitamente, consinta sobre os fatos apresentados e, dessa forma, a busca da verdade será determinada pela exposição realizada somente pelo autor no processo. Não é custoso imaginar que, muitas vezes, se obtém uma resposta epistemologicamente falsa, mas processualmente correta em razão destas limitações.

Em razão desta possível abrangência da busca da verdade no processo, não se pode descuidar que, pelo seu caráter pragmático, o fator temporal limita a atuação dos atores processuais na busca da verdade. Os modernos sistemas jurídicos elencam a razoável duração do processo como um dos elementos indissociáveis à prestação da jurisdição. O

ordenamento jurídico brasileiro não é diferente ao prevê-la como direito fundamental no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição da República Federativa do Brasil.<sup>1</sup>

Como outro ponto importante, a “verdade” obtida no processo adquirirá o atributo da definitividade, não podendo ser alterada ou apenas podendo sofrer alterações em raras hipóteses de ações rescisórias ou ações de *querela nullitatis insanabilis*. Assim, a falibilidade do conhecimento humano, de que falava Popper, não é aplicada de forma absoluta ao contexto jurídico, especialmente após a solução de um caso específico em um processo judicial (ou administrativo, a depender do sistema jurídico). É importante fazer a distinção neste ponto, pois Popper apontava que o conhecimento indutivo era falível e, sendo a lógica processual uma lógica indutiva, esta também seria falível e, portanto, mutável. Apontava Popper, 2008, p. 27-28):

Ora, está longe de ser óbvio, de um ponto de vista lógico, haver justificativa no inferir enunciados universais de enunciados singulares, independente de quão numerosos sejam estes; com efeito, qualquer conclusão colhida desse modo sempre pode revelar-se falsa: independentemente de quantos cisnes brancos possamos observar, isso não justifica a conclusão de que todos os cisnes são brancos. A questão de saber se as inferências indutivas se justificam e em que condições é conhecida como o problema da indução.

Com isso, avultam os três momentos da atividade de produção da prova: formação do conjunto de elementos a serem provados, valoração da prova e seu julgamento. A compreensão destas etapas mostra-se como um elemento necessário à concepção de verdade em um ambiente que não tolera erros (ou, na verdade, que não erra, uma vez que a verdade obtida passa a ser imutável), que conta com participação ativa de múltiplos sujeitos cognoscentes e que conta com fatores “não-epistemológicos” importantes, como o fator econômico e o fator temporal.

A primeira etapa, para Ferrer-Beltrán (2021, p. 63) consiste no “subconjunto formado pela totalidade dos elementos disponíveis: aqueles que foram incorporados aos autos judiciais”. Esta etapa leva em consideração a participação das partes – em geral, cabe aos sujeitos parciais no processo definirem os fatos controvertidos que demandarão prova e as provas aptas a comprovarem suas alegações – bem como o conjunto de fatos e provas levadas ao processo. Este conjunto de fatos pode ou não coincidir com todos os fatos “reais”<sup>2</sup>, seja por livre escolha das partes de não alegar algo, seja porque as partes simulam um processo com finalidades escusas. Assim, é plenamente possível obter uma “verdade” no âmbito do processo que não tenha nenhuma (ou mínima) relação com a verdade “real”, mas, estando de acordo com as provas obtidas no processo, será admitida esta relação.

A segunda etapa é a valoração dos elementos de prova pelo juízo. Neste ponto, poderemos ter um sistema de livre admissão de meios de prova pelo juízo ou mesmo um sistema legal de provas – como ocorre com o mandado de segurança, por exemplo – que previamente exclui um (ou vários) meios de prova que, em tese, seriam admissíveis. A etapa

---

<sup>1</sup> Art. 5º. (*omissis*)

LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade na sua tramitação

<sup>2</sup> Taruffo aponta que no contexto processual, é necessário “adoptar um conceito de verdade como correspondência de las proposiciones relativas a los hechos de la causa con la realidad empírica de tales hechos.” (TARUFFO, *online*, p. 243)

de valoração consiste em uma etapa de inclusão/exclusão, permitindo-se, portanto, uma maior ou menor possibilidade de provar a alegação, a depender de fatores políticos.

A segunda etapa é, normalmente, determinada por critérios políticos, fato que também se repetirá na terceira etapa. Assim, é comum que em processos que buscam aplicar a lei penal, cujo bem da vida perseguido é de alta importância, sejam admitidos todos os tipos de prova. Tem-se uma regra de inclusão ampliada, portanto. Em processos de outra natureza, como sói de ocorrer no processo previdenciário<sup>1</sup>, por exemplo, podem ser excluídos previamente algum(ns) tipo(s) de prova, tendo-se uma regra de inclusão diminuída, restringindo, portanto, o campo de discussão no processo e, por conseguinte, o alcance da verdade.

Como derradeira etapa, tem-se o julgamento propriamente dito sobre as provas apresentadas. O juiz deverá considerar se as provas apresentadas são ou não aptas para corroborar os pedidos das partes, o que implica que haja um certo *nivelamento* para o critério de verdade a ser alcançada. Assim, a partir de que ponto o magistrado poderá *se dar por satisfeito* com as provas e decidir favoravelmente a um ou outro lado do processo?

Aqui, é comum também que haja exigências políticas distintas, a depender do bem da vida a ser buscado no processo. Em um processo penal, exige-se, em geral, um grau mais elevado para se obter a condenação; já no âmbito do processo civil é comum um critério mais brando, distribuindo-se igualmente às partes os *graus* de verdade. Taruffo resume o problema, apontando três questionamentos: (a) quando um conjunto de provas produzidas não permite extrair nenhuma conclusão sobre a verdade ou falsidade das alegações das partes; (b) quando se pode afirmar que o conjunto de provas aponte com certeza a verdade ou falsidade das alegações e, por último (c) que as provas confirmem ou neguem a realidade ou falsidade das informações, mas não em um grau necessário para conceder os pedidos realizados.

A “verdade” tratada no processo não se confunde com a “verdade material”, que é aquela que “supõe a perfeita correspondência entre a realidade e a ideia que dela se faz” (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2018, p. 257). Em um sistema com várias regras de exclusão (inadmissibilidade de provas ilícitas ou imorais, por exemplo) e com vários fatores extrajurídicos limitantes (fator temporal, cronológico, participativo e possivelmente de colusão entre as partes), esta é inalcançável. Por outro lado, a verdade processual é não somente aquela mediada pelos fatores de inclusão e exclusão acima postos, mas, acima de tudo, em que se exclua (ou seja diminuída) a subjetividade do juiz, por meio da adoção de *standards* probatórios que serão mais ou menos exigentes a depender de critérios políticos e jurídicos. Este o critério de verdade processual que será adotado neste estudo.

## 2.2 O direito à prova como exigência da racionalidade

---

<sup>1</sup> Como exemplo, artigo 16, §5º, da Lei 8.212/1991 que determina que a prova da união estável deverá conter, pelo menos, *início* de prova material (ou seja, documental), e ainda tecendo critério cronológico de exclusão (prova produzida com até 24 meses), não se admitindo qualquer outro meio de comprovação se não fundamentada com documento.

Art. 16 – *omissis*

§5º - As provas de união estável e de dependência econômica exigem início de prova material contemporânea dos fatos, produzido em período não superior a 24 (vinte e quatro) meses anterior à data do óbito ou do recolhimento à prisão do segurado, não admitida a prova exclusivamente testemunhal, exceto na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no regulamento.

Os sistemas jurídicos devem ter como um de seus principais objetivos a busca pela verdade. Enquanto conjunto de normas destinados a estimular ou desestimular a prática de determinadas condutas pela sociedade, o Direito deve investigar com precisão a prática de determinado fato para aplicar-lhe o direito cabível. Somente desta forma o Direito cumprirá a função de promover condutas. A aplicação do direito a fatos que não ocorreram (a “não-verdade”) não logra o êxito pretendido e, desta forma, deve ser evitada pelo Direito.

Para isso, é comum que os ordenamentos jurídicos regulamentem o direito de prova e os meios de exercê-lo. O momento de produção de prova, as espécies admitidas e não admitidas, procedimentos para sua produção e valoração são previsões que comumente se encontram nos diversos ordenamentos jurídicos, a depender de escolhas políticas de cada sistema processual. O direito pátrio não foge a esta regra, inclusive adotando expressamente a busca da verdade como um dos objetivos principais da produção de prova.<sup>1</sup>

No direito brasileiro, é inegável o direito fundamental à prova, atrelado que está ao contraditório, em especial à noção de contraditório substancial. Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2018, p. 265) apontam que:

Em um sistema processual, como o nacional, em que o magistrado deve convencer-se para decidir a partir das provas constantes dos autos (art. 371), é conclusão básica a de que só poderá ter sucesso uma pretensão ou uma defesa no processo – ao menos em relação a fatos – se ela estiver apoiada em provas para a sua confirmação. Por outras palavras, alegar sem provar, no processo civil brasileiro, tende a gerar a mesma consequência que sequer alegar.

Para além de instituto de direito positivo, grafado com a pecha de fundamentalidade de direito constitucionalmente derivado, a prova é exigência racional do sistema. Vale dizer, o direito de produção de provas – e de que sejam inadmitidas, a depender de critérios escolhidos e inseridos no próprio sistema jurídico – e de valorá-las, consoante critérios jurídicos e racionais próprios, conformam a racionalidade sistêmica que requer que as alegações produzidas sejam verificáveis para sua conformação de verdade/não-verdade.

Jordi Ferrer-Beltrán enuncia quatro elementos básicos que conformam o direito à prova e que são exigências, acima de tudo, epistemológicas e que, portanto, perpassam qualquer sistema jurídico específico. Vale dizer, os critérios apontados pelo autor espanhol – e adotados em sua integralidade neste texto – são exigências epistemológicas para a busca da verdade e que são incorporados de diversas formas nos mais variados sistemas jurídicos, a depender de fatores políticos, econômicos, sociais e jurídicos.

O primeiro elemento é a possibilidade de utilizar as provas a que tem acesso para demonstrar a verdade dos fatos sobre os quais se funda a pretensão. (FERRER-BELTRÁN, 2021, p. 82). Trata-se de uma regra de inclusão que, quanto mais ampla for utilizada no sistema jurídico, maior a compatibilidade da “verdade real” com a “verdade processual”. De outro lado, quanto menor a regra de inclusão, vale dizer, quanto mais forem excluídos meios de prova, menor a adequação da “verdade real” com a “verdade processual” ou, pelo menos, menor a probabilidade de que seja alcançada.

Esta “regra de inclusão” ganha matizes diferentes em ordenamentos jurídicos diferentes ou até, em um mesmo ordenamento jurídico, a depender do objeto jurídico que se busca tutelar. Veja-se, por exemplo, a exigência no mandado de segurança que os fatos apresentados sejam documentalmente comprovados. Ou em algumas ações previdenciárias

---

<sup>1</sup> Código de Processo Civil, art. 369 – As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

que é exigido um “início” de prova material, ou seja, que haja provas documentais a corroborar os demais meios de prova usados para fundamentar as alegações.

É exigência epistêmica que uma hipótese seja submetida aos mais diversos testes contrários para corroborá-la ou para descartá-la, de modo a se buscar uma nova hipótese. (POPPER, 2008). No âmbito processual, estes testes são provas que podem corroborar ou refutar as pretensões do demandante ou as defesas do demandado, o que justificarão uma sentença de procedência ou improcedência. Ao diminuir o âmbito de abrangência destas provas, estão sendo reduzidos os testes aos quais serão submetidas as alegações do autor ou do réu, prejudicando a busca da verdade.

Como segundo elemento, tem-se que a prova deverá ser produzida no âmbito do processo (FERRER-BELTRÁN, 2021). As provas a fundamentarem o pedido ou a defesa devem estar sujeitas ao contraditório, permitindo à parte contrária que a refute, aponte ilegalidades ou mesmo a falta de verdade da prova. A produção da prova, portanto, deve “maximizar a participação das partes, mediante o princípio do contraditório, dando em todos os momentos a cada uma das partes a oportunidade de contraprovar o alegado pela parte contrária.” (FERRER-BELTRÁN, 2021, p. 84).

O terceiro elemento é o direito a uma valoração racional das provas. De nada adiante que haja uma ampla aceitação das provas, que estas sejam submetidas ao contraditório, que as partes possam sempre contrapor-se ao alegado e provado pela parte contrária, se não houver sindicabilidade sobre sua valoração. Não basta que o juiz afirme que levou em consideração ou que conheceu todas as provas; deve deixar claro que sua decisão foi baseada nas provas, que elas foram suficientes (ou não foram) para comprovar o alegado e, por isso, decidiu de tal forma.

A doutrina sempre se preocupou em traçar meios de verificação sobre a valoração probatória. Neste ponto, estabelecem-se os sistemas de valoração de prova, sendo de se mencionar o sistema de provas tarifada, da íntima convicção, sistema do livre convencimento motivado e o da persuasão racional.

O sistema de provas tarifado, até hoje adotado em alguns procedimentos no direito brasileiro (como visto, o mandado de segurança admite somente as provas documentais) é um sistema de baixa inclusão, excluindo qualquer meio de provar o alegado que não aquele(s) especificamente(s) previsto(s) pela lei. Trata-se de uma escolha política do legislador de se entender que só se encontra provado um fato por um (ou alguns) determinado meio de prova, excluindo-se os demais, por mais especiais que sejam.

O sistema de íntima convicção prevê que o juiz deve valorar as provas produzidas pelas partes de acordo com sua própria experiência, com sua própria percepção do caso e das provas produzidas, podendo, livremente, optar por uma delas, sem fundamentação ou explicar, racionalmente, o porquê de uma prova ser mais apta à condução da verdade do que outra. Trata-se de um sistema que, claramente, foge à racionalidade e, por isso, não tem mais valia nos sistemas jurídicos modernos.

O sistema do livre convencimento motivado, adotado no CPC/73, apontava que o juiz poderia “livremente” decidir de acordo com as provas produzidas. O advérbio “livremente”, todavia, era entendido de forma equivocada pois, como lembram Fredie Didier Jr., Paula Braga e Rafael de Oliveira (2018, p. 121) “a valoração da prova pelo juiz não é livre: há uma série de limitações, conforme examinado. Além disso, o adjetivo “livre” era mal compreendido, como se o juiz pudesse valorar a prova como bem entendesse.”

Por derradeiro, adota-se o sistema de persuasão racional que determinam que as provas não detêm um valor apriorístico, devendo o juiz considerá-las conforme circunstâncias específicas, como verossimilhança das alegações (especialmente no caso de

testemunhas), probabilidade de seu acontecimento (o juiz não deve dar um grande peso para uma testemunha que afirma ter sido abduzida por extraterrestes, por exemplo), critérios científicos, dentre outros.

Apesar destes sistemas buscarem uma maior ou menor racionalidade na valoração das provas e, desta forma, admitir um maior controle sobre este processo decisório, não resta exposto qual o critério utilizado pelo magistrado para considerar que um fato está ou não provado ou, pelo menos, que está ou não está suficientemente comprovado a ponto de levar a uma sentença de procedência ou improcedência. Assim, deve-se perguntar: será possível realizar um controle dos parâmetros lógico-rationais utilizados pelo juiz ao valorar uma prova, ou não existem parâmetros racionais, devendo-se confiar puramente na reapreciação do fato pela instância superior, nas hipóteses em que admissível o recurso? Danilo Kjnjk (*online*) resume o dilema enfrentado:

Nesse sentido, se nos debruçarmos sobre a teoria estabelecida a respeito do princípio da persuasão racional – a começar por sua definição doutrinária – observaremos, de pronto, um hiato inaceitável. Sua formulação clássica postula que a 'convicção está na consciência formada pelas provas, não arbitrária e sem peias, e sim, condicionada a regras jurídicas, a regras de lógica jurídica, a regras de experiência, tanto que o juiz deve mencionar nas sentenças os motivos que a formaram. (...) Há liberdade no sentido de que o juiz aprecia as provas livremente, uma vez que na apreciação não se afaste dos fatos estabelecidos, das provas colhidas, das regras científicas, regras jurídicas, regras de lógica, regras de experiência.' Ora, a partir desta compreensão, deveriam necessariamente existir 'controles', 'modelos de constatação', 'standards jurídicos' ou 'instrumentos' capazes de evitar que a discricionariedade judicial, agudizada neste dedicado setor da experiência processual, se viesse a traduzir em arbítrio.

Assim, são estabelecidos métodos de controle – *standards* – para a valoração da prova, permitindo um controle mais apurado sobre o processo de formação da convicção do magistrado, permitindo haver critérios de controle sobre quando um fato é considerado ou não é considerado provado. Os *standards* – conforme detalharemos em capítulo posterior – não podem ser absolutamente rígidos, fechados, permitindo certa flexibilização, por sua própria natureza. Um conhecido *standard* probatório estadunidense utilizado para condenações criminais, que exige a prova do fato *beyond any reasonable doubt* exige uma prova além de qualquer dúvida razoável, não havendo absoluta precisão o que seja "além da dúvida razoável". Apesar da inexistência da objetividade completa, é inegável a maior possibilidade de controle da valoração da prova.

Como quarto e último elemento inerente ao direito à prova está o dever de motivação das decisões. (FERRER-BELTRÁN, 2021). O dever de motivação é uma consequência lógica das etapas anteriores – seleção das provas a serem apresentadas, apresentação em processo sob o pálio do contraditório e critérios de valoração – sendo a exteriorização do processo de formação da decisão pelo magistrado, conforme as provas produzidas. O dever de motivação das decisões judiciais não é apenas um dever constitucionalmente previsto (art. 93, IX, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, doravante grafada somente como CRFB/88), mas uma necessidade lógica de um sistema que se pretende pautar pela racionalidade.

Por meio da fundamentação de suas decisões, o juiz explica o *iter* percorrido para a formação de sua convicção, submetendo suas hipóteses (que são exteriorizadas em decisões judiciais) à corroboração ou refutação pelas partes e pelos órgãos competentes para julgarem recursos. Não houvesse uma explicitação de como a decisão foi construída, quais provas foram valoradas e como, não haveria condições de serem testadas as hipóteses

(decisões judiciais), o que acabaria por tornar o sistema judicial como sistema de “um homem só”, inexistindo razão para um escalonamento hierárquico dos tribunais, com competências recursais ou, se estes existissem, apenas reavaliariam as decisões tomadas pelos juízos de grau inferior, sem qualquer apego à racionalidade da decisão tomada. Seria um sistema em que “duas decisões valeriam mais do que uma”, independentemente da qualidade destas.

### 2.3 O papel epistemológico dos *standards* probatórios

Enquanto o Direito busca, constantemente, pelo alcance da verdade, é necessário que se tenha parâmetros para que seja determinada se a verdade foi alcançada, em decorrência das provas apresentadas ao juízo. Enquanto já foram apresentados critérios para que sejam especificados quais provas devem ser apresentadas frente aos fatos apresentados e debatidos e, em segundo plano, a possibilidade de serem valoradas as provas apresentadas, há de se perquirir critérios para se estabelecer em que ponto essa busca deve ser cessada, entendendo-se que a verdade possível foi alcançada e qual seja esta verdade.

Os *standards* probatórios ou a quantificação das provas ou o *quantum of proof* (NARDELLI, *online*) servem de mecanismos para se emprestar racionalidade ao processo subjetivo do magistrado de se determinar a verdade, bem como objetivá-lo, tornando-o apto de ser mensurado sob um aspecto externo, seja pelas partes envolvidas, seja em eventual recurso da decisão.

Os *standards* de prova traduzem também a maior ou menor exigência de um grau de *certeza* sobre os fatos para que sejam providos ou improvidos os pedidos formulados pelo autor ou as exceções (*lato sensu*) opostas pelo demandado. Assim, é comum que a exigência para a condenação no âmbito penal seja mais acentuada do que no âmbito do processo civil, o que fez alguns autores apontarem, inclusive, que seria buscada a *verdade material* no campo penal e “somente” a “verdade formal”, no âmbito cível. Esta diferenciação, conforme se apontou, não tem qualquer razão, sendo inatingível – quiçá inexistente – uma verdade absoluta, sendo necessário se alcançar a verdade processual (verdade “possível”) no âmbito do processo, sendo o *standard* maior ou menor a depender do bem tutelado no processo.

Sendo a verdade um valor importante a ser buscado e tutelado no processo<sup>1</sup>, deve-se analisar em que peso o procedimento probatório será suficiente para que seja alcançada esta verdade e, no tocante aos parâmetros probatórios, em qual momento esta poderá considerar-se demonstrada no processo e apta a fundamentar uma decisão judicial. Marcella Alves Mascarenhas Nardelli e Fabiana Alves Mascarenhas resumem o problema, apontando que (p. 57):

A subjetividade do *standard* implica no afastamento do processo ao fim almejado da busca da verdade em seu ideal de correspondência, ficando muito mais próximo, ao contrário, das concepções subjetivas da verdade, aos quais consideram a formação do convencimento do julgador como objetivo primordial do processo.

<sup>1</sup> É de se perceber que a verdade é um valor tido como objetivo no processo, mas também é protegido por ele. O Código de Processo Civil elenca como um dos deveres da parte a exposição dos fatos em juízo conforme a verdade (artigo 77, I) e considera como litigante de má-fé a parte que altera a verdade dos fatos (art. 80, II)

Desta forma, é imprescindível a colocação de balizas “extra epistêmicas”, ou seja, balizas políticas e/ou jurídicas que consistirão em parâmetros objetivamente verificáveis sobre o suficiente alcance da verdade em um processo. Esta objetividade, contudo, não é absoluta, uma vez que os próprios *standards* possuem certo grau de subjetividade, permitindo uma certa flexibilização a depender do caso. O que é importante (e necessário) é a diminuição do aspecto de subjetividade, permitindo um maior controle, quer por razões epistemológicas, quer por razões jurídicas.

Para que sejam estabelecidos *standards* probatórios, é necessário, em primeiro lugar, se socorrer de critérios relativos à capacidade de fundamentação dos fatos apresentados com base nas provas apresentadas em juízo, especialmente partindo-se de um critério de probabilidade das mesmas (e não de certeza), aptas a formar o convencimento judicial.

Estes critérios são extraídos do próprio substrato processual e colocados de frente com as exigências legais para concessão ou não de um pedido. Veja-se, como exemplo, o artigo 300, do Código de Processo Civil, que elenca como um dos requisitos para a concessão da tutela de urgência a “probabilidade do direito”. Este critério dependerá dos fatos apresentados e das provas carreadas aos autos que exporão ao juiz uma maior ou menor probabilidade de conformação da exposição fática do demandante com as provas e contraprovas apresentadas. Se houver uma probabilidade de conformação dos fatos com o que fora demonstrado, a concessão da tutela provisória estará fundamentada.

O que se toma, então, como “probabilidade do direito”? A probabilidade, no Direito, deve ser entendida como aquela probabilidade “lógica”, traduzida por Popper (2008, p. 162) como algo “proximidade lógica de enunciados”. Essa proximidade lógica recorre aos conceitos de deduzibilidade e compatibilidade. Assim, dado um enunciado E, tem-se um resultado R. Se, sempre que ocorrer um enunciado E, ocorre um resultado não-R, tem-se um grau de compatibilidade 0 e, portanto, é altamente improvável aquela alegação. Por outro lado, se sempre que ocorre um enunciado E, tem-se um resultado R, será altamente provável aquele enunciado.

Por evidente, que entre estes dois extremos – sempre que E, tem-se R ou sempre que E, tem-se não-R – há infindáveis variações, devendo a experiência conduzir a algo de maior ou menor probabilidade, de modo a se ter a compatibilidade com a requerida “probabilidade do direito”, prevista no artigo 300, do CPC.

Este critério não *zera* a subjetividade daquele que tomará as decisões mas, pelo menos, torna o processo decisório mais controlável e objetivo. A falibilidade da construção do raciocínio sobre o qual se baseou a decisão será mais facilmente controlável se os parâmetros forem objetivamente expostos e, portanto, sindicáveis.

Como segundo requisito para a formação de um parâmetro de prova, tem-se que “os critérios utilizados no *standard* probatório devem cumprir a função de estabelecer um patamar que seja o mais preciso possível, a partir do qual uma hipótese fática pode ser considerada”. (FÉRRER-BELTRAN, 2021, p. 251)

Trata-se de uma exigência da própria busca pela verdade, sendo necessário a formulação de testes para sujeitar uma hipótese à sua comprovação ou refutação. É evidente que no âmbito processual, o número de testes que devem se colocar sobre uma hipótese são limitados por critérios jurídicos ou políticos. Assim, desde o momento das escolhas das provas – especialmente em procedimentos que adotam o critério de prova legal, como

ocorre no mandado de segurança – ao momento de exclusão de provas (por sua impertinência ou ilegalidade, por exemplo) até a fatores como duração do processo ou custos de produção de uma prova específica, tem-se limitações sistêmicas à busca pela verdade que impactarão na formulação do *standard*. É por isso que uma grande quantidade dos procedimentos que adotam critérios de prova legal, o fazem, pois permitem que as partes adotem outro procedimento – este, com maior possibilidade de escolha de provas a serem produzidas – para buscar seus direitos. São exemplos o mandado de segurança que, apesar de exigir apenas a prova documental, não se exclui da parte a possibilidade de buscar tutela de seu direito por via do procedimento comum; da mesma forma, a ação monitória que, a despeito de exigir somente prova documental ou, quando muito, prova documentada, não retira da parte a possibilidade de a parte socorrer-se ao procedimento comum.

Por derradeiro, tem-se que o grau de probabilidade lógica exigido para a formulação de decisão não será um valor matemático, mas de probabilidade lógica, erigida de critérios qualitativos e de experiência dos magistrados.

A compreensão dos *standards* probatórios passa pelo entendimento de sua função primordial; “distribuir o risco de erro entre as partes”. (FERRER-BELTRÁN, 2021, p. 253). Sendo a “verdade absoluta” inalcançável, o processo convive com probabilidade de erros nos resultados. A tolerância de erro será tanto menor quanto mais importante for o bem jurídico tutelado; por outro lado, a tolerância ao erro será maior se estivermos frente a bens jurídicos de “menor monta”, assim definidos pela própria sociedade.

O direito norteamericano, que muito utiliza a noção de *standards* probatórios, remete-se, em geral, a três parâmetros distintos: *evidence beyond any reasonable doubt*, *preponderance of evidence* e *clear and convincing evidence* (NARDELLI, *online*, p. 57). No primeiro, bastante utilizado no âmbito penal, tem-se que o critério para a condenação será a apresentação de prova para além de qualquer dúvida razoável, elevando-se o sarrafo da exigência probatória; na segunda, utilizada no âmbito cível, distribui-se de modo razoavelmente igual o risco de erro, sendo suficiente uma *preponderância* da evidência, independentemente do grau de preponderância. No último, também utilizado nos processos cíveis, tem-se um critério mais rigoroso para a avaliação da prova.

Resta nítida a tolerância com o erro, denotando, mais uma vez, a impossibilidade de se alcançar uma *verdade material*. Tome-se como exemplo o processo penal, que tem como *standard* a prova além de qualquer dúvida razoável. Neste, o padrão de erro é claro: é mais aceitável absolver um criminoso com base em provas com baixa probabilidade de verdade, do que condenar um inocente, face ao mesmo tipo de prova. O erro ocorre em ambas as situações – condenação do inocente ou absolvição do culpado; cabe à sociedade optar qual será o erro com o qual aceitará conviver.

Estes não são os únicos *standards* probatórios existentes. O direito brasileiro os adota – apesar de não usar essa nomenclatura – há algum tempo, como ocorre no mandado de segurança. Assim, ao se exigir o “direito líquido e certo” para a concessão do *writ*, resta evidente que não se exige “direito líquido e certo”, que os “fatos que, por essa razão, devera ser provados de maneira incontestável por prova documental” (NEVES, 2018, p. 174). Apresenta-se, assim, duas limitações epistemológicas nesta ação de natureza constitucional: de primeiro, restringe-se de maneira significativa o aporte probatório, aceitando-se somente a prova documental (ou, quando muito, documentada) para a comprovação dos fatos alegados; em segundo plano, aumenta-se o padrão probatório, exigindo-se uma alta

probabilidade (ou uma “certeza incontestável”) para a concessão do pedido formulado no *writ*.

É de se perceber que a principal função do *standard* não é a busca da verdade, mas fornecer um padrão minimamente objetivo para que seja considerada (ou não) alcançada a verdade, de modo a se conceder ou negar, com base em critérios objetivamente controláveis, os pedidos formulados pelas partes no processo. Conforme apontam STRECK, RAATZ e DIETRICH (*online*, p. 403), busca-se reforçar o controle sobre o ato de valorar a prova, contribuindo, por conseguinte, com a legitimação da decisão judicial e, de outro ponto, rompe com a busca incessante e irracional pela “verdade absoluta”, que mais atrapalha do que contribui para o desenrolar do processo.

### 3. A PROVA NO MANDADO DE SEGURANÇA

O mandado de segurança é assegurado pela CRFB/88, em seu artigo 5º, LXIX, dispondo que “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público”.

Apesar de não ser objeto do presente estudo a análise do histórico do mandado de segurança, tem-se esta ação como tipicamente brasileira, derivada da “crise que produziu a revisão da ‘doutrina brasileira do *habeas corpus*, com a reforma constitucional de 1926, que alterou o §22 do art. 72, associando de forma expressa aquela ação à ‘prisão ou constrangimento ilegal” (MENDES, BRANCO, 2018, p. 459), o que impôs a criação de uma outra garantia constitucional destinada a reparar lesões, por parte de agentes públicos ou seus delegatários, a direitos individuais que não o direito de liberdade. Esta natureza residual do mandado de segurança é vista de forma expressa na redação da atual CRFB/88 que o coloca como cabível quando não for possível a impetração de *habeas corpus* ou *habeas data*.

Coube à Lei 12.016/09 revogar expressamente a Lei 1.533/1951, que regulava este *writ* constitucional, adaptando o procedimento à nova realidade constitucional, em especial tratando de forma expressa do mandado de segurança coletivo, regulamentando o artigo 5º, LXX, CRFB/88.

No tocante ao cabimento, o artigo 1º<sup>1</sup> da Lei do mandado de segurança basicamente reproduz o texto constitucional. O dispositivo legal repetiu equívoco redacional replicado anteriormente; o direito, em verdade, sempre será *líquido e certo*. Ou o sujeito tem direito à prestação prevista por lei, ou não a tem. O que deve ser incontestado no mandado de segurança é a prova a ser apresentada<sup>2</sup>, dando ao julgador um grau elevado de

---

<sup>1</sup> Art. 1º - Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

<sup>2</sup> Veja, por exemplo, a Súmula 625/STF que dispõe: Controvérsia sobre matéria de direito não impede concessão de mandado de segurança.

probabilidade da verdade no processo. Utilizando-se *standards* probatórios já conhecidos, requer-se, para a concessão do pedido em mandado de segurança, uma *evidence beyond any reasonable doubt*. Daniel Neves explica que (2018, p. 174):

A certeza e a liquidez, portanto, dizem respeito aos aspectos fáticos da pretensão, não sendo das mais felizes a consagrada expressão 'direito líquido e certo'. Conforme reiteradas decisões dos tribunais superiores, o direito protegido pelo mandado de segurança exige do impetrante prova pré-constituída suficiente para convencer o juízo no tocante ao aspecto fático de sua pretensão.

Em verdade, nem sempre será necessário perquirir a existência de aspectos fáticos no mandado de segurança, que devem ser "líquidos e certos". É comum, aliás, a interposição de mandados de segurança em que se busca tutelar aspectos puramente jurídicos, como, por exemplo, nos mandados de segurança impetrados contra denegações ou concessões de liminares. (BANDEIRA DE MELLO, *online*). É inegável, por outro lado, que um número significativo de mandados de segurança impetrados necessita de uma verificação de aspectos fáticos, como, por exemplo, *writs* impetrados para nomeação em concursos públicos por preterição de candidatos, contra apreensão ilegal de mercadorias em alfândega, dentre outros. Nestes casos, é necessário que os aspectos fáticos estejam comprovados *beyond any reasonable doubt* e por meio de prova documental (ou, quando muito, documentada).

É de se perceber que a própria lei atentou-se em limitar os meios de prova que podem ser utilizados no procedimento. Em uma interpretação literal, vê-se que o artigo 6º da Lei 12.016/09 reduz o segundo momento da produção probatória – o da valoração da prova – à análise da prova documental, adotando, portanto, um sistema de prova tarifada.

Uma análise sistemática da norma, contudo, nos leva um entendimento um pouco mais ampliado. De fato, a limitação epistemológica pretendida pela lei não tem relação com uma busca da verdade mais limitada mas, ao contrário, com um procedimento mais sumarizado, evitando-se dilação probatória. Assim, qualquer meio de prova – desde que apresentada junto à petição inicial na forma de documento – poderá ser utilizada, o que nos leva à conclusão que a prova testemunhal ou pericial, por exemplo, podem ser utilizadas, desde que reduzidas a um documento e acostada à petição inicial.

A alta probabilidade dos aspectos fáticos no mandado de segurança, traduzida na expressão "direito líquido e certo" não é compatível com uma redução quase absoluta do aspecto epistemológico do processo, limitando a somente uma espécie de prova a conduzir o julgador à busca da verdade; ao contrário, busca-se, tão somente, um alto custo ou larga duração do processo, por meio de uma dilação probatória que acabaria por *ordinarizar* o procedimento. Daniel Amorim aponta que (2018, p. 176):

No mandado de segurança, a exigência da produção de prova já na petição inicial, como foi visto, tem como causa a necessidade de comprovação *prima facie* de, ao menos, uma plausibilidade do direito líquido e certo e, em nenhum momento, é possível concluir que esse convencimento no espírito do juiz a respeito dos fatos só possa ser obtido por meio da prova documental. Qualquer meio de prova é apto a convencer o juiz da ocorrência ou da veracidade de fatos; somente não se admite, no mandado de segurança, a dilação probatória.

A limitação à prova no mandado de segurança, portanto, tem mais relação com a sumarização do procedimento do que, propriamente, com a busca da verdade pelo

magistrado. Este continua com seu dever de busca pela verdade, podendo utilizar qualquer fonte cognitiva para formar seu convencimento; a lei apenas traz uma limitação temporal na produção da prova, evitando-se a dilação probatória e exigindo que toda a prova seja produzida com a petição inicial ou, no máximo, nela indicada, quando a prova estiver em repartição ou estabelecimento público (art. 6º, §1º, Lei 12.016/09)

### 3.1 *Standard probatório* no mandado de segurança

A exigência de padrões decisórios responde a uma exigência de objetividade e sindicabilidade no processo, evitando-se subjetivismos exacerbados no momento da construção da decisão no processo e permitindo um controle racional pelas demais partes e pelo próprio Poder Judiciário em recurso da decisão. Assim, privilegia-se o aspecto cognitivo do magistrado, de modo a não tornar uma decisão uma mera “segunda visão” sobre o mesmo fato, sem critérios para reforma, mas, antes de mais nada, de um “teste de verificação” sobre aspectos epistemológicos e jurídicos da decisão judicial.

A utilização deste *quantum of proof* no mandado de segurança deve partir, antes de mais nada, de uma exigência da própria lei que aponta ser necessária a apresentação de um “direito líquido e certo” – ou, conforme já se apontou no tópico anterior, que o aspecto fático de demanda seja comprovado com alta plausibilidade, uma vez que o direito, *per sí*, sempre será “líquido e certo”.

Para que sejam construídos (ou apresentados) os *standards* probatórios exigidos para a decisão no mandado de segurança, retornar-se-á aos requisitos metodológicos para formação de um padrão probatório, apontado no capítulo 2.3 deste estudo.

Em primeiro lugar, faz-se necessário perquirir os critérios relativos “à capacidade de justificação do acervo probatório sobre as conclusões probatórias estabelecidas”. (FERRER-BELTRÁN, 2021, p. 250). Com isso se requer, basicamente, que os critérios utilizados para a formação do convencimento do magistrado não sejam de pura convicção íntima, devendo ser objetivamente verificável. A racionalidade do processo exige que a verdade alcançada pelo magistrado possa ser submetida a testes de verificação, para refutá-la ou confirmá-la; estes testes são realizados por meio dos recursos em que, mais do que uma “loteria decisória”, se reveste de uma necessária testabilidade (POPPER, 2008), verificando graus de precisão e/ou falseabilidade da decisão judicial.

Em segundo lugar, os critérios apontados como *standards* devem ser critérios de uma *verdade possível*, não sendo exigida, por óbvio, que se alcance a verdade material. Essa limitação é importante não apenas para reduzir a utópica busca pela perfeição mas, também, por estabelecer de forma inter-subjetiva o limite exigido para a verificação dos fatos apresentados e comprovados em mandado de segurança.

Neste critério, a própria lei se preocupou em defini-lo, exigindo uma alta probabilidade para a concessão do mandado de segurança. A exigência desta alta probabilidade não fecha as portas para que, denegada a segurança sem que tenha sido comprovada a veracidade das alegações, o autor se socorra de vias ordinárias para reformular seu pedido, desta vez não apenas com um cabedal probatório mais amplo, mas, acima de tudo, com um padrão decisório menos exigente. Vale dizer: a diferença, em termos de provas, do mandado de segurança para os procedimentos comuns, não se situam somente nas provas permitidas mas, acima de tudo, no padrão decisório que, no mandado de segurança, é mais exigente (padrão mais elevado) e, no procedimento comum, o risco

de erro é dividido de forma mais igualitária entre as partes, diminuindo-se, portanto, o *standard* probatório.

Como derradeiro requisito metodológico para a formação do *standard* probatório neste *writ* constitucional, tem-se que sua construção não depende de “números ou fórmulas quantitativas, mas sim de critérios qualitativos”. (FERRER-BELTRÁN, 2021, p. 252).

Aqui é de se recorrer à fórmula estadunidense de *evidence beyond any reasonable doubt*, utilizada basicamente nos processos criminais naquele país. Apesar de seu uso em processos de natureza penal, nos parece que a exigência necessária para a condenação muito se assemelha à exigência requerida para a concessão da segurança.

A razão deste padrão decisório elevado não é tanto o bem jurídico tutelado mas, antes de mais nada, a sumariedade do procedimento e, em especial, o fato de a decisão que denega a segurança não impedir que a parte busque a tutela jurisdicional por outros meios. Em outras palavras, mesmo que o magistrado entenda não ser caso de concessão do pedido formulado em mandado de segurança, é possível que a parte busque tutelar seu direito por ação de procedimento comum, em que terá ampla possibilidade de produção de prova e um menor *standard* probatório. Os aspectos para a formulação deste *standard* não são propriamente epistemológicos mas, sobretudo, políticos e jurídicos, ao se exigir um alto grau de certeza, quando se estiver em um procedimento sumarizado e sem possibilidade de dilação probatória.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito tem como uma de suas finalidades principais a busca pela verdade. Esta busca se dá primordialmente por meio de processos, em que são formuladas alegações por parte do demandante e do demandado que, sujeitos à verificação probatória, permitem que o juiz decida concedendo ou denegando o pedido com base em sua convicção. A busca da verdade tem relação intrínseca com o papel de estimulante ou proibidor de condutas positivas ou negativas, de modo que só terá atingido o fim de regular as condutas se for aplicada precisamente a consequência normativa àquele que praticou o seu antecedente. Qualquer erro nesta relação levará a um descrédito e, por conseguinte, uma deslegitimação do sistema jurídico.

Essa busca da verdade no processo judicial já foi alvo de diversas teorizações, sendo uma de suas principais preocupações que a *verdade* alcançada no processo seja o mais próximo possível da verdade real e, ainda, que haja uma verificação dos critérios utilizados para que fosse alcançada esta verdade. Sob o ponto de vista epistemológico, as principais discussões são “que verdade?” e “como se alcançar a verdade?” no âmbito do processo.

A despeito da evolução de alguns sistemas de valoração de prova, a exigência de um processo racional requer, como consequência, um sistema também racional de valoração de provas. O critério da íntima convicção e do livre convencimento dão lugar ao critério da persuasão racional, em que se faz necessário sujeitar a critérios de testes epistemológicos todos os momentos de formação da prova, ou seja, desde a escolha dos aspectos fáticos a serem provados, à valoração da prova e ao próprio julgamento sobre as provas. Em todos estes critérios, é necessário ser explícito sobre quais métodos (raciais) são utilizados e

sujeitá-los a testes de falseabilidade, para aproximar a verdade processual com a verdade real.

Enquanto os dois primeiros passos são objetos de diversas normas no âmbito do processo judicial – seja no processo de natureza penal ou não penal – a última etapa, vale dizer, a etapa do julgamento sobre as provas ainda não mostrou critérios de verificação inter-subjetivas, em que desnudam-se os aspectos do raciocínio do magistrado, colocando-os à prova pelas partes e pelo próprio sistema jurídico.

Com a finalidade de aumentar a objetividade deste processo cognitivo, são apontados os *standards* probatórios que são tidos como padrões decisórios necessários para que o juiz conceda ou não os pedidos formulados em processos judiciais, de acordo com as provas apresentadas. Em outras palavras, os *standards* podem ser comparados com o sarrafo que o atleta utiliza para saltar em provas de atletismo; quanto mais alto o sarrafo, mais difícil o salto. No âmbito judicial, quanto mais alto o sarrafo, maior a exigência de convencimento e, assim, deve ser maior a probabilidade que os fatos narrados, com as provas apresentadas, sejam compatíveis com a “verdade material”.

Os *standards* probatórios são exigências epistemológicas construídas por critérios políticos ou jurídicos, de acordo com o bem jurídico tutelado, duração e custo do processo e outros aspectos que a sociedade e o direito elencam como importantes. Assim, apesar de ser um instrumento epistemológico, é construído a partir de fatores “não-epistemológicos”, mostrando o aspecto sistêmico do direito.

A par da existência de vários *standards* apontados pela doutrina, utilizou-se aqui os três *standards* mais “tradicionais”: *evidence beyond any reasonable doubt*, *preponderance of evidence* e *clear and convincing evidence*. Estes *standards* são utilizados no direito estadunidense no âmbito dos processos criminais e dos processos cíveis, na sequência.

No tocante ao mandado de segurança, o artigo 6º da Lei 12.016/09 não deve ser interpretado literalmente, de modo a serem admitidas somente provas documentais. Ao contrário, a exigência do mandado de segurança de que os aspectos fáticos sejam comprovados, sem necessidade de dilação probatória, não reduz a possibilidade de o juiz formar seu convencimento por parte de qualquer meio de prova, mas, somente, impossibilita que as provas sejam produzidas durante o processo. Vale dizer, é possível a utilização de qualquer meio de prova para convencer o magistrado, desde que estas provas sejam documentadas e apresentadas junto à petição inicial.

O mandado de segurança, portanto, tem uma maior exigência não tanto no aspecto de quais provas devem ser utilizadas, mas, especialmente, no *standard* exigido para o convencimento do magistrado. A exigência do “direito líquido e certo” remete, na verdade, à alta probabilidade da veracidade das alegações do impetrante, quando confrontadas com as provas apresentadas, elevando-se sobremaneira o padrão decisório à *evidence beyond any reasonable doubt*.

Essa exigência qualificada para a “verdade” no mandado de segurança não tem relação direta com o bem jurídico tutelado – posto que podem ser vários os bens jurídicos tutelados – mas, sobretudo, com a sumarização do procedimento e, em especial, com a possibilidade de o demandante buscar a tutela de seus direitos, após ser-lhe negado o mandado de segurança, por meio das vias ordinárias. De fato, a não concessão do mandado de segurança não o impede de pleitear o mesmo direito por meio do procedimento comum (Lei 12.016, art. 19) em que haverá uma maior dilação probatória e, em especial, um

menor *standard*, admitindo-se uma diluição mais igualitária dos riscos da verdade no processo.

## 6. REFERÊNCIAS

DIDIER Jr., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Curso de Direito Processual Civil: Teoria da prova, Direito probatório, Decisão, Precedente, Coisa julgada e Tutela provisória. Volume 2. 13 ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

POPPER, Karl. A Lógica da pesquisa científica. Trad. Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. Cultrix: São Paulo, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sergio Cruz, MITIDIERO, Daniel. Curso de Processo Civil: Volume 2. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas, MASCARENHAS, Fabiana Alves. Os *standards* probatórios como métrica da verdade: Em busca de parâmetros objetivos para a racionalização das decisões sobre os fatos. *In* Revista Del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Pp. 45-66. Disponível em: < <http://publicacionesicdp.com/index.php/Revistas-icdp/article/view/425/0>>. Acesso em: 22 mar. 2021.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Ações Constitucionais. 4 ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

STRECK, Lenio Luiz, RAATZ, Igor, DIETRICH, William Gale. Sobre um possível diálogo entre a crítica hermenêutica e a teoria dos *standards* probatórios: notas sobre a valoração probatória em tempos de intersubjetividade. *In* Revista Novos Estudos Jurídicos. Vol. 22. N. 2. Mai-ago. 2017. Disponível em: < <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/10981>>. Acesso em: 23 mar. 2021.

TARUFFO, Michele. La verdade en el proceso. Trad. Eugenia Ariano Deho. *In* Revista Derecho & Sociedad 40. Pp. 239-248. Disponível em: < [https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwj\\_oaWR98HvAhWCJbkGHcQFDzUQFjAAegQIARAD&url=http%3A%2F%2Frevistas.pucp.edu.pe%2Findex.php%2Fderechoysociedad%2Farticle%2Fdownload%2F12804%2F13361%2F0&usq=AOvVaw2Qxb7olXCCUcUlp9uu7q2T](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwj_oaWR98HvAhWCJbkGHcQFDzUQFjAAegQIARAD&url=http%3A%2F%2Frevistas.pucp.edu.pe%2Findex.php%2Fderechoysociedad%2Farticle%2Fdownload%2F12804%2F13361%2F0&usq=AOvVaw2Qxb7olXCCUcUlp9uu7q2T)>. Acesso em: 19 mar. 2021.

# DA JUDICIALIZAÇÃO À ÊNFASE À CONCILIAÇÃO: UMA ANÁLISE DA POLÍTICA DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL PARA A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

*FROM JUDICIALIZATION TO EMPHASIS TO CONCILIATION - AN ANALYSIS OF THE CAIXA ECONÔMICA FEDERAL POLICY FOR CONFLICT RESOLUTION*

Marcelo Quevedo do Amaral

Advogado do Caixa Econômica Federal. Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Pós-graduado em Direito Registral Imobiliário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUCMG. Pós-graduado em Processo Civil pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNICRUZ. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Graduado em Ciências Econômicas pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS

Bruno Cozza Saraiva

Advogado. Professor do Mestrado Internacional em Direito Privado Europeu da Università Mediterranea di Reggio Calabria. Realizou estágio pós-doutoral em Novas Tecnologias e Direito no Mediterranean International Centre for Human Rights Research da Università degli Studi Mediterranea di Reggio Calabria - Itália. Doutor em Direito Público (Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos) na Universidade do Vale do Rio dos Sinos, UNISINOS, com estágio na Università Degli Studi Firenze, UNIFI, Itália. Mestre em Direito Público (Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos) na Universidade do Vale do Rio dos Sinos, UNISINOS. Assistente universitário no MICHHR (Mediterranea International Centre for Human Rights Research) da Università degli Studi Mediterranea di Reggio Calabria - Itália. Coordenador do grupo de estudos em direito constitucional da Escola Superior da Advocacia no Rio Grande do Sul.

Resumo: A cultura litigiosa e a formação jurídica contenciosa dos profissionais do direito, somadas à adoção de uma opção pela resolução dos conflitos por meio da via judicial, têm gerado uma sobrecarga ao sistema jurídico brasileiro. Essa opção é reforçada por uma lógica de gestão que prioriza os resultados de curto prazo em detrimento de uma estratégia de sustentabilidade empresarial, de modo a ocasionar um conjunto de ineficiências. As empresas públicas têm como fundamentos de sua atuação objetivos muito mais amplos do que a simples rentabilidade financeira, pois devem, obrigatoriamente, realizar os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Dessa forma, uma administração pautada apenas por resultados financeiros de curto prazo, ou seja, financeirizada é ineficaz e inadequada, uma vez que se encontra em desacordo com o princípio da “boa administração pública”. Em consequência disso, propõe-se, como objetivos do presente estudo, demonstrar as políticas de conciliação judicial e extrajudicial adotadas pela Caixa Econômica Federal para a resolução de conflitos, bem como que as mesmas atendem aos fundamentos constitucionais de sua existência, assegurando não só a sustentabilidade empresarial, mas também aos anseios sociais convergentes com a implantação e a consolidação de uma cultura de conciliação na gestão empresarial. Será utilizado, como método para a demonstração do êxito da política de conciliação da Caixa Econômica Federal, o observacional. Como método de procedimento, será empregada a técnica de pesquisa de documentação indireta, com a revisão de bibliografia nacional, a exploratória e a documental.

Palavras-chaves: Litigiosidade; Conciliação; Resolução de Conflitos; Conciliação Extrajudicial; Jurisdicionalização.

Abstract: The litigious culture and the contentious legal training of legal professionals, added to the adoption of an option for the resolution of conflicts through the judicial route, have generated an overload on the Brazilian legal system. This option is reinforced by a management logic that prioritizes short-term results to the detriment of a corporate sustainability strategy, so as to cause a set of inefficiencies. Public companies are based on much broader objectives than simple financial profitability, as they must, obligatorily, fulfill the fundamental objectives of the Federative Republic of Brazil. Thus, an administration guided only by short-term financial results, that is, financialized, is ineffective and inadequate, since it is in disagreement with the principle of “good public administration”. As a consequence of this, it is proposed, as objectives of the present study, to demonstrate the judicial and extrajudicial conciliation policies adopted by Federal Savings Bank for the resolution of conflicts, as well as that they meet the constitutional foundations of its existence, ensuring not only the corporate sustainability, but also to social aspirations converging with the implementation and consolidation of a culture of

conciliation in business management. Observational method will be used as a method to demonstrate the success of Federal Savings Bank Federal's conciliation policy. As a method of procedure, the technique of indirect documentation research will be used, with the review of national, exploratory and documentary bibliography.

Keywords: Litigiousness; Conciliation; Conflict resolution; Extrajudicial Reconciliation; Jurisdictionalisation.

Aprovado em janeiro de 2022.

## 1 Introdução

Os efeitos deletérios da excessiva carga de processos, que onera o sistema jurídico brasileiro, é um fato, incontestável, de conhecimento público. Não só a cultura litigiosa da sociedade e a formação jurídica contenciosa, dos profissionais do direito, são responsáveis por esse acúmulo de processos, mas também a adoção de uma lógica de gestão que prioriza os resultados de curto prazo em detrimento de uma estratégia de sustentabilidade empresarial de longo prazo.

A ineficiência estratégica dessa administração de curto prazo, financeirizada, é especialmente visível e inadequada quando se trata de empresas públicas, cujos fundamentos e objetivos estão balizados pela Constituição e devem estar alinhados ao princípio da “boa administração pública”.

Em razão deste cenário, o presente trabalho pretende abordar os esforços realizados pela Caixa Econômica Federal na construção de uma política de resolução de conflitos, de modo a examinar as diversas experiências realizadas pela empresa para implantar e consolidar uma cultura de conciliação capaz de atender ao princípio da boa administração pública e assegurar a sustentabilidade empresarial.

Propõe-se, assim, apresentar os modelos de conciliação judicial e de extrajudicial adotados, demonstrando os resultados obtidos sempre com vistas a cotejar a sua adequação aos fundamentos de atuação do Estado na atividade econômica.

Será utilizado, como método para a demonstração do êxito da política de conciliação da Caixa Econômica Federal, o observacional. Como método de procedimento, será empregada a técnica de pesquisa de documentação indireta, com a revisão de bibliografia nacional, a exploratória e a documental.

## 2 A jurisdicionalização como escolha

A cultura da litigiosidade e a formação jurídica voltada, excessivamente, para as habilidades do contencioso jurídico são dois fatos notórios e reconhecidos na comunidade jurídica brasileira. Talvez, em parte, se possa atribuir esse ímpeto conflitivo à história autoritária do País e de seus reflexos nas esperanças, um tanto quanto demasiadas, que a sociedade depositou, a partir do processo de redemocratização, nas instituições jurídicas como mecanismos de resolução de conflitos e dos problemas sociais.

Dessa cultura jurídica da litigiosidade emergem dois fatores essencialmente articulados: a valorização do conflito judicial e a sua contraface, e o despreparo para a resolução consensual dos conflitos (mediação, conciliação, negociação etc.). O imaginário social projeta um profissional combativo, formado para o enfrentamento com o adversário, pois possui como objetivo alcançar uma “vitória total”. Essa visão que aposta e que valoriza a lide em detrimento da composição acaba, ainda, por forjar profissionais do direito, em regra, sem as habilidades necessárias para o exercício de uma função que se mostra árdua e especializada: a conciliação.

As alterações na economia, sob o impacto da “financeirização”, também se apresentam como fator importante para que se possa compreender por qual motivo a opção pela litigiosidade não sofre inflexões pela racionalidade. Com a subordinação da ordem econômica à dinâmica de

valorização de ativos, financeiros e de capital, as atividades produtivas e de investimentos passaram a ser secundárias em relação à busca de resultados imediatos nos balanços contábeis das grandes organizações econômicas.

No livro “A Era do Capital Improdutivo”, ao discutir a captura do poder político pelo setor financeiro, Ladislau Dowbor afirmara que “a realidade é que a captura dos processos decisórios das empresas da economia real pelo sistema financeiro se generalizou” (DOWBOR, 2017, p. 130). Uma das consequências disso é que o incentivo dos gestores tem sido dado tão somente para a distribuição dos lucros e dos dividendos, com a sua maximização através de uma visão de curto prazo.

Essa lógica “financeirizada” prejudica a constituição de um planejamento de longo prazo e, portanto, afeta a própria cultura de sustentabilidade das empresas. Um bom exemplo pode ser visto na área ambiental, na qual inúmeras fraudes de controle e de acidentes ambientais são imputadas diretamente aos modelos de incentivos empresariais que priorizam a redução de custos, incluindo os mecanismos de gestão de riscos como forma de atingir melhores resultados no curto prazo. O mais grave é que, muitas vezes, todo o esforço para a produção de lucros extraordinários tem foco apenas nos balanços trimestrais, embora a realidade, provavelmente, venha cobrar, em um futuro próximo, um elevado preço por essas opções. O caso do desastre do rompimento da barragem da empresa Samarco, em Mariana, parece constituir um triste exemplo. “Entre o engenheiro da Samarco que sugere o reforço na barragem de Mariana (MG) e a exigência de rentabilidade da Billiton, da Vale, da Valepar e do Bradesco, a relação de forças é radicalmente desigual” (DOWBOR, 2017, p. 71).

O prêmio Nobel de Economia, Joseph Stiglitz, discutindo os efeitos do aumento da desigualdade, sob a égide do Estado de Direito, nos EUA, fizera um alerta sobre esse alinhamento de incentivos:

Pode parecer que temos um sistema econômico e judicial que dá incentivos ao mau comportamento: o pagamento aos executivos sobe quando os lucros aumentam, mesmo que os lucros se baseiem em fraude; mas são os acionistas das empresas que pagam. Em muitos casos, há muito que desapareceram os executivos responsáveis por comportamentos fraudulentos. Há aqui algo a ser dito quanto aos processos criminais contra os executivos. Se os acionistas pagam as multas, e a administração paga a si própria uma remuneração baseada nos rendimentos obtidos a curto prazo, escondendo os riscos presentes nos extremos da curva da distribuição de rendas (as eventualidades que acontecem com pouca probabilidade, como serem apanhados, alvos de processos judiciais e multados), não nos devíamos surpreender com estes persistentes padrões de fraude. Em tais circunstâncias temos de ir para além da multa à empresa: os indivíduos que tomam as decisões e realizam as ações têm de ser responsabilizados pelos seus atos (STIGLITZ, 2014 p. 288).

Essa dinâmica financeira fragiliza a gestão estratégica das empresas e o planejamento, podendo, inclusive, comprometer a “sustentabilidade empresarial” e os seus objetivos de longo prazo, uma vez que foca os seus esforços e inclusive premia, prioritariamente, o resultado financeiro de curto prazo.

É justamente essa lógica “financeirizada” que torna a opção pela jurisdicionalização muito atrativa. A possibilidade de se transferir aos tribunais a resolução dos conflitos, postergando o impacto financeiro para gerar melhores resultados contábeis no curto prazo, pode ser um caminho fácil para assegurar uma maior premiação e prestígio aos gestores. Todavia, há um claro prejuízo ao pensamento estratégico e a “sustentabilidade empresarial”, pois não se leva em consideração os possíveis impactos, no futuro, em face dos outros fatores essenciais, como a imagem institucional da empresa e o reflexo no relacionamento com os clientes. Além disso, essa dinâmica pode gerar um acobertamento de ineficiências, problemas de processo e de gestão, ineficiências que tendem a ser corrigidas somente depois de mensurado o prejuízo causado à empresa, como ocorrem, por

exemplo, naquelas situações que geram ações judiciais que somente terão seu impacto financeiro contabilizado ao final dos processos.

Nas relações consumeristas, com destaque para as oriundas das relações com o sistema bancário, essa realidade tem adquirido contornos bem nítidos, assim como tem revelado os problemas e os limites da opção pela excessiva jurisdicionalização das relações sociais.

### 3 Os limites da opção pela jurisdicionilização

Se em um primeiro momento a estratégia pode gerar resultados financeiros ao adiar o impacto de possíveis condenações judiciais, posteriormente os custos administrativos da gestão de um número cada vez mais elevado de processos irão aparecer. Neste ponto, as reiteradas ações judiciais, envolvendo os mesmos objetos, tendem a reforçar a aplicação de multas, encargos legais e condenações em indenizações de valor crescente.

Do mesmo modo, a jurisdicionalização fortalece, cada vez mais, um consenso acerca da impossibilidade da resolução dos conflitos sociais apenas pelo acesso tradicional ao Poder Judiciário. O acúmulo de processos, o tempo de tramitação e a própria natureza contenciosa da lide são os principais elementos apontados como causa dessa perda de legitimidade social. Segundo o Conselho Nacional de Justiça, o número de processos em tramitação chegou, ao final do ano de 2017, com um acervo de 80,1 milhões de processos que aguardam solução definitiva, sendo que o crescimento médio, entre 2009 e 2017, foi de 4% ao ano, ou seja, houve uma variação acumulada de 31,9% no estoque de processos neste período (CNIJ, 2018).

Esse cenário tem levado as empresas a arcarem com um custo administrativo crescente no que se refere à gestão das demandas jurídicas. Por outro lado, a estratégia da jurisdicionalização também gera impactos negativos, ainda maiores, em segmentos menos perceptíveis, especialmente no que diz respeito ao desgaste da imagem da empresa, é dizer, da tão “valorizada marca empresarial”.

É notório o esforço e os crescentes e expressivos gastos de publicidade que as empresas empreendem na busca da valorização, da promoção da sua “imagem” e na conquista de novos mercados e clientes. E, nesse aspecto, os reflexos negativos da estratégia de jurisdicionalização sobre a imagem da empresa também necessitam ser mensurados. A simples disposição para a conciliação valoriza a imagem positiva da empresa perante a sociedade, sendo que os acordos firmados possibilitam, muitas vezes, o resgate e a manutenção da relação comercial com o cliente, circunstância que dificilmente ocorreria em caso de opção pela via judicial, na qual há um indiscutível desgaste no relacionamento entre as partes, afetando, conseqüentemente, a base de clientes, bem como elevando o custo de sua ampliação.

Não obstante seja inegável o impacto da utilização dos meios consensuais na redução do prazo para solução da controvérsia, é oportuno salientar também, desde logo, que uma das maiores vantagens de se viabilizar o caminho consensual é o fato de permitir que as partes envolvidas construam uma solução efetivamente compatível com seus legítimos interesses e necessidades – a qual, se pode (e algumas vezes, deve, como no caso dos conflitos envolvendo entes públicos) ter em conta parâmetros jurídicos, propicia, além de uma criativa interpretação conjunta da norma, que sejam levados em conta também outros interesses legítimos que as normas jurídicas aplicáveis eventualmente não foram capazes de captar (SOUZA, 2012, p.69).

Por fim, outro ponto de destaque no que condiz com a análise dos efeitos negativos da jurisdicionalização é o acobertamento de ineficiências. A criação de uma política de conciliação permite à empresa identificar as principais causas dos conflitos, de modo a colaborar com a rápida correção de falhas sistêmicas, de processo ou de gestão. Por outro lado, a jurisdicionalização dos

conflitos poderá encobrir as ineficiências que, provavelmente, somente serão identificadas e corrigidas após o impacto financeiro das ações atingir um montante considerável. A política de conciliação, portanto, pode representar, sobretudo, um expressivo ganho de eficiência e de aprimoramento da gestão, contribuindo para a redução de custos futuros enquanto resultado financeiro positivo.

#### 4 A Administração Pública e a jurisdicionalização

Como o objeto da presente análise é uma empresa pública federal, se faz necessário tecer algumas considerações acerca da adequação de uma gestão com um planejamento estratégico voltado para resultados exclusivamente “financeiros” ao sistema constitucional pátrio. Nestas circunstâncias, importa relembrar que o modelo constitucional brasileiro autoriza a atuação estatal na seara econômica, sendo esta com a finalidade de atender “os imperativos da segurança nacional ou o relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei” (art. 173, CF). Logo, o lucro não é o critério constitucional determinante a fundamentar a atuação do Estado como agente econômico. Neste sentido, a motivação do estado, ao atuar em atividades econômicas, tem que estar baseada na busca do interesse coletivo ou nos imperativos da segurança nacional.

No caso da Caixa Econômica Federal, o interesse público que motiva a exploração, pelo Estado, da atividade econômica, possui uma dupla dimensão. A primeira, na qualidade de banco comercial, pode ser exemplificada a partir da existência de falhas de mercado, da garantia de acesso de todos os brasileiros à rede bancária e do incentivo à concorrência<sup>1</sup>, dentre outras justificativas sempre sujeitas a contrapontos e a objeções. A segunda corresponde a uma função social desempenhada na qualidade de braço operacional do governo, porquanto possui como finalidade a prestação de políticas públicas relativas à condução dos principais programas de governo na última década, como um verdadeiro agente de políticas públicas<sup>2</sup>.

Na função social econômica, o interesse coletivo, que autoriza a atuação do Estado na atividade econômica, se manifesta, fundamentalmente, na busca da realização dos objetivos fundamentais da República, quais sejam: o desenvolvimento nacional, a redução das desigualdades, a erradicação da pobreza e da marginalização social. Na condição de agente de políticas públicas, essa função social se amplia, através de um conjunto de programas governamentais sob a gestão da empresa, materializando uma série de direitos sociais constitucionais, a saber, o direito à moradia, ao transporte, à alimentação, ao trabalho, à educação e à assistência aos desamparados<sup>3</sup>.

Desse modo, as razões que fundamentam a atuação estatal, na seara econômica, não se mostram compatíveis com um planejamento orientado, preponderantemente, para os resultados financeiros, pois a justificativa de sua existência se encontra justamente na realização dos objetivos – constitucionais – da República, que não se mostram realizáveis, pela via exclusiva, dos interesses econômicos.

Outro fator importante a se considerar quando se analisa a política de conciliação de uma empresa pública federal é o princípio constitucional da indisponibilidade do interesse público. Neste

---

<sup>1</sup> Segundo o Relatório de Sustentabilidade de 2017, a Caixa Econômica Federal detinha 22,2% do mercado de crédito bancário nacional, sendo que responde por 67% do crédito imobiliário do País.

<sup>2</sup> O Programa Minha Casa Minha Vida (PMCMV) (direito à moradia); Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) (direito ao transporte); Programa Bolsa-Família (direito à alimentação e à assistência aos desamparados); Seguro-Desemprego, PIS e FGTS (direito ao trabalho) são apenas alguns dos programas sociais fundamentais para concretização de direitos constitucionais conduzidos pela Caixa Econômica Federal.

<sup>3</sup> A Emenda Constitucional nº 90, de 15 de setembro de 2015, incluiu o transporte como direito social.

ponto, se torna necessário efetuar uma breve reflexão acerca do conceito jurídico de interesse público. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, “todo o sistema de Direito Administrativo se constrói sobre os princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e indisponibilidade do interesse público pela Administração” (MELLO, 2008, p. 56).

A leitura simplista e pouco reflexiva referente ao princípio da indisponibilidade do interesse público pode ser apontada como outro elemento decisivo para explicar a cultura da jurisdicionalização no setor público. De fato, os bens e os interesses públicos não pertencem à administração nem a seus agentes, não podendo a administração dispor livremente dos bens e dos interesses públicos. No entanto, é preciso entender que a indisponibilidade do interesse público atribui, ao gestor, um dever, especial, de zelo, dever este balizado por outros princípios norteadores da administração, inclusive pelo dever de eficiência.

O dever de eficiência dos administradores públicos reside na necessidade de tornar cada vez mais qualitativa a atividade administrativa. Perfeição, celeridade, coordenação técnica, todos esses são fatores que qualificam a atividade pública e produzem maior eficiência no seu desempenho (CARVALHO FILHO, 2008, p. 60).

Neste sentido, adotar como regra, na advocacia pública, a máxima do “recorra sempre”, não satisfaz a indisponibilidade do interesse público, podendo, em muitos casos, violar o dever de eficiência. Isso porque a eficiência não pode ser vista de modo reducionista e economicista, mas deve decorrer e estar correlacionada ao conceito mais amplo e complexo do “Direito a boa Administração Pública”.

Trata-se do direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem (FREITAS, 2009, p. 22).

Logo, a eficiência deve ser compreendida como um elemento obrigatório a permear toda a Administração, seja na proteção dos direitos do administrado, seja na organização administrativa ou na prestação de serviços e políticas públicas. Ademais, o direito a boa administração pública não se trata de uma simples diretriz ao administrador, mas de um dever do qual correspondente um direito constitucional do administrado.

Assim, é obrigação do gestor público estruturar e seguir um planejamento com objetivos almejados de modo economicamente viável, mas sem perder de vista os interesses públicos a serem alcançados de modo socialmente justo e ambientalmente sustentável. Além disso, na seara das relações administrativas, não se pode desconsiderar que a predisposição à resolução administrativa dos conflitos deve ser entendida como uma diretriz hermenêutica essencial à consolidação do princípio constitucional da sustentabilidade. De acordo com Juarez Freitas: “A indissociável dimensão jurídico-política da sustentabilidade exige boa governança e respeito ao direito fundamental à boa administração, com toda as implicações em termos de transparência e de eficiência subordinada à eficácia” (FREITAS, 2012, p. 193).

No mesmo sentido, a transição da administração pública rumo à sustentabilidade, para Juarez Freitas, implica em mudanças na hermenêutica das relações de administração com vistas à consolidação do princípio constitucional da sustentabilidade. Dentre estas mudanças, se destaca a predisposição à resolução administrativa dos conflitos como diretriz hermenêutica:

Terceira diretriz: urge ter predisposição à resolução administrativa dos conflitos. Dito de outro modo, uma resolução competente, honesta e permanente de conflitos, na esfera administrativa, passa a ser prioridade máxima, sem embargo da garantia intacta de acesso ao Poder Judiciário contra eventuais abusos ou

omissões. Na senda salutar de transcender o nefasto fluxo de atitudes adversariais, cumpre, pois, estimular uma gestão pacificadora e ética, atenta à raiz das disputas e capaz de negociação levada a cabo com celeridade e transparência (FREITAS, 2012, p. 212).

Essa transformação exige o repensar dos modelos de gestão para evitar que se estabeleçam ou persistam os chamados “incentivos adversos”, nos quais a racionalidade do modelo leva a escolhas desalinhadas e ineficientes. Logo, se pode verificar que essa realidade está muito presente na gestão jurídica que prioriza, em regra, a política recursal. Afinal, é muito mais fácil recorrer ou acatar a decisão judicial do que realizar um bom acordo.

A tomada de decisões, que necessariamente pressupõe a realização de negociações, acaba por expor os agentes a responder pelas opções e, sobretudo, justificá-las diante os órgãos de controle. Todavia, uma decisão judicial que condena ao pagamento de uma indenização milionária, em regra, não sujeita o advogado ou o gestor a qualquer responsabilidade, nem há questionamentos quanto à possibilidade ou a tentativa de uma composição prévia que possa vir a evitar determinada condenação.

A adoção de uma conduta proativa em defesa do interesse público (a resolução administrativa) pode expor o agente a uma série de interpretações futuras acerca da conveniência e da oportunidade, enquanto a conduta omissiva de aguardar a decisão judicial, sem mensurar os seus impactos, não se sujeita, geralmente, a maiores questionamentos. A racionalidade do modelo, portanto, leva a um incentivo adverso: se conciliar é muito mais difícil do que recorrer e a decisão de conciliar expõe o gestor e o advogado a uma maior responsabilidade, a escolha racional do modelo será recorrer em detrimento da eficiência a ser alcançada pela decisão de conciliar.

Em uma análise tradicional, também se pode constatar um clássico conflito entre o interesse público primário (interesse da coletividade que deve levar em conta o resultado e a eficiência) e o interesse público secundário (interesse direto e limitado ao órgão público), devendo, logicamente, prevalecer o primeiro. Além disso, importa também perceber que a manutenção desse sistema de incentivos direciona a administração pública a um modelo inadequado aos valores constitucionais alinhados a “boa administração pública”.

## 5 A Construção de uma política de resolução dos conflitos

Conforme se discutira no decorrer do presente artigo, a estratégia de jurisdicionalização não se coaduna com a “sustentabilidade empresarial” e com o princípio da “boa administração pública”. Em razão disso, a Caixa Econômica Federal passou a adotar um conjunto de iniciativas com o objetivo de reduzir a “jurisdicionalização”, inclusive construindo caminhos alternativos de solução de conflitos. Entretanto, como se sabe, a elaboração e a implantação de uma política de conciliação judicial e extrajudicial não se apresentam como uma tarefa fácil e de rápida implantação, pois implica em mudanças na estrutura e na própria cultura de gestão da empresa.

Nesta perspectiva, em um primeiro momento, as iniciativas da empresa focaram em políticas de dispensa recursal e de conciliação judicial para a recuperação de crédito e de demandas de massa. A primeira ação realizada foi o estabelecimento de súmulas de dispensa recursal para evitar recursos em matérias com posições desfavoráveis previamente consolidadas nos tribunais. Igualmente, foi criado um regime de alçadas para a análise e a deliberação sobre os pedidos de dispensa recursal. Com efeito, os resultados advindos dessas iniciativas dizem respeito a uma economia considerável nos custos administrativos e judiciais e a redução do número de processos,

de modo a possibilitar ao corpo jurídico acompanhamento, adequadamente, demandas judiciais mais relevantes e complexas ou aquelas passíveis de reversão nos Tribunais<sup>1</sup>.

Da mesma forma, a adoção de iniciativas para a conciliação de demandas de massa permitiu a otimização de recursos materiais e humanos, assegurando uma duração mais célere dos processos e a redução do acervo. Uma dessas ações, as audiências coletivas para acordo dos expurgos inflacionários do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS, foi, até mesmo, merecedora do reconhecimento do Prêmio Inovare, em 2011.

Outra importante iniciativa diz respeito à construção de uma política permanente de conciliação judicial, especialmente através de mutirões de conciliação realizados em conjunto com o Poder Judiciário Federal. A resolução 125\2010, do Conselho Nacional de Justiça, contribuiu, também, para o sucesso dessa medida, uma vez que criou a “Política Judiciária Nacional de Tratamento dos Conflitos de Interesses”, sendo esta tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade. A Política Judiciária Nacional também manteve, através dos meios consensuais de solução de controvérsias (autocomposição de litígios), a preocupação com a boa qualidade dos serviços e à disseminação da cultura de pacificação social.

Neste ponto, importa observar que o sucesso de uma política de conciliação não é algo simples, pois a sua realização se deve, principalmente, a um conjunto de ações capazes de constituir o programa de estrutura e de formação adequada. Primeiramente, por exemplo, é fundamental a promoção de uma mudança cultural na forma de atuação profissional dos advogados e dos prepostos da empresa, capacitando os profissionais com a finalidade de alterar a tradicional postura combativa e/ou defensiva que se observa nos ambientes judiciais. O ponto central deverá ser constituído pela qualificação dos profissionais, no intuito de que os mesmos promovam o diálogo com vistas à resolução dos problemas que afligem os clientes e demais componentes da lide.

Para isso, um grupo de profissionais (advogados e prepostos), com uma maior experiência, fora sendo qualificado para participar dos mutirões de conciliação. Com a experiência adquirida tornou-se possível, gradativamente, consolidar uma cultura de conciliação na empresa, de modo a alterar a forma de atuação do setor jurídico. O sucesso alcançado pelos mutirões de conciliação, por exemplo, afetaram positivamente o resultado de toda a rede de agências, reforçando o apoio à continuidade e ao aperfeiçoamento da política de conciliação. Além da celeridade na resolução, a política de conciliação também demonstrara a possibilidade de uma satisfação plena das partes litigantes, porquanto que o acordo é resultado de uma construção da própria vontade dos envolvidos e não uma imposição. Consequentemente, se pode dizer que ocorrera um aumento da propensão ao seu cumprimento e uma probabilidade maior de resgate da relação com o cliente. Dito de outra forma, é justamente esse conjunto de fatores positivos que acabam entusiasmando os participantes e, gradualmente, contagiando a organização de forma a alterar a própria cultura de gestão da empresa.

Outra observação importante acerca dos ganhos da política de conciliação se refere ao envolvimento e a percepção de satisfação dos empregados envolvidos. Enquanto na lide processual tradicional o conflito naturalmente gera desgaste emocional para os participantes, o procedimento de conciliação pode permitir uma comunicação que considera as partes na sua integralidade, levando em conta os aspectos emocionais, já que, na maioria das vezes, são desprezados pelo processo.

Neste aspecto, a experiência possibilitou demonstrar que as audiências de conciliação, muitas vezes, apresentam-se como a primeira alternativa, no cenário processual, de aproximação e de abertura para o diálogo entre as partes, o que poderá permitir a ocorrência de uma solução

---

<sup>1</sup> Essa política permitiu a CAIXA, em menos de 10 anos, reduzir seu estoque de recursos, como parte recorrente, no Supremo Tribunal Federal, de mais de 100 mil para menos de 100 recursos e, no Superior Tribunal de Justiça, de centenas de milhares para menos de 1000 recursos.

colaborativa. Ademais, as mesas de conciliação proporcionam uma transformação na postura das partes, do conflito para a cooperação, permitindo um canal de comunicação que acaba por facilitar a resolução consensual. Como exemplo delas, se pode apontar as audiências realizadas em ações de recuperação de crédito. Nestas ações, os representantes da Caixa Econômica Federal buscam adotar uma postura de verdadeira assessoria financeira, trabalhando com vários cenários e opções de renegociação, sempre destacando o objetivo de encontrar soluções, as quais venham a recuperar o crédito sem prejudicar a viabilidade financeira do mutuário.

Com isso, em inúmeros casos, quando não concluída a renegociação na audiência de conciliação, se busca restabelecer o diálogo entre as partes, gerando confiança e oportunizando ao cliente refletir sobre as alternativas, as suas possibilidades e expectativas, de modo a permitir que a renegociação ocorra posteriormente.

Essa perspectiva é convergente com a defesa da mediação como a solução de conflitos mais adequada às disputas, pois busca viabilizar uma “[...] abordagem ampla e uma prática que seja, sempre que possível, pedagógica e transformativa, possibilitando às pessoas e organizações envolvidas aprender com cada conflito, a fim de administrarem de forma produtiva os novos problemas [...]” (SOUZA, 2012, p. 134).

## 6 A Política de conciliação extrajudicial

No ano de 2011, a política de conciliação, por decisão do Conselho Diretor da Caixa Econômica Federal, fora ampliada com a implantação de um projeto de Conciliação Extrajudicial. O projeto, por assim dizer, estabeleceu uma rotina administrativa envolvendo a Diretoria, a Ouvidoria e toda a rede de agências da empresa, de modo a permitir e a incentivar a realização de conciliações extrajudiciais em situações recorrentes, isto é, aquelas que envolvam erros reconhecidamente geradores de danos morais e/ou materiais aos clientes.

A decisão de constituir uma política de conciliação extrajudicial apresenta-se como um passo importante no processo de afirmação de uma cultura organizacional de resolução de conflitos. Neste avanço, a Caixa Econômica Federal passou a promover uma cultura da conciliação, que pode ser compreendida como um sistema que envolve e atribui a todas as suas unidades a responsabilidade por viabilizar a resolução consensual dos conflitos. Essa iniciativa tem por objetivo central não só reduzir a litigiosidade, os riscos jurídicos e operacionais, mas também promover a fidelização de clientes e a valorização da imagem da empresa.

Dessa forma, o sistema criado se esforçou para estabelecer uma rotina administrativa focada na atuação preventiva, permitindo identificar, evitar e, especialmente, corrigir falhas em produtos, serviços ou sistemas. As reclamações podem ter origem nas próprias agências da Caixa Econômica Federal ou serem oriundas de questões encaminhadas junto ao BACEN, as Defensorias Públicas, os Órgãos de Defesa do Consumidor, dentre outros. As reclamações recebidas são verificadas pelas unidades responsáveis e encaminhadas à análise jurídica.

Uma vez constatada a existência de falhas e/ou erros, é possível, considerando as circunstâncias de cada caso concreto, efetuar a oferta de propostas de conciliação ao cliente. Essas propostas podem envolver tanto indenizações quanto compensações, como a isenção de tarifas e redução de juros, sempre com vistas a manter a fidelização e evitar o conflito na via judicial.

Somente em 2018, o sistema de conciliação Extrajudicial da Caixa realizara 2.372 conciliações, sendo estas especialmente referentes a produtos bancários, atendimentos e cartões de créditos. Logo, como resultado dessas audiências, se tem que, em 83% dos casos, fora possível se chegar à conciliação.

## 7 Considerações Finais

Embora a Constituição Federal de 1988 tenha deixado clara, enquanto “princípio fundamental”, a valorização da livre iniciativa no desempenho das atividades econômicas, também estipulou, ao prescrever essa possibilidade para atender aos imperativos da justiça social (art. 170, *caput*, da CF), um marco referencial para o Estado. Neste último ponto, se pode destacar que os fundamentos da intervenção estatal, em prol da realização da justiça social, estão relacionados à percepção do legislador constituinte de que algumas atividades econômicas não possibilitam a estruturação e a prestação voltadas, somente, ao simples objetivo de lucro, mas sim, possuem como objetivo, atender ao interesse público, assim como realizar os objetivos fundamentais da República (art. 3º, *caput*, da CF).

A nova gestão pública consiste em fazer com que os agentes públicos não atuem, exclusivamente, por simples conformidade com as regras burocráticas, mas sim de modo a maximizar os resultados, respeitando as expectativas da sociedade. Isso pressupõe que as unidades administrativas sejam responsáveis pela sua produção específica, possuindo certa discricionariedade, vinculada à lei, na realização de seus projetos. As técnicas de gestão baseiam-se no tripé objetivos-avaliação-sanção. Cada entidade passa a ser autônoma e responsável (no sentido de *accountability*). No âmbito de suas missões, recebem metas que devem atingir. A realização dessas metas é avaliada regularmente, e a unidade é sancionada positiva ou negativamente de acordo com os seus desempenhos.

Essa busca permanente pela eficiência, eficácia e economicidade pode ser potencializada quando submetida a uma pressão constante e objetivada, que pesará sobre os agentes públicos, em todos os níveis, de tal modo que acabem sob um duplo controle, social e econômico, devendo atingir objetivos de interesse público sem descuidar de sua sustentabilidade e do resultado econômico.

Um dos aspectos importantes dessa nova gestão, além da ênfase no desempenho, é a importação do critério de qualidade, utilizado pelas empresas privadas, e que deseja relacionar a atividade dessa empresa pública à satisfação do consumidor.

Ademais, a ênfase na conciliação tornou-se uma ferramenta fundamental para que seja possível desafogar o judiciário. Dessa forma, a Caixa Econômica Federal, enquanto empresa pública, é a instituição que mais realiza acordos na Justiça Federal, afirmando um caminho virtuoso tanto para outras empresas como para gestores públicos comprometidos com a inovação e com os interesses da sociedade. Comemora a comunidade jurídica e ganha, com isso, a sociedade.

## Referências

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 20ª edição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

DOWBOR, Ladislau. *A era do capital improdutivo: a nova arquitetura do poder, sob dominação financeira, sequestro da democracia destruição do planeta*. São Paulo: Autonomia Literária, 2017.

FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

Justiça em Números 2018: ano-base 2017 / *Conselho Nacional de Justiça* - Brasília: CNJ, 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SOUZA, Luciane Moessa de. *Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo Entes Públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

STIGLITZ, Joseph. *O Preço da Desigualdade*. Lisboa: Bertrand, 2014.

# JURISTOCRACIA NO BRASIL: UMA ABORDAGEM INTRODUTÓRIA

## *JURISTOCRACY IN BRAZIL: AN INTRODUCTORY APPROACH*

Cleber de Deus Pereira da Silva

Pós-Doutor em Ciência Política pelo *Ibero-Amerikanisches Institut* em Berlin, Alemanha. Possui Doutorado em Ciência Política (Ciência Política e Sociologia) pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro e Mestrado pela mesma instituição. É Professor Associado III da Universidade Federal do Piauí (UFPI). Coordenador do Núcleo de Estudos Políticos e Eleitorais (NEPE), Pesquisador do Programa de Mestrado em Direito (PPGD/UFPI) e Professor da Graduação em Ciência Política/UFPI. *E-mail*: dideus@ufpi.edu.br.

Saul Ferreira Alves

Mestrando e Graduado em Direito pela Universidade Federal do Piauí (UFPI). Advogado. Procurador do Estado do Piauí. Foi Procurador da Fazenda Nacional, Procurador do Estado do Rio Grande do Sul, Analista Judiciário – Área Judiciária do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Consultor Jurídico Especial de Gabinete de Desembargador do Tribunal de Justiça do Piauí (TJPI). *E-mail*: saulemmanuefferreiraalves@gmail.com.

Deborah Dettmam

Professora Adjunta de Direito da Universidade Federal do Piauí. Possui Graduação em Direito pela Universidade de Brasília (2003), Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2006) e Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2017). Foi visiting scholar na University of Utah (2016). Atuou como presidente da Comissão de Estudos Constitucionais da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Piauí (2016-2018) e como Subcoordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPI (2019-2021). É Coordenadora-geral do Instituto de Estudos Políticos e Constitucionais e Pró-Reitora de Extensão e Cultura da UFPI.

Resumo: Este artigo analisa a tese da preservação hegemônica, apresentada por Ran Hirschl na tentativa de descrever as causas políticas do estabelecimento da juristocracia. Em seguida, delinea uma visão panorâmica das manifestações de ativismo judicial no Brasil. Ao final, empreende-se uma análise crítica da aplicabilidade do modelo descritivo proposto por Hirschl ao caso brasileiro.

Palavras-chave: juristocracia – ativismo judicial – Brasil.

Abstract: This article analyzes the thesis of hegemonic preservation presented by Ran Hirschl in an attempt to describe the political causes of the establishment of juristocracy. It then outlines an overview of the manifestations of judicial activism in Brazil. At the end, a critical analysis of the applicability of the descriptive model proposed by Hirschl to the Brazilian case is undertaken.

Keywords: juristocracy – judicial activism – Brazil.

Aprovado em janeiro de 2021.

## 1 Introdução

Para alguns autores, o Poder Judiciário assumiu, no início do século XXI, um protagonismo que pode ser considerado disfuncional. Tal fenômeno, muitas vezes referido como “ativismo judicial”, se caracteriza, segundo alguns,<sup>1</sup> por uma tendência de avanço do Poder Judiciário sobre áreas de atuação nas quais se apresentam turvos os limites de cada um dos Poderes.<sup>2</sup>

---

1 Uma definição similar é adotada por Bruno Meneses Lorenzetto e Clèmerson Merlin Clève: “A presença recorrente de temas políticos no Judiciário ficou conhecida como a judicialização da política. Esta, contudo, não pode ser confundida com o ativismo judicial, o qual caracteriza decisões expansivas, as quais cruzam as fronteiras traçadas anteriormente para a atuação do Judiciário. Trata-se de uma atuação mais intensa nos espaços desenhados para a atuação dos outros Poderes (BARROSO, 2009, p. 75), em uma definição sumária, caracterizando-se por uma propensão acentuada dos tribunais para declarar um maior número de leis inconstitucionais. Logo, uma Corte mais ativista exerce de maneira mais recorrente e com maior liberdade o controle de constitucionalidade, chegando, até mesmo, a produzir, diante omissões do legislativo, soluções normativas para casos controvertidos” (LORENZETTO, Bruno Meneses; CLÈVE, Clèmerson Merlin. O Supremo Tribunal Federal e a autoridade constitucional compartilhada. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, vol. 13, n. 3, pp. 142-162, Set.-Dez., 2017, p. 147. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6233925>. Acessado em 26 de janeiro de 2022).

<sup>2</sup> Nelson Juliano Cardoso Matos, ao realizar uma análise minuciosa das diversas acepções em que são empregadas as expressões “ativismo judicial” e “judicialização da política” na literatura especializada, chama atenção para a confusão terminológica que impera nesse campo: “O uso indiscriminado dessas duas expressões – judicialização da política e ativismo judicial – tem provocado ainda mais confusão e ambiguidade. Particularmente no Brasil, os termos são empregados em tal proporção e com tanto desacordo semântico que não parece possível identificar duas definições consensualmente aceitáveis” (MATOS, Nelson Juliano Cardoso. *Judicialização da política e a alternativa republicana: no contexto do dilema da liberdade*. 2020, p. 122, no prelo. Essa obra se constitui na versão atualizada (gentilmente cedida pelo autor) da tese de Doutorado aprovada pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2007, disponível em <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/4146>, acessado em 23 de novembro de 2020). Diante desse cenário, Nelson Juliano Cardoso Matos oferece três diferentes propostas de sistematização terminológica, considerando a terceira delas como a mais rigorosa, em que “a expressão judicialização da política ficaria reservada apenas à (...) situação em que um órgão judicial atuasse como árbitro das decisões políticas e constitucionais; aqui o rigor terminológico é mais preciso, pois literalmente descreve a interferência de um órgão judicial na esfera política propriamente dita (dos atos superiores de governo). A expressão ativismo judicial ficaria reservada apenas à (...) situação em que os órgãos judiciais determinassem políticas públicas no âmbito mais geral (substituindo o legislativo) ou no âmbito mais particular (substituindo o executivo); aqui a expressão ativismo poderia ser entendida no sentido mais livre como expansão ou ampliação da esfera de atuação do judiciário para além do que lhe é convencionalmente aceitável.” (*Idem, ibidem*, pp. 125-126). Embora essa sofisticada proposta terminológica seja a mais rigorosa, no presente artigo, a expressão “ativismo judicial” assume um alcance dilatado, para dar conta de um maior número de situações: designa toda e qualquer atuação do Poder Judiciário que se situe fora dos limites da jurisdição, tais como apresentados em MACHADO, Fábio Cardoso. *A autonomia do direito e os limites da jurisdição*. Londrina-PR: Thoht, 2020, especialmente pp. 311-440. Nada obstante, o presente trabalho incorpora as seis premissas elencadas por Georges Abboud na tentativa de elaboração de um conceito de ativismo judicial: “i) a realização de controle de constitucionalidade das leis não caracteriza, necessariamente, ativismo judicial; ii) do mesmo modo, não é ativismo judicial a atuação contramajoritária do Judiciário para assegurar a proteção dos direitos fundamentais face à sociedade civil ou o próprio Estado; iii) juízes somente podem aplicar o direito mediante atividade interpretativa. Logo, não ser *literal* não é sinônimo de ativismo judicial. O fato de o juiz não buscar a vontade da lei ou do legislador não caracteriza ativismo. Conforme expusemos no Cap. 1, esse é o paradigma contemporâneo de decisão. iv) juiz pode ser ativista exercendo a *judicial review* ou praticando o *self-restraint*; v) ativismo judicial não é questão de ideologia. Ou

Essa “supremacia”<sup>1</sup> do Poder Judiciário já foi descrita como “juristocracia”, a exemplo do que faz Ran Hirschl, ao examinar as revoluções constitucionais ocorridas no Canadá, em Israel, na Nova Zelândia e na África do Sul.<sup>2</sup> A partir do estudo dos casos selecionados, o referido autor se propõe tanto a descrever as causas que levaram ao estabelecimento da juristocracia, como a avaliar se os resultados satisfazem a uma agenda progressista, que o autor explicitamente assume como desejável.<sup>3</sup>

O presente artigo se propõe analisar criticamente o trabalho de Hirschl, para, em seguida, realizar uma descrição panorâmica das formas mediante as quais o ativismo judicial tem se manifestado no Brasil, a fim de verificar se a tese daquele autor tem alguma aplicabilidade para explicar o caso brasileiro.

## 2 “Juristocracia”: resenha de um modelo descritivo

A “supremacia”<sup>4</sup> do poder judiciário é descrita por Ran Hirschl como “juristocracia”, ao examinar as revoluções constitucionais ocorridas no Canadá, em Israel, na Nova Zelândia e na África do Sul.<sup>5</sup> Pelo estudo de caso dessas quatro diferentes experiências constitucionais, o referido autor não apenas tenta descrever as causas que levaram ao estabelecimento da juristocracia, mas também se põe a avaliar a eficácia dessa situação para o objetivo de implementação de uma agenda progressista, em relação à qual o autor não esconde a sua preferência.<sup>6</sup>

Após descrever o que denomina de “revoluções constitucionais” ocorridas naqueles quatro países, Hirschl atribui o estabelecimento da juristocracia, primordialmente, ao fenômeno que denomina de “constitucionalização”, consistente na adoção de declarações de direitos explícita ou implicitamente dotadas de superioridade hierárquica em relação às leis ordinárias, associado à implantação de mecanismos de *judicial review*, ou seja, de controle da constitucionalidade de atos legislativos por órgãos integrantes do Poder Judiciário ou com funcionamento típico de órgão judicante. Em outras palavras, para Hirschl, a juristocracia é o resultado da adoção de leis escritas que, por serem dotadas de supremacia hierárquica dentro do ordenamento jurídico, passam a ser empregadas como

---

seja, tanto posturas mais progressistas quanto conservadoras podem ser ativistas; e vi) em termos de validade da decisão, todo ativismo incorrerá em algum tipo de ilegalidade ou inconstitucionalidade.”  
ABBOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, versão eletrônica Thomson Reuters *Proview*, <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/111488027/v5/page/RB-10.1>.

1 BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 12, n. 96, Fev.-Mai., 2010, p. 5 a 43.

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

3 *Idem, ibidem*, pp. 29-51.

4 BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 12, n. 96, Fev.-Mai., 2010, p. 5 a 43.

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

6 *Idem, ibidem*, pp. 29-51.

parâmetro para o controle da validade das leis editadas por órgãos parlamentares, compostos por representantes eleitos.<sup>1</sup>

Ao investigar as teorias que buscam explicar as origens políticas do fenômeno que denomina de constitucionalização, Hirschl agrupou as diversas propostas descritivas em três diferentes blocos, que podem ser assim sintetizados:

a) teorias evolucionistas – buscam explicar a adoção de declarações de direitos pela valorização dos direitos humanos e da democracia no segundo pós-guerra, assim como pelos esforços de minorias organizadas para se protegerem de caprichos da maioria e para interferirem na formulação de políticas públicas;

b) teorias funcionalistas – explicam a transferência de poder ao Judiciário como uma alternativa para um sistema político fragmentado, marcado por polarização e, portanto, travado;

c) modelos econômicos institucionalistas – descrevem o fortalecimento do Judiciário como uma mudança institucional que se implementa na busca por maior segurança jurídica e estabilidade institucional, necessárias a um ambiente propício ao crescimento econômico sustentável.<sup>2</sup>

No entanto, para Hirschl, todas essas teorias descritivas são insuficientes. Por isso, ele propõe uma “abordagem estratégica”, para formular “a tese da preservação hegemônica”. Nas palavras do referido autor, “uma abordagem estratégica realista sobre o fortalecimento judicial concentra-se nos incentivos egoísticos dos vários detentores do poder político para a deferência ao poder judiciário.”<sup>3</sup>

Essa abordagem está baseada em “quatro hipóteses preliminares”:

a) a constitucionalização e o conseqüente fortalecimento do poder judiciário se desenrolam como conseqüência do contexto de lutas sociais, políticas e econômicas concretas;

b) o estudo das origens políticas da constitucionalização deve considerar “eventos que não ocorreram e a motivação dos detentores do poder político para não se comportarem de certas maneiras”<sup>4</sup>;

c) agentes políticos, econômicos e judiciais proeminentes tendem a dar suporte a estruturas institucionais que lhes sejam mais benéficas, assim como as instituições políticas e jurídicas privilegiam certos grupos e indivíduos em detrimento de outros, produzindo, assim, “efeitos distributivos diferenciais”;

d) as instâncias políticas “majoritárias” (Poderes Legislativo e Executivo) promovem uma “autolimitação voluntária”, mediante a transferência de poder para o Judiciário, ainda que as constituições e a revisão judicial limitem a flexibilidade institucional dos formuladores de políticas públicas, os quais apenas aparentemente são contrariados, pois as autoridades judiciais não detêm controle sobre o orçamento público nem poder de execução independente.<sup>5</sup>

---

1 *Idem, ibidem*, pp. 53-73.

2 *Idem, ibidem*, pp. 75-87.

3 *Idem, ibidem*, pp. 87-88.

4 *Idem, ibidem*, p. 88.

5 *Idem, ibidem*, p. 88.

Ao articular essas quatro hipóteses, Hirschl sintetiza a tese da preservação hegemônica nos seguintes termos:

Salvo prova em contrário, a explicação mais plausível para o fortalecimento, voluntário e auto-imposto, do poder judicial é, portanto, que os detentores de poder político, econômico e jurídico que iniciam ou se abstêm de bloquear tais reformas estimam que servirá aos seus interesses respeitar os limites impostos por uma maior intervenção judicial na esfera política.<sup>1</sup>

Em outras palavras, para Hirschl, o fortalecimento do judiciário apenas ocorre porque isso beneficia as elites políticas, econômicas e jurídicas de muitas maneiras. Por exemplo, os membros de executivo e do legislativo não têm que suportar os custos políticos da tomada de certas decisões. Ou, ainda, certos grupos políticos podem se beneficiar da delegação de questões polêmicas ao Judiciário, a fim de que órgãos judiciais de cúpula resolvam o impasse valendo-se da "reputação" de corpos "profissionais e apolíticos".

Essa voluntária transferência de poder pode, ainda, ser promovida "quando um partido que está no poder tem uma baixa expectativa de permanecer em tal condição".<sup>2</sup> Desse modo, tal partido assegura "que o próximo partido no poder não possa utilizar o judiciário para atingir seus objetivos políticos".<sup>3</sup>

Em um segundo momento, Hirschl submete a um "teste" as consequências do que chama de "constitucionalização": indaga se o estabelecimento de juristocracias produziu "real impacto" nas "atitudes interpretativas das cortes supremas nacionais, em face de noções progressistas de justiça distributiva".<sup>4</sup> Em outras palavras, Hirschl submeteu a juristocracia a um teste de progressismo. Os resultados são por ele assim sumarizados:

Em muitos países (como Israel, Nova Zelândia e África do Sul), o fortalecimento intencional do judiciário por forças políticas ameaçadas mas ainda dominantes tem sido fortemente apoiado por coalizões influentes de forças econômicas neoliberais domésticas que veem a constitucionalização de direitos como um meio de promover a desregulamentação econômica, e por tribunais superiores nacionais que buscam aumentar sua influência política e reputação internacional. De fato, a simultânea emergência de uma ordem econômica neoliberal e o movimento em direção à constitucionalização nesses países é tudo menos acidental ou fortuita. Pelo contrário, as duas tendências andam de mãos dadas e de fato se complementam; elas compartilham uma adesão comum a uma visão de mundo de "Estado mínimo", um compromisso com uma concepção ampliada da esfera privada e uma atitude desconfortável, até de hostilidade, em relação à pouco previsível esfera política.<sup>5</sup>

Enfim, para Hirschl, a juristocracia é o resultado de "uma estratégia consciente empreendida por elites políticas ameaçadas que buscam preservar ou aprimorar sua hegemonia". Para tanto, isolam "a formulação de políticas públicas das pressões políticas populares", mediante o apoio de "elites econômicas e judiciais com interesses compatíveis". Porém, tais reformas constitucionais terminaram por promover "uma agenda essencialmente individualista". Por isso, conclui que a constitucionalização de direitos "muitas vezes não é

---

1 *Idem*, *ibidem*, p. 88.

2 *Idem*, *ibidem*, p. 91.

3 *Idem*, *ibidem*, p. 91.

4 *Idem*, *ibidem*, p. 35.

5 *Idem*, *ibidem*, p. 181.

tanto a causa ou o reflexo de uma revolução progressista em uma determinada comunidade”.<sup>1</sup>

### 3 Uma visão panorâmica das manifestações de ativismo judicial no Brasil

Georges Abboud caracteriza o ativismo judicial, no Brasil, como o fenômeno em que “os pré-compromissos democráticos (Constituição e leis) são suspensos pelo julgador e substituídos por sua subjetividade/discricionariedade.”<sup>2</sup>

A partir dessa perspectiva, constata-se que, no Brasil, os sintomas do ativismo judicial se manifestam em, pelo menos, quatro diferentes escalas de conflito institucional. No nível mais concreto, o ativismo se manifesta no desenvolvimento de uma dogmática que compreende os âmbitos de discricionariedade do administrador público como campos muito restritos, impondo ao Poder Executivo uma vinculação a pautas materiais definidas de maneira casuística por órgãos jurisdicionais, a partir de fundamentações que invocam textos normativos ou tópicos retóricos com elevado grau de abstração e generalidade.

Apenas ilustrativamente, pode-se recordar, como exemplo, que o Ministro Alexandre de Moraes, do Supremo Tribunal Federal, por decisão unipessoal e em juízo de cognição sumária, no exame de medida liminar em mandado de segurança (via processual em que a cognição é severamente limitada no plano horizontal), suspendeu os efeitos da nomeação de um delegado da Polícia Federal para ocupar a função de Diretor-Geral desse mesmo órgão, praticada pelo Presidente da República no desempenho de uma competência expressamente prevista em lei como exclusiva do chefe do Poder Executivo federal.

A fundamentação desse pronunciamento monocrático encontra-se baseada na premissa segundo a qual:

O Poder Judiciário [...] deverá exercer o juízo de verificação de exatidão do exercício da discricionariedade administrativa perante os princípios da administração pública (CF, art. 37, caput), verificando a realidade dos fatos e também a coerência lógica do ato administrativo com os fatos.<sup>3</sup>

Ao se desincumbir desse “dever” do “Poder Judiciário”, o Ministro fundamentou sua decisão em declarações prestadas por ex-Ministro da Justiça, de que aquela nomeação tinha por motivo a intenção da autoridade nomeante de realizar “interferência política” sobre o órgão detentor da atribuição de polícia judiciária da União, a Polícia Federal.<sup>4</sup>

---

1 *Idem, ibidem*, p. 181.

2 ABBOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, versão eletrônica Thomson Reuters *Proview*, <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/111488027/v5/page/RB-10.2>.

3 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 37.097/DF. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília-DF, 29 de abril de 2020, DJe-107, divulgado em 30/4/2020, publicado em 4/5/2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342983750&ext=.pdf>. Acessado em 21 de novembro de 2020.

4 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 37.097/DF. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília-DF, 29 de abril de 2020, DJe-107, divulgado em 30/4/2020, publicado em 4/5/2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342983750&ext=.pdf>. Acessado em 21 de novembro de 2020.

Em outro patamar, o ativismo judicial se apresenta por ocasião do controle da juridicidade de políticas públicas,<sup>1</sup> no qual o Poder Judiciário tem assumido, francamente, a condução da elaboração de programas de governo, não apenas com base nas normas que disciplinam o processo jurisdicional coletivo, mas também a partir da adoção de uma série de práticas que têm sido reunidas sob o epíteto de “processos estruturais”. Pelo emprego dessas formas especiais de exercício da jurisdição, se pretende transladar do Poder Executivo para o Poder Judiciário a competência para a concepção de políticas públicas, fazendo do processo jurisdicional (necessariamente presidido por uma autoridade judicial) a instância decisória última no exercício de atribuições eminentemente governamentais.

Mesmo os defensores do processo estrutural para a conformação e execução de políticas públicas reconhecem que isso significa a subversão da ideia de processo jurisdicional:

Como se percebe, parece ocorrer uma inversão entre a relação causa-efeito e a relação meio-fim. Se no processo não estrutural, numa fase de conhecimento, se verifica/conhece de uma causa ocorrida que implica efeitos, no processo estrutural, numa fase de conhecimento, se verifica/conhece de um fim (não ocorrido, muito pelo contrário) a ser perseguido e cuja busca implica meios que “causarão”, como efeito, o alcance do fim. Lá (relação causa-efeito) se efetiva o efeito com base na causa, aqui (relação meio-fim) se efetiva a causa (meios) com base no efeito que se pretende (fim).<sup>2</sup>

José Eduardo da Fonseca Costa desenvolve dez críticas contundente contra o processo estrutural, que encontram unidade na demonstração da inexistência de fundamento jurídico-constitucional para deslocar a elaboração de políticas públicas para um processo jurisdicional. Entre outras, Costa denuncia as seguintes deficiências na defesa que se faz à ideia de processo estrutural no Brasil:

os estruturalistas precisam explicar como se pode teorizar a interferência judicial sobre os outros poderes sem se teorizar a fundo a própria separação de poderes. A rigor, não há previsão constitucional expressa sobre o controle judicial de políticas públicas. A intromissão judicial em escolhas discricionárias indevassáveis excepciona a separação de poderes em sua concepção mais tradicional. Por isso, aos teóricos do processo estrutural não basta acusar essa concepção de «atrasada», nem bradar aos quatro ventos a necessidade de uma concepção mais «avançada»: eles precisam de uma vez por todas apresentar essa teoria «avançada» e minudenciar dogmaticamente essa «nova» separação de poderes em seus aspectos analíticos, hermenêuticos e pragmáticos, derivando dela a possibilidade de o Judiciário readequar instituições e políticas. Contudo, a tarefa não é fácil. À Constituição cabe estabelecer os limites positivos e negativos do poder; logo, só a ela cabe prever quando há negligência de determinado poder [= regra de conduta] e quando se autoriza que ele seja substituído pontualmente por outro [= regra de sanção]. Por força da garantia da separação de poderes [CF, artigos 2º e 60, § 4º, III], é necessário que essas regras sejam excepcionais, claras, objetivas e expressas. Daí por que a Constituição não prevê sanção para

---

1 BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Kátya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. *Revista Direito GV*, v. 15, p. 59-86, Jan.-Jun., 2012, p. 61. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/23970/22728>. Acessado em 23 de novembro de 2020.

2 GALDINO, Matheus Souza. *Elementos para uma compreensão tipológica dos processos estruturais*. 2019. 166p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019, p. 59. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/30432/1/MATHEUS%20SOUZA%20GALDINO.pdf>. Acessado em 12 de julho de 2021.

toda e qualquer negligência. Ademais, nem sempre a sanção consiste na substituição *ad hoc* de um poder por outro. Vigê um regime fragmentário, pois: visto que a interferência de um poder sobre outro deve ser mínima, as hipóteses constitucionalmente qualificadas de negligência e de conseguinte substituição *ad hoc* se reservam a situações graves selecionadas com pudor pela própria Constituição.<sup>1</sup>

Em um terceiro plano, o ativismo se faz sentir no exercício do poder de polícia, inclusive nas suas fases de elaboração normativa e de fiscalização. Na realidade, o Poder Judiciário, a título de controle de juridicidade, às vezes interfere até mesmo sobre as decisões adotadas por agências reguladoras, que, no Brasil, foram introduzidas para o exercício de discricionariedade técnica, com autonomia jurídica e orçamentária, independência funcional de certos agentes e, em alguns casos, poder normativo primário, compreendido como competência normativa outorgada diretamente pela Constituição da República.

Caso digno de atenção é aquela submetido ao Supremo Tribunal Federal por meio da propositura da Ação Originária Cível n. 3.451, em que o Estado do Maranhão pede à Corte Suprema brasileira que obrigue a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) a deferir a “autorização para importação da vacina Sputnik V”. Por sua vez, a Anvisa obtemperou que tal agência reguladora devia “[...] conferir se o registro concedido pela autoridade sanitária internacional alcançou os requisitos mínimos de qualidade, segurança e eficácia [...]”. Ao deferir a tutela provisória postulada pelo Estado do Maranhão, o Ministro Ricardo Lewandowski determinou que a Anvisa se pronunciasse sobre o pleito daquele ente federativo no prazo de 30 (trinta) dias, ao fim do qual estaria “o Estado do Maranhão autorizado a importar e a distribuir o referido imunizante à população local, sob sua exclusiva responsabilidade, e desde que observadas as cautelas e recomendações do fabricante e das autoridades médicas”.<sup>2</sup>

Finalmente, o ativismo judicial se manifesta no desempenho da jurisdição constitucional (tanto na fiscalização abstrata quanto no controle concreto da constitucionalidade). Nesse contexto, o exercício desmesurado da função jurisdicional algumas vezes se expressa na declaração da inconstitucionalidade de atos normativos primários, produzidos principalmente pelo Poder Legislativo – o que, a partir de uma análise acurada, se revela como um exercício de verdadeiro poder de veto à lei aprovada pelo Parlamento<sup>3</sup>, ou, pelo menos, como severa restrição ao espaço de liberdade de conformação legislativa.

Nesses diversos níveis, uma estratégia argumentativa frequentemente empregada com vistas à usurpação de funções legislativa e administrativa consiste na imputação de uma omissão inconstitucional aos poderes políticos. Argumenta-se, por exemplo, que o

---

1 COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Dez senões do processo estrutural*. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-181-dez-senoes-do-processo-estrutural>, acessado em 12 de julho de 2021. O referido artigo científico foi publicado também na Revista Brasileira de Direito Processual (RBDPro), Belo Horizonte, ano 29, n. 115, jul./set. 2021.

2 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cível Originária n. 3.451. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília-DF, 13 de abril de 2021. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ACO3451Sputnik.pdf>. Acessado em 12 de julho de 2021.

3 MATOS, Deborah Dettmam. *Concentração, divisão e controle do Poder Legislativo: a separação de poderes no constitucionalismo equilibrado e no constitucionalismo popular*. 2017. 294 p. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/49483>. Acessado em 23 de novembro de 2020.

Poder Legislativo contraria a Constituição ao deixar de editar uma lei com um certo conteúdo, que se supõe exigido pela Constituição da República. Ou, ainda, alega-se que o Poder Executivo se abstém da concepção, planejamento e execução de uma política pública com as características adequadas à realização de alguma “promessa constitucional”.

Em todas essas modalidades, o ativismo judicial maximiza os problemas de legitimidade democrática suscitados pela inevitável judicialização da política, entendida como a expansão da interferência do Poder Judiciário sobre o debate político<sup>1</sup>. Desse modo, mesmo em sua modalidade aparentemente mais concreta (relacionada com a redução do espaço de discricionariedade do administrador público), a postura ativista do Poder Judiciário termina por produzir atritos entre os órgãos de cúpula das “instituições”, com impactos inegáveis sobre o que se vem denominando de “megapolítica” ou “macropolítica”.<sup>2</sup>

#### 4 A inadequação do modelo descritivo de Hirschl ao caso brasileiro

O modelo descritivo de Hirschl não se presta a explicar o caso brasileiro, em que a juristocracia se firmou não apenas como consequência de uma voluntária delegação de poderes pelos membros do Legislativo e do Executivo, no que seria uma estratégia para a promoção de uma agenda “neoliberal”.

Ao contrário, no Brasil, como se extrai dos episódios citados ilustrativamente, o Poder Judiciário, principalmente o Supremo Tribunal Federal, paulatinamente, expandiu sua atuação para muito além das competências previstas na Constituição da República, afirmando, em favor de sua própria esfera de atuação funcional, a ampla possibilidade de controle dos atos praticados por qualquer órgão ou entidade públicos, ou de qualquer particular, nas mais diversas matérias.

A propósito, Fábio Cardoso Machado adverte ser “preciso reconhecer que o Supremo Tribunal Federal não demonstra nenhuma deferência pelo Legislativo ou pelo Executivo e desconhece o exercício da autocontenção”. Segundo esse autor, o Supremo Tribunal Federal “substitui-se, sem nenhum pudor, aos demais poderes, pelo simples fato de preferir as próprias escolhas”.<sup>3</sup>

No Brasil, a postura do legislativo e do executivo nem sempre foi ou é de auto-amputação, por razões estratégicas. Embora as situações descritas por Hirschl possam ser

---

1 MATOS, Nelson Juliano Cardoso. *O Dilema da Liberdade: alternativas republicanas à crise paradigmática no direito (o caso da judicialização da política no Brasil)*. 2007. 476 p. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2007. Disponível em <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/4146>. Acessado em 23 de novembro de 2020.

2 Também a esse respeito, conf. LORENZETTO, Bruno Meneses; CLÈVE, Clèmerson Merlin. O Supremo Tribunal Federal e a autoridade constitucional compartilhada. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, vol. 13, n. 3, p. 142-162, Set.-Dez., 2017, p. 147. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6233925>. Acessado em 23 de novembro de 2020.

3 MACHADO, Fábio Cardoso. *O “neoconstitucionalismo” e a erosão da juridicidade: notas acerca do problema pré-metodológico da indistinção entre princípios jurídicos e objetivos políticos*, p. 2. Comunicação apresentada em 30/06/2021, no evento “O Direito e o Tempo - VII Encontro de Investigadores Doutorandos”, promovido pelo Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pp. 25. Texto inédito, generosamente enviado pelo autor.

verificadas também na conjuntura brasileira desde as origens da Constituição de 1988, não há como negar que os avanços constantes e persistentes do Poder Judiciário, notadamente do Supremo Tribunal Federal, sobre o conjunto de competências do Legislativo e do Executivo vieram a estabelecer uma situação de permanente instabilidade institucional.

Tanto assim que já se verificaram alguns episódios de reação legislativa do Congresso Nacional contra decisões mediante as quais o Supremo Tribunal Federal havia declarado a inconstitucionalidade de atos normativos pelo Parlamento brasileiro, quer no exercício do Poder Constituinte derivado, quer na edição de instrumentos normativos infraconstitucionais, no desempenho das competências legislativas. Nessas ocasiões, o Supremo Tribunal Federal, adotando a teoria dos diálogos institucionais, afirmou que as reações legislativas são, a princípio, inválidas, sendo necessário que o Congresso Nacional, ao editar leis contrárias à jurisprudência do STF, se desincumba do ônus argumentativo indispensável à superação do entendimento da Corte Suprema, contrário ao ato normativo em questão.<sup>1</sup>

A partir dessa compreensão, é evidente que existem embates reais dos poderes Executivo e Legislativo contra o Poder Judiciário, em reação ao comportamento ativista, principalmente do Supremo Tribunal Federal, com vistas à usurpação de atribuições constitucionais dos poderes eleitos. Além disso, em tais embates, o Supremo Tribunal Federal arroga a condição de árbitro do conflito em que ele mesmo é parte, lançando, ademais, sobre os outros poderes o ônus argumentativo, estabelecido pela Corte Suprema em seu próprio favor.

Atento aos problemas suscitados pela adoção de uma postura maximalista pelas Cortes Supremas, Luiz Guilherme Marinoni assevera serem essencialmente provisórias as decisões desses tribunais, especialmente se proferidas no exame de questões que envolvam desacordos morais razoáveis. Segundo o referido autor, tais decisões são, sempre, suscetíveis de negação pelo Parlamento.<sup>2</sup>

Adicionalmente, a proposta descritiva de Hirschl se afigura enviesada quanto às conclusões relacionadas às consequências da juristocracia. No caso brasileiro, o Poder Judiciário, na fundamentação das decisões que suscitam debates a respeito da separação de poderes, jamais escondeu que a prática do ativismo judicial é realizada para a promoção de um modelo de Estado social, como única opção possível, com base no “senso comum teórico” de que a Constituição Federal instituiu direitos sociais que precisam ser

---

1 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.105, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 01/10/2015, Dje-049, divulgado em 15-03-2016, publicado em 16-03-2016).

<sup>2</sup> “Em princípio, uma Corte que produz apenas decisões maximalistas não quer compartilhar a interpretação constitucional. Porém, quando é prematuro decidir ou decidir de modo aprofundado, e se chega numa decisão que deixou de bem considerar os fatos e as reais intenções das pessoas, é certo que a população e o Parlamento podem discuti-la, apresentando razões capazes de justificar o desacerto da interpretação judicial. Enfim, a circunstância de a Corte não ter qualquer intenção em ouvir a população e dialogar com o Parlamento não é, nem poderia ser, obstáculo para a população e o Parlamento deliberarem e justificarem a possibilidade de a questão solucionada pela Corte ser compreendida de outra forma. Isso significa, portanto, que a interpretação da Corte, especialmente quando soluciona desacordos morais razoáveis, é essencialmente provisória, ou seja, é sempre sujeita à negação do Parlamento.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo Constitucional e Democracia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, versão eletrônica Thomson Reuters Proview, <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/275808369/v1/page/RB-7.3>, itálicos como no original).

concretizados ao máximo, independentemente de qualquer deliberação política pelos Poderes Legislativo e Executivo.

## 5 Conclusão

Apesar do inegável valor científico da obra de Ran Hirschl para a compreensão das causas políticas que conduziram à juristocracia nas quatro experiências constitucionais por ele estudadas, o modelo descritivo proposto por esse autor não dá conta do caso brasileiro, no qual se verifica que a supremacia do Judiciário se estabeleceu a partir de uma postura ativista, assumida e encorajada pelo órgão judiciário de cúpula, apesar de algumas reações por parte dos demais poderes.

## Referências

- ABBOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, versão eletrônica Thomson Reuters *Proview*.
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Kátya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. *Revista Direito GV*, v. 15, p. 59-86, Jan.-Jun., 2012, p. 61. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/23970/22728>.
- BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 12, n. 96, Fev.-Mai., 2010, p. 5 a 43.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cível Originária n. 3.451. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília-DF, 13 de abril de 2021. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ACO3451Sputnik.pdf>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.105, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 01/10/2015, Dje-049, divulgado em 15-03-2016, publicado em 16-03-2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 37.097/DF. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília-DF, 29 de abril de 2020, DJe-107, divulgado em 30/4/2020, publicado em 4/5/2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342983750&ext=.pdf>.
- COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Dez senões do processo estrutural*. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-181-dez-senoes-do-processo-estrutural>.
- GALDINO, Matheus Souza. *Elementos para uma compreensão tipológica dos processos estruturais*. 2019. 166p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019, p. 59. Disponível em:

<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/30432/1/MATHEUS%20SOUZA%20GALDINO.pdf>.

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

LORENZETTO, Bruno Meneses; CLÈVE, Clèmerson Merlin. O Supremo Tribunal Federal e a autoridade constitucional compartilhada. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, vol. 13, n. 3, p. 142-162, Set.-Dez., 2017, p. 147. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6233925>.

MACHADO, Fábio Cardoso. *A autonomia do direito e os limites da jurisdição*. Londrina-PR: Thoth, 2020.

MACHADO, Fábio Cardoso. *O “neoconstitucionalismo” e a erosão da juridicidade*: notas acerca do problema pré-metodológico da indistinção entre princípios jurídicos e objetivos políticos, p. 2. Comunicação apresentada em 30/06/2021, no evento “O Direito e o Tempo - VII Encontro de Investigadores Doutorandos”, promovido pelo Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pp. 25. Texto inédito, generosamente enviado pelo autor.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo Constitucional e Democracia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, versão eletrônica Thomson Reuters *Proview*.

MATOS, Deborah Dettmam. *Concentração, divisão e controle do Poder Legislativo: a separação de poderes no constitucionalismo equilibrado e no constitucionalismo popular*. 2017. 294 p. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/49483>.

MATOS, Nelson Juliano Cardoso. *O Dilema da Liberdade: alternativas republicanas à crise paradigmática no direito (o caso da judicialização da política no Brasil)*. 2007. 476 p. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2007. Disponível em <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/4146>.

MATOS, Nelson Juliano Cardoso. *Judicialização da política e a alternativa republicana: no contexto do dilema da liberdade*. 2020, 218 p., no prelo.