

Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro

Auditorium

Perspectiva Jurídica

v.27, n 58

jul./out. 2023

e-ISSN 2177-8337



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro

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



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro



EQUIPE EDITORIAL

Editores-Chefes:

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

Juiz Federal Osair Victor de Oliveira Junior

Editora-Executiva:

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

Editora-Gerente:

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

Conselho Editorial:

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

Prof. Andre Fontes, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, UNIRIO, Brasil / TRF2;

Profa. Dra. Maria Geralda de Miranda, Centro Universitário Augusto Motta, UNISUAM;

Profa. Dra. Carmen Silvia Lima de Arruda, Universidade Federal Fluminense, UFF, Brasil;

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

Prof. Dr. Adriano Rosa da Silva, Universidade Santa Úrsula, USU, Brasil;

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

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

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

Prof. Dr. Antonio Celso Baeta Minhoto, Universidade de Marília, UNIMAR, Brasil;

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

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

Carolina Paes de Castro Mendes, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil;

Prof. Dr. Cláudio Lopes Maia, Universidade Federal de Goiás, UFG, Brasil;

Prof. Dr. Clayton Reis, Centro Universitário Curitiba, UNICURITIBA, Brasil;

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

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

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

Revisores Ad Hoc:

Adriana Pereira Campos, Universidade Federal do Espírito Santo, UFES, Brasil;
Cássio Benvenuto de Castro, Tribunal de Justiça, TJRS, Brasil;
Danila Gentil Rodriguez Cal Lage, Universidade Federal do Pará, UFPA, Brasil;
Edison Hüttner, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUCRS, Brasil;
Graziela Raupp Pereira, Universidade do Estado de Santa Catarina, UDESC, Brasil;
José Osório do Nascimento Neto, Faculdade Estácio de Curitiba, ESTÁCIO, Brasil;
Letícia Lourenço Sangaletto Terron, Centro Universitário de Santa Fé do Sul, UNIFUNEC, Brasil;
Mauro Nilson Figueiredo dos Santos, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, TRF2, Brasil;
Rodrigo da Guia Silva, Escola Superior de Advocacia da OAB/RJ, ESA OAB/RJ, Brasil;
Vivian Maria Caxambu Graminho, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, UFRGS, Brasil.

Corpo Técnico Editorial:

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

Webdesign e Diagramação: Coordenadoria de Produção Gráfica e Visual | COPGRA/ARIC/TRF2 e Seção de Publicações e Comunicação Visual | SECOMV/EMARF/TRF2

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

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

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

CONTATO

Equipe Revista da SJRJ

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

Telefone: (21) 3261-6405

revistaauditorium@sjrj.jus.br

Contato para Suporte Técnico:

Revista da SJRJ Apoio

Telefone: (21) 3261-6405

apoio.auditorium@sjrj.jus.br

DADOS PARA CATALOGAÇÃO

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

Anual: 1994-2004

Quadrimestral: 2005-2014 e 2018-

Publicação impressa e eletrônica.

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

Suspensa: 2015-2017

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

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

Catálogo na fonte: Seção de Biblioteca.

ISSN: 1678-3085

e-ISSN: 2177-8337

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

CDD 340
CDU 34

SUMÁRIO

- 7** **Apresentação**
Os Editores

|ARTIGOS: TEMÁTICAS LIVRES

- 9** **Análise das estratégias da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região**
Erica de Sousa Costa, Maria da Conceição Pereira de Sousa
- 39** **O princípio da integridade no sistema tributário nacional**
Virgílio Alves Musse, Fernando Motta Martins
- 68** **O reconhecimento da família homoafetiva: análise da decisão da ADI 4277 e da ADPF 132 a partir da concepção de paradigma emergente**
João Paulo Andrade de Souza
- 92** **O Brasil e a Convenção da Haia sobre obtenção de provas no estrangeiro em matéria civil ou comercial: proposta de revisão da reserva do artigo 23**
Pedro Henrique Garcia Demori
- 118** **O Contraditório e a Ampla Defesa no inquérito policial na perspectiva da investigação criminal defensiva**
Alexandre Cesar dos Santos

APRESENTAÇÃO

A Seção Judiciária do Rio de Janeiro, SJRJ, em parceria com a Presidência do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, TRF2, apresenta a 58ª Edição da Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro-Auditorium, intitulada "*Perspectiva Jurídica*". Divulgamos ao público artigos que abordam temáticas variadas dentro do campo do Direito. Nesta edição também apresentamos uma nova proposta gráfica para a capa.

O artigo **Análise das estratégias da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região** tem como objetivo analisar o PPP da EMARF-2ª Região no que concerne às estratégias acadêmicas do plano de metas e ações para o fomento do processo ensino-aprendizagem dos cursistas.

O **princípio da integridade no sistema tributário nacional** propõe uma correlação entre a teoria da integridade proposta pelo filósofo e jurista estadunidense Ronald Dworkin (1931-2013) e o sistema tributário nacional estabelecido com a Constituição da República de 1988.

O artigo **O reconhecimento jurídico da família homoafetiva: análise da decisão da ADI 4277 e da ADPF 132 a partir da concepção de paradigma emergente** busca compreender em que medida podemos considerar que o reconhecimento jurídico da união estável e casamento homoafetivo constitui-se enquanto paradigma emergente.

No artigo **O Brasil e a Convenção da Haia sobre obtenção de provas no estrangeiro em matéria civil ou comercial: proposta de revisão da reserva do artigo 23** o autor aborda a adesão do Brasil à Convenção da Haia sobre a Obtenção de Provas no Estrangeiro em Matéria Civil ou Comercial e aponta a necessidade de examinar o instituto do discovery, a fim de avaliar a compatibilidade do ordenamento jurídico brasileiro com o procedimento.

O **Contraditório e a Ampla Defesa no inquérito policial na perspectiva da investigação criminal defensiva** tem como objetivo discutir se é possível o contraditório e a ampla defesa na fase preliminar da persecução penal, com a finalidade de garantir a paridade de armas, pelo viés da investigação criminal defensiva.

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

Os Editores

ANÁLISE DAS ESTRATÉGIAS DO PROJETO POLÍTICO PEDAGÓGICO DA ESCOLA DA MAGISTRATURA REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

ANALYSIS OF THE STRATEGIES OF THE PEDAGOGICAL POLITICAL PROJECT OF THE FEDERAL REGIONAL MAGISTRACY SCHOOL OF THE 2ND REGION

Erica de Sousa Costa¹
Maria da Conceição Pereira de Sousa²

Resumo: Esta pesquisa tem como objetivo analisar o Projeto Político Pedagógico (PPP) da Escola da Magistratura Regional Federal (EMARF) da 2ª Região, quanto às estratégias acadêmicas para o fomento ao processo ensino-aprendizagem dos cursistas. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica-documental, com intentos exploratórios e abordagem qualitativa. Verificou-se que premissas de qualidade, eficácia e eficiência do PPP são vetores estratégicos que potencializam a educação dos cursistas, sendo relevantes para o aprimoramento acadêmico-profissional dos partícipes das atividades propostas pela Escola. A partir dos resultados, infere-se que tais estratégias trabalham a capacitação para influir na entrega eficiente dos serviços públicos aos jurisdicionados.

Palavras-chave: Eficiência. Educação continuada. Projeto Político Pedagógico. Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região.

Abstract: This research aims to analyze the Pedagogical Political Project (PPP) of the Federal Regional Magistracy School (EMARF) of the 2nd Region, regarding the academic strategies for promoting the teaching-learning process of the course participants. This is a bibliographical and documental research, with exploratory intent and a qualitative approach. It was found that the PPP premises of quality, effectiveness and efficiency are strategic vectors that enhance the education of course participants, being relevant for the academic-professional improvement of the participants in the activities proposed by the School. From the results, it is inferred that such strategies work on training to influence the efficient delivery of public services to to the people under the 2nd Region jurisdiction.

Keywords: Efficiency. Continuing education. Pedagogical Political Project. Federal Regional Magistracy School of the 2nd Region.

¹ Pós-graduada em Gestão Pública pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Pós-graduada em Advocacia Trabalhista pela Universidade Anhanguera. Licencianda em Letras com habilitação em Língua Portuguesa pela Universidade Católica de Brasília (UCB). Licenciada em Pedagogia pela Universidade Estadual do Maranhão (UEMA). Associada ao Centro de Estudos Avançados de Processo (CEAPRO). Advogada e Pedagoga.

² Graduada em Biblioteconomia (UFMA). Especialista em Gestão de Arquivo (UFMA). Especialista em Gestão Pública (UFMA). Mestra em Administração (UFMA). Bibliotecária-Documentalista da UFMA.

*ANÁLISE DAS ESTRATÉGIAS DO PROJETO
POLÍTICO PEDAGÓGICO DA ESCOLA DA
MAGISTRATURA REGIONAL FEDERAL DA 2ª
REGIÃO*

*Erica de Sousa Costa
Maria da Conceição Pereira de Sousa*

Recebido em: 26/03/2023
Aceito para publicação em: 26/07/2023

1 INTRODUÇÃO

Na contemporaneidade, quando o assunto envolve a prestação jurisdicional no Judiciário brasileiro, observa-se a importância de se atentar para os métodos de ensino como uma premissa para inculcar a cultura da justiça efetiva, que focaliza no cumprimento da missão, visão e valores institucionais.

Por conta disso, busca-se compreender melhor os cenários educacionais que desenvolvem as atividades do eixo acadêmico no contexto jurídico, com vistas ao aprimoramento estudantil e profissional do corpo funcional de instituições do sistema de justiça.

Dessa forma, ao fazer o balizamento do estudo, localizou-se, na base de dados de acesso público do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (TRF2), o Projeto Político Pedagógico (PPP) da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região (EMARF), publicado mediante a Portaria Nº TRF2-PTE-2016/00005. Esse documento é de interesse para o delineamento de estudos investigativos, eis que une os aspectos fundamentais concernentes à Escola.

Nesse caminho, empreende-se a presente investigação, a partir da seguinte problemática: Quais as estratégias de perspectiva acadêmica evidenciadas no plano de metas e ações do PPP da EMARF 2ª Região para o incentivo ao processo ensino-aprendizagem dos cursistas?

Para elucidar a questão norteadora, tem-se como objetivo geral: analisar o PPP da EMARF 2ª Região, no que concerne às estratégias acadêmicas do plano de metas e ações para o fomento do processo ensino-aprendizagem dos cursistas. E, de modo a consubstanciar tal objetivo, elencou-se, também, os objetivos específicos: (i) explorar o plano de metas e ações do PPP apontado; (ii) identificar os componentes estratégicos definidos em tal plano de metas e ações; e (iii) evidenciar as estratégias educativas condensadas no instrumento quanto à qualidade, eficácia e, sobretudo, eficiência acadêmica.

Nesse desdobrar de ideias, a pesquisa se mostra relevante por proporcionar o desencadeamento das estratégias contidas no PPP, a revelar contribuição

analítica. Além disso, o artigo traduz relevância social, uma vez que a apreciação das estratégias aglutinadas no instrumento revela o fomento ao preparo dos cursistas, refletindo no alcance social por meio da prestação jurisdicional apropriada aos jurisdicionados/usuários do serviço público (usuário-cidadão).

Também assim, a pesquisa tem pertinência temporal, já que busca evidenciar, dentre as estratégias do PPP, o princípio da eficiência, mais novo princípio da Administração Pública, inserido no artigo 37 da Carta Magna. Nesse sentido, a presente análise salienta a educação como vetor significativo por impactar na melhor oferta dos serviços aos usuários-cidadãos, privilegiando o princípio da eficiência.

A pesquisa em tela é, no que tange ao procedimento, bibliográfica-documental, interligada a estudos exploratórios, com abordagem de pesquisa do tipo qualitativa. Encontra-se estruturada como expressado na sequência descrita. Inicialmente, explanam-se os pontos-cerne da análise, para, em ato contínuo, desvelar as percepções teóricas que alicerçam a linha investigativa da pesquisa.

Em seguida, demarcam-se os procedimentos metodológicos, os quais orientaram a construção do trabalho. Posteriormente, desvencilham-se os resultados aferidos no exame, à luz da discussão teórica do tema e, por fim, evidenciam-se as conclusões apuradas na investigação, sequenciada pela bibliografia utilizada.

2 PREMISSAS SOBRE O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

A discussão sobre o princípio da eficiência ganha repercussão global na atual conjuntura, por constituir fundamento jurídico que se aproxima de um dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) no Brasil, da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas (ONU), a saber, ODS 16: Paz, Justiça e Instituições Eficazes (ONU, 2021).

Salienta-se que o olhar constitucional sobre os princípios da Administração

Pública foi dinamizado com a inclusão do princípio da eficiência (BRASIL, 1988). Nesse diapasão, Bulos (2015), Mello (2010) e Di Pietro (2019) explanam que a relação de princípios que devem guiar a Administração Pública foi elastecida com a introdução do princípio da eficiência no artigo 37 da Carta Magna.

Centrando-se no eixo investigativo do estudo, Mendes, Coelho e Branco (2009) informam os princípios da Administração Pública concentrados no artigo 37 da Lei Maior, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

No ponto, é cabível elucidar que a singela reforma administrativa, evidenciada por meio da Emenda Constitucional (EC) nº 19/1998, legitimou o ingresso da eficiência sob o aspecto de princípio constitucional (BRASILL, 1988), eis que:

[...] a EC nº 19/1998 criou o arcabouço constitucional da Reforma Administrativa, acrescentando ao *caput* do art. 37 o famoso princípio da eficiência. O Plano Diretor transformou-se num grande referencial simbólico no processo de mudanças para uma gestão pública mais comprometida com resultados. Suas ideias foram aos poucos sendo incorporadas por gestores públicos e *policy makers* de matizes políticos diversos nos planos federal, estadual e municipal. (PESSOA, 2020, p. 54).

Logo, coaduna-se que a mudança de paradigmas na seara pública foi estimulada pela inovação constitucional, a justificar a modelagem do sistema da justiça federal aos ditames de cunho gerencial à luz do disposto no artigo 37 da Constituição de 1988.

Note-se que a inclusão da eficiência de forma direta, como princípio do artigo 37, se direciona para o Poder Público como um todo e isso decorre do implemento do segmento de administração pública gerencial. Almejava-se que tal estilo de gestão ocupasse o lugar, ainda que em parte, do tipo de gestão burocrática (PAULO; ALEXANDRINO, 2017, p. 361).

Nesse raciocínio, é pertinente pontuar:

[...] a União, os Estados e o Distrito Federal manterão escolas de governo para a formação e o aperfeiçoamento dos servidores públicos,

constituindo-se a participação nos cursos um dos requisitos para a promoção na carreira, facultada, para isso, a celebração de convênios ou contratos entre os entes federados. (BRASIL, 1998, n. p.)

A partir do trecho exposto, averigua-se como a gestão impulsionou o componente educativo. Além do mais, nota-se que a reforma administrativa em pauta trouxe “[...] a obrigatória avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade [...] o servidor, agora, aprovado em concurso público, não mais torna-se estável por inércia. Depende da avaliação obrigatória do seu desempenho.” (DIREITO, 1999, p. 44). Logo, fica translúcido o porquê dessa nova dinâmica no sistema da Justiça Federal.

Ademais, chama-se atenção para o seguinte fato configurado a partir da reforma administrativa, o qual proporcionou a modificação da gestão burocrática para outro perfil, a de cunho gerencial:

[...] a autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade [...]. (BRASIL, 1998, n. p.)

A partir desses apontamentos, e sob uma percepção histórica, torna-se compreensível a razão das mudanças surgidas na condução de atos no âmbito da administração pública.

De tal maneira, cumpre trazer o teor do Planejamento Estratégico da Justiça Federal, ciclo 2015/2020, que evidencia a organização da referida instituição do sistema de justiça (FIGURA 1).

Figura 1 - Mapa do Planejamento Estratégico da Justiça Federal - 2015/2020



Fonte: Brasil (2014a)

Apura-se, dessa forma, a significância que a Justiça Federal, no horizonte da sua prestação jurisdicional para a sociedade, concede para estes elementos: acessibilidade, rapidez e efetividade. Isso porque os conceitos enfatizados consubstanciam a missão institucional. Nesse raciocínio, ao observar a Figura 1, na dimensão dos processos internos, destaca-se a celeridade e produtividade na prestação jurisdicional como pontos-ferme que, de igual modo, têm conexão com o enfoque da pesquisa.

Além disso, é importante observar que a eficiência tem o aspecto de valor

institucional no Poder Judiciário nos termos da Resolução nº 325/2020, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que trata da Estratégia Nacional do Poder Judiciário, período 2021/2026 (CNJ, 2020). Acerca dessa matéria, verificar a Figura 2.

Figura 2 - Mapa do Planejamento Estratégico do Poder Judiciário - 2021/2026



Fonte: Adaptado do CNJ (2020)

A partir da visualização da Figura 2, pontua-se que a eficiência é uma prioridade no palco da gestão em longo prazo no Judiciário brasileiro. Bulos (2015) postula que a concretização da eficiência envolve o interesse público. Além disso, Moraes (2017) leciona que a eficiência e o alcance social são termos que se intercambiam.

Nessa linha, Bulos (2015) ensina ainda que o princípio da eficiência acentua a concepção de cidadania. Aliás, Santos, Friede e Miranda (2020) estão de acordo quanto a esse ponto, ao advertirem que:

Frente à realidade, o princípio da eficiência auxilia o administrador público, de modo que suas decisões sejam tomadas embasadas de forma efetiva e tragam medidas modernas à população quanto à melhoria da qualidade nas prestações de serviços, com observância, obviamente, à realidade financeira. (SANTOS; FRIEDE; MIRANDA, 2020, p. 66).

Inclusive, ressalta-se o artigo *A administração da Justiça Federal nos Estados*

Unidos da América, divulgado na Revista do Centro de Estudos Judiciários (CEJ), do Conselho da Justiça Federal (CJF), quando Messite (2004, p. 7) enfatiza: “[...] o juiz diretor do foro de cada corte assume o papel de liderança no monitoramento das atividades do órgão, promovendo sua eficiência e assegurando bons serviços ao público [...]”. Evidencia-se, pois, a coerência de estudos relacionados à gestão no diálogo que permeia acerca da eficiência.

Em complemento, Castro e Castro (2014) consideram relevante a padronização do vetor gerencial das organizações públicas. Na mediação desses ensinamentos, as autoras explicam que essa modelagem é útil para guiar os administradores públicos, tendo como alicerce a excelência, catalisada pela inovação, inteligência pública e sustentabilidade (CASTRO; CASTRO, 2014).

Na visão de Bergue (2014), a prática do princípio da eficiência instiga a efetivação de tecnologias de gestão específica, como, por exemplo, a gestão pela qualidade. Esse teórico entende que o princípio em pauta impulsiona também o emprego de tecnologias gerenciais, as quais valorizam: produtividade, economicidade, racionalização e desempenho.

Por sua vez, Pereira (2012) correlaciona a gestão pública à dedicação como um todo da entidade para usar e potencializar os instrumentos, confrontando tal força lançada com os resultados conseguidos. Nesse viés, o autor acredita que uma instituição eficiente aprimora a conexão entre custo e produto (PEREIRA, 2012).

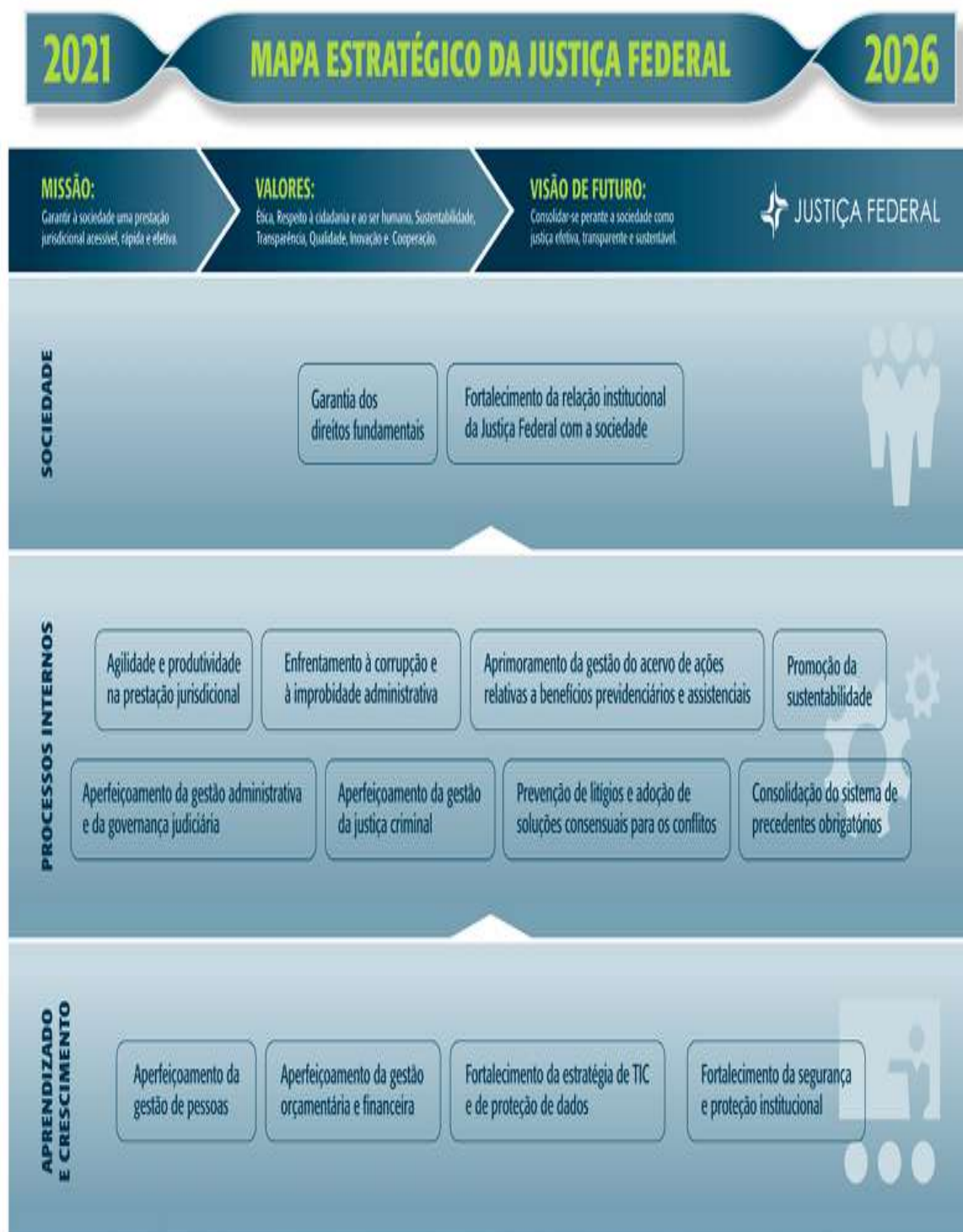
De mais a mais, em arremate, Bulos (2015) explicita que o interesse público consiste em um requisito para a consubstanciação da eficiência. Por conseguinte, no julgamento de Lourenço (2016), o foco do princípio discorrido se volta para a concepção da qualidade, legalidade e do aspecto moral.

Ademais, a ênfase para as questões ligadas à administração do Poder Judiciário do Brasil é evidenciada com a criação do Planejamento Estratégico articulado na Resolução nº 325/2020 do CNJ (CNJ, 2020).

Em sintonia com isso, desvela-se a organização do Planejamento Estratégico da Justiça Federal, de acordo com as diretrizes consolidadas na matriz nacional elaboradas pelo CNJ, com implemento da Resolução nº 668/2020 (CJF, 2020), como

ilustrado na Figura 3.

Figura 3 - Mapa do Planejamento Estratégico - Justiça Federal



Fonte: CJF (2020)

A partir da Figura 3, verifica-se a relevância concedida para o segmento aprendizado e crescimento no tocante ao Planejamento Estratégico da Justiça Federal, ciclo 2021/2026.

3 EDUCAÇÃO CONTINUADA

Cabível realçar que a temática acerca das instituições eficazes relaciona-se com a área da educação. Esse fato, na atualidade, gera amplo impacto perante a necessidade de alcance do ODS 16, configurando-se, portanto, numa chamada para a questão sustentável.

Nessa lógica, fica evidente a pertinência temporal dos estudos desdobrados nesse escrito, haja vista que elucida a educação continuada como vetor para impulsionar a capacitação dos magistrados, a resultar na consolidação de instituições eficazes, sob a luz do ODS 16.

Assim sendo, compreende-se o desenvolvimento da aprendizagem como premissa para trabalhar proposições educacionais efetivas, a estimular o processo ensino-aprendizagem de discentes.

Ainda nessa linha de raciocínio, ao refletir sobre o aprimoramento cognitivo, Lakomy (2014) informa a visão vygotskyana³, pois pontua que as contribuições de cunho cultural são elencadas entre os critérios que incentivam a incorporação de conceitos pela pessoa. Além do mais, explana que os vetores sociais e históricos, de igual modo, intensificam a aquisição de conhecimentos. Desse modo, depreende-se que a agregação de saberes pelo homem é otimizada quando se aglutinam componentes culturais, sociais e históricos.

Logo, para cimentar o aperfeiçoamento cognitivo de informações na esquematização intelectual da pessoa, é relevante inserir institutos culturais. Pondera-se que, ao interligar estudos com diferentes culturas, ativam-se percepções mentais do aluno, a aprimorar a composição de pensamentos. Soma-se a isso o

³ A teoria sociointeracionista, de Vygotsky, surge da curiosidade em compreender o impacto da linguagem e da comunicação na desenvoltura intelectual da pessoa.

entendimento de que ao dialogar a abordagem de conceitos dinamizada com aspectos culturais, sistemas sociais e históricos são levantados no percurso de aglutinamento do conteúdo estudado, a consubstanciar saberes requintados. Bem assim, averigua-se que o horizonte cultural faz parte do discurso que versa sobre educação.

Com o intento de correlacionar a cultura como critério expressivo no viés do desenvolvimento da aprendizagem, à luz da composição teórica de Vygotsky, reputa-se coerente trazer à investigação apontamentos das diretrizes pedagógicas dispostas na Resolução nº 7/2017, da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), a qual dispõe sobre as diretrizes pedagógicas para formação e aperfeiçoamento de magistrados. A esse respeito, é válido notar que a ENFAM é tida como órgão de conformidade, pois apresenta diretrizes pedagógicas que devem ser obedecidas pelas Escolas de Magistratura com vistas à consecução de credenciamento das respectivas ações educacionais.

Acerca desse tema, em pesquisa feita na Revista da Escola da Magistratura (EMAGIS) do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4), delinea-se:

Por diretrizes pedagógicas, entendem-se as orientações voltadas a auxiliar as escolas judiciais no planejamento curricular, na forma como essas instituições devem trabalhar, na didática a ser utilizada, no acompanhamento e na avaliação das ações educacionais, bem como no cumprimento de metas de capacitação de magistrados. Envolve a natureza da formação, o processo de produção do conhecimento, os princípios e os processos pedagógicos, o desenvolvimento de competências e o sistema de avaliação. (LAZZARI; JACOBSEN, 2021, p. 80)

Averigua-se a significância do entendimento sobre vetores conducentes à aprendizagem quando o assunto é capacitação. Por isso, no que tange aos princípios pedagógicos, destrincha-se:

[...] para mostrar sua verdade, o conhecimento tem que adquirir corpo na própria realidade, sob a forma de atividade prática, e transformá-la. Essa diretriz aponta a necessidade de superar o trabalho educativo enquanto contemplação, absorção passiva de sistemas explicativos complexos desvinculados do movimento da realidade histórico-social; o formador organizará situações significativas de aprendizagem em que teoria e prática

estejam articuladas, quer pelo tratamento de **situações concretas** mediante **exemplos**, casos, problemas, simulações, laboratórios, jogos; quer pela inserção do aprendiz na prática laboral, através de visitas, estágios ou práticas vivenciais. (ENFAM, 2017a, p. 17, grifo nosso).

Desvenda-se que o aprendiz deve assumir o papel de protagonista no processo ensino-aprendizagem, ao passo em que o professor ocupa a função de mediador nessa interação. De tal maneira, resgatando-se a teoria vygotskyana, defende-se que o elemento cultura catalisa o desenvolvimento da aprendizagem. Aliás, evidencia-se que a teoria de Vygotsky é considerada no teor da Resolução nº 7/2017 da ENFAM, *in verbis*:

Os processos especificamente pedagógicos são os intencional e sistematicamente desenvolvidos com o objetivo de possibilitar o acesso a conhecimentos, técnicas ou **dimensões culturais**, produzidos pela sociedade em seu processo de desenvolvimento histórico. Esses processos têm por finalidade possibilitar a transição do senso comum e dos saberes tácitos originados das experiências empíricas, para o conhecimento científico, de natureza sócio-histórica, **cultural** e tecnológica, o que supõe o domínio do método científico.

Para Vygotsky, essa transição não se dá espontaneamente, conferindo à intervenção pedagógica decisivo papel, ou seja, se o homem é capaz de formular seus conceitos cotidianos espontaneamente, isso não se dá no caso do desenvolvimento de conceitos científicos, que demandam ações especificamente planejadas, e competentes, para esse fim. (ENFAM, 2017a, p. 25, grifo nosso).

Isso posto, é possível entender como a teoria sociointeracionista assinalada por Vygotsky levanta a cultura como componente importante para o desenvolvimento da aprendizagem, e ressaltar a pertinência do fator cultural para configurar a educação continuada.

4 METODOLOGIA

A pesquisa investiga as estratégias definidas no horizonte acadêmico do plano de metas e ações do PPP da EMARF 2ª Região, para trabalhar o aspecto da educação de seus cursistas. Sob esse ângulo, focaliza-se na exploração documental do PPP, eis que o mesmo concentra as informações principais da Escola. Nesse desencadear de ideias, tem como pauta a investigação desse instrumento de teor

administrativo, permeado de aspectos educacionais, políticos, financeiros etc.

Dessa forma, enfoca a apreciação de estratégias ligadas aos determinantes acadêmicos identificados no plano de metas e ações do PPP da Escola, relacionando tais estratégias ao preparo estudantil e profissional dos partícipes das atividades propostas. Sendo assim, cogita-se que a criação do PPP da EMARF 2ª Região imprime a preocupação da mesma quanto ao aprimoramento da educação do seu público-alvo, e ressalta-se que a capacitação educacional tende em reverberar no aperfeiçoamento de serviços públicos destinados ao usuário-cidadão, a conceber a eficiência.

Aliás, “[...] não se pode perder de vista que cada resultado de pesquisa representa um tijolo a mais assentado nesta mega construção contínua e infinita do conhecimento, vez que a busca pelo saber é parte essencial da natureza humana.” (GUIMARÃES; RAMOS; MUNIZ NETO, 2022, p. 542). Dessa feita, os achados ampliam a aquisição de informações no caminho ininterrupto e interminável da aprendizagem, eis que a aspiração pela compreensão de conceitos é intrínseca à formação do homem.

Como procedimentos da pesquisa, o estudo possui caráter documental e natureza bibliográfica, aliado ao método de finalidade exploratória e de abordagem qualitativa. Nesse contexto, sobre a categorização da pesquisa, Gil (2009) e Reis (2018) acreditam que o cunho documental relaciona-se à utilização de objetos inexplorados na dimensão científica.

Em complemento, Mazucato (2018) leciona que a pesquisa sob o prisma documental tem como principal aspecto o uso de recursos do segmento histórico, institucional, associativo, público, privado, oficial, extraoficial. Assim, partindo-se de tais concepções, confirma-se que a presente pesquisa é classificada como documental, pois esmiuça o PPP da EMARF 2ª Região.

Em tal interface, Gil (2009) elucida que as pesquisas de viés bibliográfico concernem à utilização de investigações elaboradas por um grupo de estudiosos acerca de um dado conteúdo, além disso, o autor ressalta que as contribuições com desenvoltura intelectual de escritores sobre certa matéria, em verdade, constitui a

ferramenta de que se serve a pesquisa bibliográfica.

Consubstanciando esse embasamento, Fachin (2006) explica que, em regra, a pesquisa de teor bibliográfico condensa um apanhado de conhecimentos reunidos em diferentes obras. Ratifica-se, portanto, que a presente pesquisa é considerada bibliográfica, uma vez que se sedimenta nos estudos de doutrinadores sobre o tema investigado, registrados em fontes escritas.

Nessa interlocução, Birochi (2015) enriquece o diálogo ao ensinar que as pesquisas de intuito exploratório aumentam o grau de compreensão do pesquisador em face da questão ensejadora do estudo. Por sua vez, Lakatos e Marconi (2010) comungam que as pesquisas de tendência exploratória têm como intento intensificar a familiaridade do pesquisador com vetores do campo científico, por exemplo: ambiente, fato ou fenômeno, almejando-se o aprofundamento da temática no futuro, com melhor domínio de informações.

Compartilhando ainda sua expertise, Lakatos e Marconi (2010) ministram que as pesquisas exploratórias envolvem a atividade de pesquisa voltada para a tradução de percepções e evidenciam que tais pesquisas desenvolvem postulações com vistas à solução de problemas investigados. Nesse sentido, corrobora-se com a visão das autoras, pois denotam que as pesquisas exploratórias também podem conduzir o pesquisador a mudar sua opinião acerca do assunto perquirido.

Defende-se ainda que a pesquisa com desiderato exploratório é válida para instigar o pesquisador a agregação de conceitos desencadeados na investigação (LAKATOS; MARCONI, 2010). Em acréscimo, Frasson e Oliveira Júnior (2010, p. 98) elucidam que “[...] a pesquisa exploratória traz como seu expoente uma maneira diferenciada de estudar e entender os fenômenos.” Assim, esta pesquisa é reputada como sendo exploratória, eis que incute a aproximação com pontos-kerne dos estudos analíticos.

Traz-se à baila, a ótica de Chizzotti (2009), ao destacar que a pesquisa de procedência qualitativa legitima a competência criativa do pesquisador. Em adição, o autor realça que quase sempre esse tipo de pesquisa remete-se à descoberta de aspectos apontados em um contexto (CHIZZOTTI, 2009).

Convém esclarecer que a pesquisa com abordagem qualitativa se distingue da modalidade quantitativa por inaplicar recursos mensuráveis como o foco de procedimentos para o deslinde da questão, sem privilegiar, por conseguinte, a numeração ou medição de elementos (PRODANOV; FREITAS, 2013). Assim, o presente estudo é concebido como qualitativo, tendo em vista que a ênfase é balizar as estratégias de perspectiva acadêmica delineadas no plano de metas e ações do PPP da EMARF 2ª Região para estimular seus cursistas ao aprimoramento estudantil e profissional.

5 ANÁLISE DE ESTRATÉGIAS DO PLANO DE METAS E AÇÕES DO PPP DA EMARF 2ª REGIÃO

Quando o assunto é educação dos magistrados no Brasil, o olhar se volta para a ENFAM, que preconiza:

A formação dos magistrados deverá ser realizada de forma coerente com o planejamento estratégico do Judiciário e com os planos institucionais, além de ser fundamentada em pesquisas, estudos e debates sobre temas relevantes para o aprimoramento dos serviços judiciais e da prestação jurisdicional. (ENFAM, 2017b, p. 4)

De tal maneira, observa-se a importância da concatenação dos conhecimentos relativos ao Planejamento Estratégico do Poder Judiciário com a instrução de juízes. Nessa trilha de estudos, os pontos de ancoragem e a aprendizagem significativa são meios interessantes para potencializar a desenvoltura intelectual (ENFAM, 2017a). Logo, nas ações sugeridas pela ENFAM, verifica-se que há indicação de recurso para a psicologia da aprendizagem.

Nesse caminho, a intervenção pedagógica tem função fundamental para o aprimoramento de concepções do mundo da ciência (essência sócio-histórica, cultural e tecnológica), pois esse segmento exige atos especialmente organizados, e aptos, para incutir a habilidade de produzir conhecimentos científicos (ENFAM,

2017a). Então, apura-se a expressividade das relações sociais, da cultura e da linguagem – no caso, o letramento científico – como meios de solidificar o aperfeiçoamento educativo.

Adiciona-se a isso o fato de a ENFAM ter como uma de suas premissas a interdisciplinaridade a empreender, inclusive, a interação do Direito com outras áreas a ele correlacionadas (ENFAM, 2017b). Logo, fica clara a aplicação da teoria das inteligências múltiplas⁴ no conjunto de procedimentos assinalados pela ENFAM na explanação sistematizada das diretrizes pedagógicas.

Aliás, ao lecionar sobre a temática da educação, a ENFAM cuida em trazer o tema avaliação, a respeito do qual explica: “[...] em síntese, falar em ética da avaliação é, sobretudo, falar em uma relação de afeto.” (ENFAM, 2017c, p. 9). Por consequência, afere-se que fatores ligados ao campo da afetividade são contemplados nas diretrizes pedagógicas da ENFAM. Assim, depreende-se que o educador deve ter amor pela profissão, pela instituição, pelos seus alunos e demais integrantes da comunidade escolar, de modo a saber coadunar o lado técnico com o humano. Sob esse prisma, a admiração e o respeito são elementos que se ajustam na vertente da afetividade.

Nesse compasso, ao delinear a avaliação formativa, detecta-se a sugestão para atitudes, tais como parabenizações e apresentações de pontos elogiáveis (ENFAM, 2017c). Nesse sentido, constata-se a influência do reforçamento positivo como aspecto de interesse para a composição do processo ensino-aprendizagem.

Em síntese, nas diretrizes pedagógicas da ENFAM, identificam-se vetores impactantes para o desenvolvimento cognitivo com ênfase para: (i) os pontos de ancoragem, formulados por Ausubel (RONCA 1980 *apud* NOGUEIRA; LEAL, 2015); (ii) a aprendizagem significativa também cunhada por Ausubel (CUNHA, 2016); (iii) a teoria sociointeracionista postulada por Vygotsky (LAKOMY, 2014); (iv) a teoria

⁴ Articula-se que o indivíduo não tem apenas uma inteligência, mas sim inteligências diversas. Por isso, os sujeitos assimilam informações de modos diferentes. Estuda-se as conexões entre inteligência, criatividade, talento e competência na seara da psicologia do desenvolvimento da pessoa. Os tipos de inteligências são definidos por especificidades. Com essa compreensão, é possível notar as mais evidentes particularidades do aluno e tracejar um delineamento da turma.

das inteligências múltiplas empreendida por Gardner (LAKOMY, 2014); (v) a teoria da afetividade criada por Wallon (CUNHA, 2016; NOGUEIRA; LEAL, 2015); e (vi) o reforçamento positivo concebido por Skinner (PALMER, 2011).

5.1 Achados de pesquisa a partir da análise documental do PPP da EMARF

O trabalho faz a análise das estratégias do plano de metas e ações do PPP da EMARF 2ª Região, tangente ao incentivo do processo ensino-aprendizagem dos cursistas. Esse exame é pertinente, eis que:

Desde 1988, vem ocorrendo grande mudança no perfil da justiça federal. Ela se expandiu, com o número de juízes federais passando de 277 no ano de 1987 para 1486, em 2003. As mudanças processuais e de métodos de trabalho permitiram ampliar sua capacidade de processamento e tomada de decisão. (KOERNER; INATOMI; BARREIRA, 2015, p. 340)

Dessa forma, afere-se que o empreendimento de atos na esfera da Justiça Federal, como a criação do PPP de Escola da Magistratura, revela a inovação como característica da instituição do sistema de justiça em tela. A partir disso, é conveniente focalizar na gestão judicial como dispositivo capaz de desvendar caminhos para efetuação da eficiência.

A esse respeito, considera-se a lição compartilhada pela Escola de Magistrados da Justiça Federal da Terceira Região (EMAG) que, nesses termos, ensina: “[...] a **eficácia** está diretamente ligada ao resultado [...], a **eficiência** está ligada ao modo de fazer uma tarefa.” (BRASIL, 2023, n. p., grifo do autor). Tratam-se, portanto, de concepções que se relacionam, muito embora sejam distintas. Isso ocorre porque a eficácia atine ao alcance de resultados, já a eficiência centra-se na forma de desenvolver a atividade. Nessa linha de pensamento, cabe destacar que a EMARF faz parte do TRF2, e este último tem sede no Rio de Janeiro (RJ).

Assentado que a EMARF atua junto ao TRF2, desvela-se que o PPP da Escola está consolidado na Portaria EMARF nº TRF2-PTE-2016/00005, de 4 de novembro de

2016 (EMARF, 2016). Cabível elucidar que o PPP da EMARF foi publicado na vigência do Planejamento Estratégico da Justiça Federal, atinente ao ciclo 2015/2020 (BRASIL, 2014a), a demonstrar a aplicação do princípio da eficiência (BRASIL, 1988).

Vale registrar que Bulos (2015) e Moraes (2017) comungam do entendimento de que a transparência é um dos elementos que consubstanciam a eficiência. Ademais, a criação do PPP da EMARF é uma iniciativa empreendedora, que demonstra a aplicação do princípio da eficiência.

A título de informação, destaca-se que a logomarca da EMARF apresentada no PPP evidencia uma identidade de valores, os quais a instituição busca transmitir para a sociedade (FIGURA 5).

Figura 5 - Logomarca EMARF - TRF2



Fonte: EMARF ([201-?])

Desta forma, os valores básicos e norteadores dos objetivos da Escola são: transparência, responsabilidade social e ambiental, ética, modernidade, comprometimento, **eficiência**, iniciativa, disciplina e competência (EMARF, 2016, grifo nosso). Logo, deduz-se que a eficiência nessa organização é concebida sob a ótica de valor institucional, a reforçar, de modo positivo, a boa imagem que a mesma se propõe a construir diante da sociedade.

Por conseguinte, observa-se o zelo da EMARF quanto à formulação do PPP, o que traduz o princípio da eficiência (BRASIL, 1988). Nessa concatenação de ideias, veja-se o Quadro 1.

Quadro 1 - Panorama das estratégias do Plano de Metas e Ações do PPP da EMARF
2ª Região

Estratégias do Plano de Metas e Ações do PPP EMARF 2ª Região sob a perspectiva acadêmica	Área
<ul style="list-style-type: none"> - Incentivar o aprimoramento dos magistrados em formação de formadores; - Realizar cursos de formação de formadores; - Garantir orçamento para a realização dos cursos. 	Qualidade acadêmica
<ul style="list-style-type: none"> - Promover a relevância do aprimoramento profissional para o melhor desempenho no trabalho; - Colher avaliação de impacto dos magistrados, participantes dos cursos da Escola; - Ampliar a oferta de cursos em EaD; - Estimular a participação de magistrados nos cursos presenciais, videoconferência e EaD; - Verificar cursos com maior desistência de inscrição/participação; - Verificar matérias de maior interesse profissional junto aos magistrados através de levantamento diagnóstico e avaliação dos cursos. 	Eficácia acadêmica
<ul style="list-style-type: none"> - Incentivar para que cada Comissão Temática realize, ao menos, um curso de 40 h/a por ano; - Mensurar a satisfação dos magistrados com os cursos frequentados; - Lembrar aos presidentes e coordenadores das comissões temáticas a relevância do envio da programação anual de cursos até o mês de outubro. 	Eficiência acadêmica

Fonte: Adaptado da EMARF (2016)

Nesse padrão, no Quadro 1, visualizam-se as estratégias identificadas no documento examinado. Apura-se que a EMARF focaliza na qualidade, eficácia e eficiência acadêmica, e, assim, as estratégias adotadas centram-se na educação, e impulsionam o aperfeiçoamento da oferta dos serviços aos destinatários/cidadãos à luz do princípio da eficiência. A esse respeito, Nogueira e Leal (2015, p. 167) sublinham que “[...] é na escola onde se realizam sistemática e intencionalmente as construções e a gênese das funções psíquicas superiores, resultantes da influência cultural na aprendizagem e no desenvolvimento humano.”

Note-se que a abordagem relativa aos componentes acadêmicos assinalados no Quadro 1 são importantes, ante “[...] a crescente necessidade de que o juiz atual seja, além de um julgador célere e eficiente, também gestor de sua Vara e dos servidores/colaboradores que nela atuam.” (BARROS; VITOVSKY, 2016, p. 2).

Em complemento, Bacellar (2013) assevera que no sistema judiciário do

país, normalmente, o magistrado, além da função de julgador, desempenha também a de gestor administrativo, sendo responsável por atividades operacionais no local de atuação.

Nessa linha de explicação, a Figura 6 consolida a conexão do tema da pesquisa e demonstra o grau de comprometimento da EMARF com o lado gerencial da mesma. Em razão disso, a análise levanta elementos que instigam à construção de saberes dialogados.

Figura 6 - Diagrama - EMARF 2ª Região



Fonte: Adaptado da EMARF (2016)

Com base nesse panorama, averiguam-se os referenciais institucionais do documento examinado que, por sua vez, abordam os seguintes aspectos: estratégicos, filosóficos, pedagógicos, normativos e interinstitucionais. Então, tendo em vista que esta pesquisa investiga o vetor acadêmico do PPP da EMARF, evidencia-se que os referenciais institucionais de natureza pedagógica desdobram-se em programas e etapas do processo educacional. A partir dessa apreciação, demonstra-se a influência da teoria sociointeracionista, uma vez que a abordagem

dialógica está inserida no campo do referencial pedagógico da Escola.

Nessa senda, chama-se atenção para a cultura como fator que incrementa a elaboração de conhecimentos. Por isso, ressalta-se que o Centro Cultural Justiça Federal (CCJF) está vinculado à Presidência do TRF2 e é responsável por assegurar acesso da comunidade às diferentes formas de expressão cultural, como transcrito no fragmento, a saber:

O **Centro Cultural Justiça Federal** é um espaço reconhecido por incentivar e garantir o acesso da população às diversas formas de expressão cultural, abrigando exposições, peças teatrais, espetáculos de dança e de música, mostras de cinema, cursos, seminários, palestras, dentre outras. Vinculado à Presidência do **Tribunal Regional Federal da 2ª Região**, ocupa a antiga sede do Supremo Tribunal Federal na cidade do Rio de Janeiro.

A construção do prédio teve início em 1905, como parte integrante do projeto de reformulação urbanística da cidade, então Capital Federal, e estava destinado, inicialmente, a abrigar a Mitra Arquiepiscopal. Iniciadas as obras, o prédio foi adquirido pelo Governo Federal para a instalação do Supremo Tribunal Federal, que ainda não possuía sede definitiva, e foi inaugurado em 3 de abril de 1909. Projetado pelo arquiteto Adolpho Morales de Los Rios, o edifício é um dos mais importantes testemunhos da arquitetura eclética do país.

O STF ocupou o prédio até 1960, quando da transferência da Capital Federal para Brasília. Desde então, a edificação abrigou o Superior Tribunal Eleitoral, o Tribunal de Alçada e varas da Justiça Federal de 1ª Instância. Após sete anos de obras de restauração, o prédio foi aberto ao público em 4 de abril de 2001, já como Centro Cultural. (BRASIL, 2014b, n. p., grifo do autor)

Partindo desse cenário, denota-se que no Brasil, o CCJF é uma evidência da cultura no âmbito da Justiça Federal. Ademais, é condizente reforçar que “[...] o ponto de partida para os processos formativos é a atividade jurisdicional compreendida como totalidade complexa, constituída pela intrincada teia de relações que estabelece com a sociedade em suas dimensões políticas, econômicas e **culturais.**” (ENFAM, 2017a, p. 17, grifo nosso).

Corroborando os resultados até aqui apresentados, adiciona-se que:

[...] competências **comportamentais** são as relativas ao **saber ser** ou **saber conviver**; combinam dimensões, tais como: o comportamento, a cultura e a identidade, e também a ideia de vontade - ou seja, do engajamento e da motivação -; desenvolvem-se nos espaços e momentos de interação e de trocas, nos quais se formam as identidades. (ENFAM, 2017a,

p. 20, grifo do autor)

Assim, verifica-se que o componente cultura possui nível elevado na percepção da EMARF 2ª Região como competência comportamental. Nessa linha, Lakomy (2014) edifica a trilha de estudos, ao sintetizar que o legado da cultura é um dos indicadores que gera a ativação do aprimoramento do indivíduo nos segmentos sociais e históricos.

A isso, coaduna-se a visão de Nogueira e Leal (2015), ao enfatizarem que a escola é o ambiente em que são executadas, de forma ordenada e proposital, as elaborações e a concepção de aptidões mentais evoluídas, decorrentes do impacto cultural na desenvoltura e no amadurecimento humanístico. Deduz-se, deste modo, que o ingrediente cultural compõe o diálogo que envolve a educação.

Lakomy (2014, p. 34, grifo nosso) ratifica essa alegação, ao afirmar: “[...] Vygotsky destaca as **contribuições da cultura, da interação social e da linguagem** para o processo de desenvolvimento e aprendizagem social e histórica do sujeito.” Por consequência, identifica-se a expressividade do critério cultural na seara do processo ensino-aprendizagem.

Nessa lógica, é cabível destacar que:

[...] a formação de magistrados caracteriza-se como um elemento indispensável para garantir a independência e a autonomia da função judicial, e deve abarcar, além da preparação técnico-jurídica, a compreensão dos fenômenos sociais e a renovação da cultura judiciária. (LAZZARI; JACOBSEN, 2021, p. 87)

Além do mais, “[...] urge que o juiz formador tenha sensibilidade para entender essas diferentes realidades sociais, culturais, e seja capaz de se adaptar às necessidades da turma, mesmo que isso importe em alteração do planejamento antes elaborado.” (SILVA, 2016, p. 4). Dessa maneira, ao escrever o artigo intitulado *A formação inicial e contínua de magistrados – uma perspectiva do Centro de Estudos Judiciários de Portugal*, publicado na Revista do CEJ do CJF, Mendes (2004) assenta que:

No processo de recrutamento e seleção das instituições de formação de magistrados, por júri de concurso, averiguar-se-á, ainda, mediante uma prova ou provas específicas, o nível de conhecimentos do candidato em **matérias culturais**, sociais e econômicas **que, não se inserindo diretamente no domínio do saber jurídico, são indispensáveis à compreensão da sociedade.** (MENDES, 2004, p. 4, grifo nosso)

Nesse viés, desvela-se que o entendimento sobre cultura é um fator coerente para a educação de magistrados na ambiência jurídica portuguesa. Em acréscimo, vale concatenar a visão dialogada pela ENFAM no tangente à competência:

O conceito de competência, como compreendido pela Enfam, é a capacidade de agir – em situações previstas e não previstas – com rapidez e **eficiência**, articulando conhecimentos tácitos e científicos, experiências sociais e de trabalho, comportamentos e valores, desejos e motivações, desenvolvidos ao longo das trajetórias de vida em contextos cada vez mais complexos. Competência, então, vincula-se à capacidade de solucionar problemas, mobilizando, de forma transdisciplinar, conhecimentos, capacidades específicas, cognitivas complexas, comportamentais e habilidades psicofísicas, transferidos para novas situações; implica em atuar mobilizando conhecimentos. (ENFAM, 2017a, p. 20, grifo nosso)

Denota-se que, sob o olhar da ENFAM, a definição de competência está atrelada à aplicação da eficiência. Nessa linha de raciocínio, pondera-se que “[...] a capacitação, por si só, sem as condições de trabalho adequadas, não é suficiente para assegurar a qualidade e a celeridade da prática jurisdicional.” (ENFAM, 2017a, p. 23). Por decorrência, infere-se que a capacitação aliada às condições de trabalho apropriadas são fatores interessantes no discurso que envolve a prestação na atuação profissional.

De mais a mais, é sensato evidenciar a educação como um vetor importante para o aperfeiçoamento dos serviços direcionados aos cidadãos-jurisdicionados com foco no cumprimento da missão e visão da Justiça Federal sob o enfoque da sua efetividade (BRASIL, 2014a; CJF, 2020). Logo, o trabalho em tela revela que as estratégias de perspectiva acadêmica incutidas no plano de metas e ações do PPP da EMARF 2ª Região estão focalizadas na qualidade, eficácia e eficiência acadêmica.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na presente trilha de estudos, faz-se uma investigação documental ao esmiuçar o PPP da EMARF 2ª Região, publicado em 2016, o qual, por sua vez, congrega pontos-chave significativos ao fomento da preparação acadêmica do seu público-alvo.

Tem-se que a inovação concebida com a criação do PPP analisado mostra o princípio da eficiência. Dessa forma, tal documento explicita que as estratégias do plano de metas e ações focalizam na qualidade, eficácia e eficiência acadêmica.

Nesse enredo, pondera-se que essa análise aponta a educação como um vetor para o aprimoramento estudantil e profissional dos participantes das atividades propostas pela Escola, o que tende a influir no aperfeiçoamento da entrega dos serviços públicos voltados aos usuários-cidadão em consonância ao princípio da eficiência.

No tangente ao aspecto acadêmico, vislumbra-se a cultura como elemento importante. Ademais, relaciona-se, nessa investigação, a teoria sociointeracionista postulada por Vygotsky, a qual valoriza a cultura como componente relevante para o desenvolvimento da aprendizagem.

Desse modo, a contribuição analítica da pesquisa é evidenciada pelo fato do PPP da EMARF ser identificado como ponto forte da sua gestão. Por consequência, o compartilhamento das ações acadêmicas organizadas no documento objeto da investigação tende em fortalecer a cultura do aprimoramento acadêmico no âmbito das instituições.

Constata-se, então, que o PPP da EMARF foi criado em 2016 e se trata de um documento disseminado na base de dados de acesso público do TRF2, revelando-se como um importante instrumento para a Justiça Federal. Portanto, acredita-se ser pertinente a realização de novas pesquisas que versem sobre o tema aqui desdobrado, com vistas a desvendar outros achados.

REFERÊNCIAS

BACELLAR, Roberto Portugal. **Juiz servidor, gestor e mediador**. Brasília, DF: Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, 2013.

BARROS, Márcia Maria Nunes de; VITOVSKY, Vladimir Santos. **Curso de Formação Inicial e de Aperfeiçoamento para fins de vitaliciamento de magistrados: relato de uma experiência e de um porvir**. [S. l.]: EMARF/TRF2, [2016]. Disponível em:
<https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2016/05/Curso-de-Forma%C3%A7%C3%A3o-Inicial-e-de-Aperfei%C3%A7oamento-para-fins-de-Vitaliciamento-de-Magistrados-R2A.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2021.

BERGUE, Sandro Trescastro. **Cultura e mudança organizacional**. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração/UFSC; Brasília: CAPES: UAB, 2014.

BIROCHI, Renê. **Metodologia de estudo e de pesquisa em administração**. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração/UFSC; Brasília, DF: CAPES: UAB, 2015.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil [de] 1988**. Brasília, DF: Senado Federal/Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998**. [Brasília, DF]. 1998. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm. Acesso em: 28 jun. 2023.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). **Mapa estratégico da Justiça Federal 2015-2020**: Anexo Resolução CJF 313/2014. [Brasília, DF], 2014a. Disponível em:
<https://portal.trf1.jus.br/data/files/10/D0/67/F4/2651051094923CF4052809C2/Mapa%20Estrategico%20da%20Justica%20Federal%202015-2020-%20Anexo%20Res.%20CJF%20313.jpg>. Acesso em: 27 jun. 2023.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (2. Região). **Institucional**. [Rio de Janeiro, RJ]. 2014b. Disponível em: <https://www10.trf2.jus.br/ccjf/institucional/>. Acesso em: 25 abr. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (3. Região). **Eficaz/Eficiente/Efetivo**. [São Paulo, SP]. 2023. Disponível em:
<https://www.trf3.jus.br/emag/emagconecta/conexaoemag-lingua-portuguesa/eficaz-eficiente-efetivo>. Acesso em: 27 jun. 2023.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CASTRO, Ana Cristina de; CASTRO, Claudia Osório de. **Gestão pública contemporânea**. Curitiba: Intersaberes, 2014.

CHIZZOTTI, Antonio. **Pesquisa em ciências humanas e sociais**. São Paulo: Cortez, 2009.

CJF. **Resolução nº 668, de 9 de novembro de 2020**. Dispõe sobre a Estratégia da Justiça Federal 2021-2026. [Brasília, DF]. 2020. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/publico/biblioteca/Res%20668-2020.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021.

CNJ. **Resolução nº 325, de 29 de junho de 2020**. Dispõe sobre a Estratégia Nacional do Poder Judiciário 2021-2026 e dá outras providências. [Brasília, DF]. 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original182343202006305efb832f79875.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2021.

CONSULTOR JURÍDICO. **TRF-2 adere ao programa Justiça 4.0 para uso colaborativo de tecnologias**. [São Paulo, SP]. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-06/trf-adere-programa-justica-40-uso-colaborativo-tecnologias>. Acesso em: 16 maio 2021.

CUNHA, Eugênio. **Práticas pedagógicas para inclusão e diversidade**. Rio de Janeiro: Wak, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. **Reforma administrativa: a Emenda nº 19/98**. [S.l.]. 1999. Disponível em: <file:///C:/Users/USER/Downloads/360-1324-1-PB.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2023.

EMARF (2ª. Região). **Emarf**: Portaria institui Projeto Político-Pedagógico. [Rio de Janeiro, RJ]. 2016. Disponível em: <https://www10.trf2.jus.br/portal/emarf-portaria-institui-projeto-politico-pedagogico/>. Acesso em: 18 fev. 2021.

EMARF (2ª. Região). **Institucional**. [Website. Rio de Janeiro, RJ. 201-?]. Disponível em: <https://emarf.trf2.jus.br/site/>. Acesso em: 13 maio 2021.

ENFAM. **Diretrizes pedagógicas da Enfam para formação e aperfeiçoamento de magistrados**. Brasília, DF: ENFAM, 2017a. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/116264/Res_7_Enfam_2017_Diretrizes_P

edagogicas_Enfam%20_Texto_%20Principal.pdf. Acesso em: 16 maio 2020.

ENFAM. **Diretrizes pedagógicas da Enfam para formação e aperfeiçoamento de magistrados.** [Apêndice A]. Brasília, DF: ENFAM, 2017b. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/116264/Res_7_2017_Enfam_Diretrizes_Pedagogicas_Enfam_%20Apendice_A.pdf. Acesso em: 2 jul. 2023.

ENFAM. **Diretrizes pedagógicas da Enfam para formação e aperfeiçoamento de magistrados.** [Apêndice B]. Brasília, DF: ENFAM, 2017c. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/116264/Res_7_Enfam_2017_Diretrizes%20Pedag%3%b3gicas_%20Enfam_%20Apendice_%20B%20.pdf. Acesso em: 2 jul. 2023.

FACHIN, Odilia. **Fundamentos de metodologia.** São Paulo: Saraiva, 2006.

FRASSON, Antonio Carlos; OLIVEIRA JÚNIOR, Constantino Ribeiro de. **Metodologia da pesquisa científica.** São Luís: UemaNet, 2010.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa.** São Paulo: Atlas, 2009.

GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel; RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; MUNIZ NETO, José Mariano. O conhecimento científico e a pesquisa jurídica: uma proposta metodológica a ser aplicada ao estudo dos consórcios públicos no âmbito do federalismo brasileiro. *In*: RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; CARVALHO, Márcia Haydée Porto de; RAMOS, Edith Maria Barbosa. **Crise democrática e direitos fundamentais.** Curitiba: CRV, 2022.

KOERNER, Andrei; INATOMI, Celly Cook; BARREIRA, Karen Sakalauska. Dez anos de racionalização da gestão judicial no Brasil: efeitos e perspectivas. **Revista Direito e Práxis**, v. 6, n. 3, p. 326-364, nov. 2015. DOI: 10.12957/dep.2015.18009.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica.** São Paulo: Atlas, 2010.

LAKOMY, Ana Maria. **Teorias cognitivas da aprendizagem.** Curitiba: InterSaber, 2014.

LAZZARI, João Batista; JACOBSEN, Gilson. Formação judiciária no plano constitucional das democracias modernas: princípios e diretrizes a serem observados na preparação de magistrados. **Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região**. n. 17, p. 67-91. 2021. Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/2021/uli72_4-lazzari-jacobsen-67-91.pdf. Acesso em: 16 maio 2021.

LOURENÇO, Nivaldo Vieira. **Administração pública: modelos, conceitos, reformas e**

avanços para uma nova gestão. Curitiba: Intersaberes, 2016.

MAZUCATO, Thiago. **Metodologia da pesquisa e do trabalho científico**.
Penápolis: FUNEPE, 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São
Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo
Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Mário Tavares. A formação inicial e contínua de magistrados: uma
perspectiva do Centro de Estudos Judiciários de Portugal. **Revista CEJ**, v. 8, n. 24,
p. 23-29. 2004. Disponível em:
[//revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/593](http://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/593). Acesso em: 16 maio
2021.

MESSITE, Peter J. A administração da Justiça Federal nos Estados Unidos da
América. **Revista CEJ**, v. 8, n. 24, p. 5-8. 2004. Disponível em:
[//revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/590](http://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/590). Acesso em: 17 jul. 2021.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

NOGUEIRA, Makeliny Oliveira Gomes; LEAL, Daniela. **Teorias da aprendizagem:**
um encontro entre os pensamentos filosófico, pedagógico e psicológico. Curitiba:
InterSaber, 2015.

ONU. **Objetivos de desenvolvimento sustentável**. [Brasília, DF]. 2021.
Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>. Acesso em: 13 maio 2021.

PALMER, Joy A. **50 Grandes educadores modernos:** de Piaget a Paulo
Freire. Tradução Mirna Pinsky. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2011.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**.
São Paulo: Método, 2017.

PEREIRA, José Matias. **Manual de gestão pública contemporânea**. São Paulo:
Atlas, 2012.

PESSOA, Robertônio. **Direito administrativo e democracia**. Rio de Janeiro:
Lumen juris, 2020.

PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani Cesar de. **Metodologia do trabalho
científico:** métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico. Novo
Hamburgo: Feevale, 2013.

REIS, Cinthia Regina Nunes. **Metodologia da pesquisa em educação** [livro eletrônico]. São Luís: UEMAnet, 2018.

SANTOS, Cicero; FRIEDE, Reis; DE MIRANDA, Maria Geralda. Aplicabilidade dos princípios constitucionais da administração pública visando ao desenvolvimento local. **Lex Cult Revista do CCJF**, v. 4, n. 3, p. 57-70, dez. 2020. DOI: 10.30749/2594-8261.v4n3p57-70.

SILVA, Ana Cristina Monteiro. **Relato de experiência**. [S. l.]: TRF4, [2016]. Disponível em: https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2016/05/Relato-de-experi%C3%AAncia_comentado-Ana-Cristina-Monteiro-Silva-R3A.pdf. Acesso em: 23 jul. 2021.

O PRINCÍPIO DA INTEGRIDADE NO SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL

THE PRINCIPLE OF INTEGRITY IN THE NATIONAL TAX SYSTEM

Virgílio Alves Musse¹
Fernando Motta Martins²

Resumo: O presente artigo propõe uma correlação entre a teoria da integridade proposta pelo filósofo e jurista estadunidense Ronald Dworkin (1931-2013) e o sistema tributário nacional estabelecido com a Constituição da República de 1988. Discute-se, a partir da distinção entre regras e princípios, o problema interpretativo do direito positivo, enquanto objeto cultural impregnado de valores e linguagem. Incursionando no sistema tributário nacional, procurar-se-á abordar aqui alguns dos desafios nele presentes e como a adoção da integridade pode ocasionar melhorias na consecução dos objetivos fundamentais da República.

Palavras-chave: Constitucionalismo. Estado de Direito. Princípios. Integridade. Tributário.

Abstract: This article proposes a correlation between the theory of integrity proposed by the American philosopher and jurist Ronald Dworkin (1931-2013) and the national tax system established with the Constitution of the Republic of 1988. Based on the distinction between rules and principles, the interpretive problem of positive law is discussed, as a cultural object impregnated with values and language. By delving into the national tax system, an attempt will be made to address some of its challenges and how the adoption of integrity can lead to improvements in achieving the fundamental objectives of the Republic.

Keywords: Constitutionalism. Rule of Law. Principles. Integrity. Tax.

Recebido em: 11/04/2023
Aceito para publicação em: 27/07/2023

¹ Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2017) e especialização em Direito Tributário pela Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2020). Membro da Ordem dos Advogados do Brasil desde 2018. Atualmente é advogado na Donaire e Marcantonio Sociedade de Advogados.

² Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2017). É especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Atualmente é advogado no Zockun & Fleury Advogados. Tem experiência na área de Direito de Direito Público, com ênfase em Direito Tributário

1 INTRODUÇÃO

O elevado grau de complexidade da arrecadação e da fiscalização tributária que paira no Brasil, bem como a falta de clareza na interpretação das normas tributárias, são grandes entraves para a estabilidade das relações jurídicas entre a Administração Pública e os contribuintes e para a confiança no desenvolvimento econômico das empresas no país.

Tais obstáculos não apenas provocam insegurança no cotidiano das empresas, mas também geram um aumento da judicialização e um custo de contencioso tributário que prejudica a competitividade nas cadeias internacionais e até a própria arrecadação estatal. Nessa contenda, propaga-se uma visão dicotômica da sociedade na qual contribuintes e Estado seriam inimigos, não raramente se contrapondo crenças em favor da arrecadação e crenças em defesa da propriedade privada, como se antagônicas fossem.

Em sua célebre obra “Levando os direitos a sério”, o renomado jurista estadunidense Ronald Dworkin pregava uma distinção entre regras e princípios, em face de suas estruturas lógicas e dos alicerces que sustentam cada um deles. Sob o alicerce de que os direitos são anteriores à existência das leis que os determinam, distinguem-se as regras, regidas por uma lógica binária, cuja aplicação é cabível ou não, dos princípios, não exauridos pela sua previsão literal e orientados pela lógica da prevalência, com uma maior dimensão e peso sobre a orientação da conduta social.

Considerado o direito positivo como o plexo de normas válidas em determinada circunscrição, visando a regulamentação das condutas humanas intersubjetivas, e de caráter autopoiético, ressalta-se que representa um objeto cultural, expressão da cultura local na qual se insere. Volta-se, assim, o cientista do direito em suas investigações, para o efeito dos enunciados prescritivos válidos sobre as relações que se busca regulamentar, já que o próprio ordenamento jurídico impõe

unidades de sentido que implicam comandos, regras e diretrizes, dirigentes da exegese dos textos jurídicos.

Direciona-se o presente artigo para a teoria da decisão judicial sob a abordagem trazida pelas teorias avaliativas, correlacionando as normas jurídicas, em seu mérito, com os princípios e padrões de comportamento valorativo, estabelecendo assim uma relação universal entre direito e moral tal que os princípios decorrem da prática social, constituindo o *common ground* da comunidade.

Os princípios, enquanto constructos históricos multisseculares, servem, tal qual as regras, como alicerces da democracia liberal, tanto para Dworkin, em seu diálogo com a história e o sentido de nação dos Estados Unidos da América, quanto no Brasil de hoje, sob o contexto da Constituição da República de 1988. Nesse sentido, tanto a garantia do caráter imperativo das normas jurídicas é considerada pela natureza sistêmica do ordenamento quanto a unidade do ordenamento jurídico é estabelecida de acordo com um vínculo de todos os indivíduos a um e de cada um a todos. Assim se legitimam os interpretantes produzidos pelo Poder Judiciário, geralmente tidos por normas jurídicas, em decorrência da segurança e da previsibilidade do convívio social que veicula seus comandos em atenção aos preceitos e comandos estabelecidos pela comunidade

Também tido por um subsistema autorreferencial fundamentado em regras formais do jogo democrático cujos limites objetivos visam a concretização do sobreprincípio da segurança jurídica, o direito positivo visa garantir a sujeição dos cidadãos à norma apenas mediante a constatação do cumprimento ou descumprimento de determinada norma jurídica por autoridade competente. Nessa perspectiva, a ciência do direito é voltada para a ordenação, elucidação, hierarquização e pesquisa do sistema jurídico.

Diante da qualidade de objeto cultural pertinente ao direito, reforça-se a importância dos valores para concepção do emprego dos princípios na sua compreensão, em um grau de complexidade que se eleva ao considerarmos ainda

que o direito oferece o dado da linguagem como seu elemento constitutivo, que por sua vez também é um objeto cultural impregnado por um aspecto axiológico.

Nesta perspectiva de objeto cultural do dado jurídico, a influência dos princípios por todo o ordenamento ressalta a importância da análise dos valores envolvidos neste ambiente, que regulam esses parâmetros interpretativos vinculantes.

Assim corroboramos com a distinção entre texto normativo e norma jurídica, sendo esta produzida com a problematização do caso concreto à luz daquele. O texto da norma, no entanto, restringe o ponto de partida da interpretação, dirigindo a produção da norma no processo individual de decisão jurídica. Sob tal leitura compactua-se com a hermenêutica filosófica e os compromissos teóricos a ela inerentes, como a incidibilidade entre interpretação e aplicação da norma jurídica.

No Brasil, o sistema tributário nacional estabelecido com a ordem instituída pela Constituição da República de 1988, embora tenha consolidado institutos pré-existentes, não deixou de albergar as diretrizes e o contexto daquele pacto social, firmado na soberania popular e no combate ao autoritarismo estatal, o que deve ser levado em consideração nas decisões judiciais.

Oriunda do rechaço ao regime militar que devassou o país entre 1964 e 1984, a Constituição da República de 1988 não destoa dessa lógica, inclusive no que concerne à matéria tributária. Sob tal perspectiva reforça-se a importância da estrita legalidade tributária, enquanto limitadora da Administração Pública em defesa da vontade popular, e da segurança jurídica, cuja estabilidade depende da robustez de institutos como o da coisa julgada.

A proposta de Ronald Dworkin, do princípio da integridade como ideal comunitário que orienta a atuação do sistema de justiça, situa-se em uma etapa anterior da problematização jurídica na qual se aborda a interpretação em si, partindo de uma teoria geral da interpretação e considerando a interpretação como um processo contínuo.

Defende-se, no presente texto, uma aproximação entre a teoria integrativa do autor e o sistema tributário nacional, num contexto no qual cada vez mais tem sido recorrentes as decisões tomadas pelos Tribunais Superiores em relação à constitucionalidade de tributos cobrados nas quais se afastam garantias e direitos individuais dos contribuintes em favor da arrecadação, da suposta primazia da ordem econômica e do *status quo*.

A partir da correlação entre os paradigmas teóricos estabelecidos, poderemos traçar uma ligação entre a visão do direito como integridade e os princípios e pressupostos inerentes ao sistema tributário nacional imposto pela Constituição da República de 1988.

Para o desenvolvimento desta análise, apoiar-nos-emos nas lições de Ronald Dworkin, mais especificamente em seu conceito de princípio da integridade trazido na obra "O império do direito", publicada em 1986. Na obra, o autor sistematizou sua concepção de direito como integridade, reunindo argumentos construídos desde "Levando os direitos a sério" (1977) e "Uma questão de princípio" (1985), em contraposição ao movimento jurídico dos pragmatistas, mas sem deixar de lado suas críticas ao positivismo. Para tanto, busca-se a identificação dos parâmetros ideológicos e limites materiais impostos ao sistema tributário nacional pela Constituição da República de 1988, conformando-os à leitura do princípio da integridade emanada pelo jurista estadunidense.

2 O PRINCÍPIO DA INTEGRIDADE

Para Dworkin, as regras são normas jurídicas que estabelecem obrigações específicas para situações concretas, apresentando uma estrutura lógica que permite a aplicação direta e objetiva. Já os princípios são normas jurídicas com maior grau de abstração, que estabelecem valores fundamentais e diretrizes a serem seguidas pelo sistema jurídico como um todo.

Os princípios não apresentam uma estrutura lógica fixa, o que permite uma maior flexibilidade na sua aplicação, podendo ser utilizados de forma mais ampla para resolver questões jurídicas complexas. Dessa forma, enquanto as regras possuem aplicação direta e objetiva, os princípios exigem uma interpretação mais subjetiva, a fim de adequá-los a situações específicas e complexas. Nessa leitura, sobrepõem-se os princípios às regras, na medida em que concretizam os valores fundamentais do sistema jurídico e ajudam a construir uma interpretação mais coerente e justa do direito.

No exercício de interpretação construtiva que compõe o raciocínio jurídico, defende-se que o direito compreende “a melhor justificativa do conjunto de nossas práticas jurídicas” (DWORKIN, 2014, XI) sustentando-se pela narrativa da comunidade³ (LYOTARD, 2021, p. 51) a que pertence para a melhoria dessas práticas.

Essa comunidade é anterior à justiça e à equidade, que são vistas de acordo com as práticas e valores de determinado grupo específico, implicando que as comunidades políticas consistam em comunidades associativas. Desse sistema contido numa comunidade de princípios decorrem direitos e deveres para seus membros, o que é aceito pelos demais ainda que não sejam expressos ou nunca tenham sido formalmente declarados.

Sob a perspectiva do conteúdo material desses princípios, não necessariamente esses direitos e deveres estão condicionados à aprovação integral desse sistema, sendo obrigações que decorrem “do fato histórico de sua comunidade ter adotado esse sistema, que é então especial para ela, e não da presunção de que ele o teria escolhido se a opção tivesse sido inteiramente sua” (DWORKIN, 2014, p. 255).

³ Para Jean-François Lyotard, a natureza do vínculo social equivale a um jogo de linguagem, cuja relação, interrogatória, é composta de um emissor, um receptor e um referente que ela interroga (LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. Tradução de Ricardo Corrêa Barbosa, 20^a. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2021, p. 51).

Assim, um dos componentes desse modelo de comunidade, a verdadeira comunidade política para Dworkin, é a aceitação da integridade política como um ideal político distinto, inclusive como uma forma de acordo entre a moral política de diferentes perspectivas que não ocorreria de outro modo. Não significa que automaticamente seja uma comunidade justa, infalível e que não ocorram violações de direitos, mas apenas que adota um modelo de princípios que melhor satisfaz as condições de associação comunitária ante as divergências entre a justiça e a equidade a serem adotadas.

Amparada num forte esteio moral, a resposta correta, na teoria dworkiana, afasta-se da metafísica para orientar e justificar as obrigações resultantes da prática social que define os grupos comunitários.

Assim é que surge a distinção da integridade como uma virtude política, compreendendo tanto a atividade legislativa quanto a integridade jurisdicional (DWORKIN, 2014, p. 213). No primeiro caso, procura-se o estabelecimento de coerência ao conjunto de leis positivadas, com a proteção dos direitos políticos e morais para todos, de forma que as regras públicas se congreguem num sistema coerente de justiça e equidade.

A integridade nas decisões judiciais, por sua vez, distingue-se tanto do convencionalismo e de sua descritividade, cujo olhar volta-se para o passado, quanto do pragmatismo jurídico, voltado para o futuro e marcado pelo instrumentalismo.

Essa integridade jurisdicional, condicionada por um ideal interpretativo da integridade, aplica-se aos casos de maior complexidade mediante a tentativa de se identificar “a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade” (DWORKIN, 2014, p. 305).

Apesar de reconhecer a equidade política como um pressuposto da atividade jurisdicional, Dworkin rechaça um sistema de justiça fundado em exceções ou em conciliações internas, defendendo que eventuais acordos, quando não houver consenso sobre a aplicação da justiça, devem ser firmados externamente ao sistema

de justiça, num acordo social acerca do sistema de justiça a ser adotado. Esse modelo da teoria integrativa do autor defende que cada ponto de vista seja considerado, mas de modo que a decisão coletiva considere “fundamentar-se em algum princípio coerente cuja influência se estenda então aos limites naturais de sua autoridade” (DWORKIN, 2014, p. 217).

Nesta concepção dworkiana do ideal integrativo, concebe-se a integridade como um ideal político coletivo, de forma que toda a comunidade atenda a este ideal e não apenas que cada autoridade atue com base nos princípios coerentemente, mas de forma isolada. Em seu entender, a promoção da integridade é, inclusive, um dos amparos da igualdade formal, cuja importância remonta à exigência de uma coerência lógica elementar nos processos judiciais, demonstrando-se “fidelidade não apenas às regras, mas às teorias de equidade e justiça que essas regras pressupõem como forma de justificativa” (DWORKIN, 2014, p. 225).

A consideração dos valores morais que sustentam os princípios, então, permeia-se pelo contexto no qual se inserem, mas sobretudo pelas obrigações comunitárias, como premissa para o estabelecimento de tais relações. Tais obrigações atribuem responsabilidades especiais e individualizadas em determinada comunidade, de forma que seja possível a percepção de um interesse mútuo ajustado a uma razoável concepção de igual interesse das partes.

Esse interesse revelado pelo autor consiste numa atitude interpretativa das práticas políticas que legitimam um grupo comunitário para o reconhecimento das responsabilidades. A propriedade interpretativa deste modelo não se trata de uma propriedade psicológica de alguns membros desse grupo, mas práticas que deveriam ser adotadas por quaisquer pessoas na mesma situação.

Cumprir ressaltar que o modelo proposto não implica nem pressupõe a ausência de conflitos, mas que mesmo diferentes conflitos estão sujeitos à interpretação, exercida inclusive pela justiça ao exercer seu papel de determinar as responsabilidades associativas. No mesmo sentido, Jean-François Lyotard asseverava

que mesmo nas comunidades em que “o consenso tornou-se um valor ultrapassado, e suspeito” (LYOTARD, 2021, p. 157), a justiça não o é, de forma que o reconhecimento da heterogeneidade dos jogos de linguagem parte de um acordo comunitário local, sujeito à modificações mas legitimado pela pragmática social: “o povo acumula as leis civis, como os cientistas acumulam as leis científicas; o povo aperfeiçoa as regras do seu consenso por disposições sociais, como os cientistas revisam à luz dos seus conhecimentos produzindo novos “paradigmas”” (LYOTARD, 2021, p. 81).

Não se compatibiliza com a teoria integrativa no âmbito do Poder Judiciário, então, a justificação por princípios de forma isolada, desconexa da moral comunitária, ou decisões judiciais fundadas em exceções e sem compatibilidade com as obrigações comunitárias.

A melhor defesa da legitimidade política, portanto, se encontra no terreno da fraternidade, da comunidade e de suas respectivas obrigações, estando contida a obrigação na essência da associação política. O sentido de legitimidade é, aqui, adotado como “o direito de uma comunidade política de tratar seus membros como tendo obrigações em virtude de decisões coletivas da comunidade” (DWORKIN, 2014, p. 249-250).

Nessa perspectiva, a relação entre as obrigações políticas e a comunidade política é permeada pelo atendimento das condições necessárias às condições de fraternidade, sendo que enquanto as autoridades dessas comunidades têm obrigações especiais para com suas comunidades e no interior delas, a obrigação principal na comunidade política é a fidelidade geral ao direito. Assim se concretiza a estabilidade das relações jurídicas e a proteção à confiança nas instituições de modo geral.

Ressalte-se, ainda, que a integridade tem suas dimensões firmadas nos sistemas constitucionais e nos limites das comunidades políticas, mantida dentro delas. No caso do Brasil atual, estabeleceu-se na Assembleia Constituinte realizada

entre os anos de 1987 e 1988. Desta forma, a partir da avaliação do alcance das exigências de coerência de uma comunidade política podemos ter suposições acerca de seu tamanho e natureza.

Forte em tais razões, o autor aprofunda-se na vinculação entre o direito e a moral, a moral política tida como aquela ligada aos valores da democracia liberal. Opondo-se à responsabilidade política derivada de princípios de moralidades comuns, sustenta-se a teoria integrativa na consideração de toda a comunidade como um agente moral, “um agente moral distinto, porque as práticas sociais e intelectuais que tratam a comunidade dessa maneira devem ser protegidas” (DWORKIN, 2014, p. 228).

A defesa da integridade deve ser buscada, portanto, na fraternidade, conceito trazido da Revolução Francesa, também tida pelo autor estadunidense por comunidade. Essa forma comunitária é considerada especial porque “promove sua autoridade moral para assumir e mobilizar monopólio de força coercitiva” (DWORKIN, 2014, p. 228), contribuindo também para a eficiência do direito.

Apesar de separados por mais de dois séculos e guardadas as devidas distinções entre os eventos, a Constituição da República de 1988 e a Revolução Francesa apresentam algumas semelhanças importantes em termos de concepção de Estado e direitos fundamentais. Ambos os eventos representam momentos de ruptura com o passado e a busca por uma ordem social mais justa e igualitária.

A Revolução Francesa, datada de 1789, foi um movimento que levou ao fim do antigo regime e da monarquia absoluta na França. Dentre as mudanças introduzidas pela Revolução, destacam-se a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que estabeleceu os princípios fundamentais da liberdade, igualdade e fraternidade, a criação do Estado laico e a separação dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Da mesma forma, a Constituição da República de 1988 também representou um momento de mudança significativa na história do Brasil. Sua promulgação

ocorreu após um longo período de ditadura militar e foi elaborada com o objetivo de estabelecer um Estado democrático de Direito e garantir os direitos fundamentais dos cidadãos. Entre as principais características da Constituição de 1988 destacamos a consagração da cidadania, a separação dos poderes, a criação do sistema de seguridade social e a previsão da garantia, pelo Estado brasileiro, de direitos sociais e individuais fundamentais, como o direito à saúde e à educação, bem como a adoção formal da igualdade.

Mesmo em matéria tributária a Constituição da República de 1988 não diverge de sua vocação pela busca de uma ordem social mais justa e igualitária, baseada no respeito aos direitos fundamentais e na proteção dos mais vulneráveis. Assim se sobrepujam a estrita legalidade tributária, o devido processo legal e a segurança jurídica, marcados pela ruptura com o passado autoritário, o que jamais deve ser desconsiderado no contexto constitucional e nos valores comunitários de nossa ordem estabelecida.

Segundo Paulo de Barros Carvalho, a interpretação do objeto cultural que é o direito exige o envolvimento com “as proporções inteiras do todo sistemático, incursionando pelos escalões mais altos e de lá regressando com os vetores axiológicos ditados por certas normas, como é o caso dos chamados ‘princípios fundamentais’” (CARVALHO, 2014, p. 823).

Em nossa fundação constitucional foram estabelecidos princípios gerais, como o da legalidade (artigo 5º.) ou específicos, como o da estrita legalidade tributária (artigo 150). Esses princípios podem ser explícitos, como no caso da anterioridade tributária, ou implícitos, como a isonomia das pessoas políticas, mas estarão sempre distribuídos entre a linguagem objeto (direito positivo) e as metalinguagens jurídicas específicas, ainda que se considerem princípios apenas aqueles positivados no ordenamento.

A importância de que estejam positivados os princípios é o que consagra a legitimidade das obrigações comunitárias, na concepção dworkiana, na medida em

que o conceito surge após a aplicação do critério seletivo aplicado pelo legislador, como um traço definidor que exprime um juízo de valor em consonância com a ideologia daquela comunidade.

O núcleo consciente de valores básicos da comunidade nacional que fundou a ordem jurídica instaurada pela Constituição da República de 1988, que opera de forma rígida e com a hierarquização dos valores, é o que dá consistência aos princípios (“símbolos de preferência por ações indeterminadas permanentes”, segundo Paulo de Barros Carvalho (CARVALHO, 2014, p. 833)). Como destaca Celso Antônio Bandeira de Mello, “ordenamento jurídico quer dizer uma coleção de comandos e determinações”⁴.

A rigidez do texto constitucional e da sua supremacia hierárquica decorre da própria existência da Constituição, cuja normatividade é assegurada em qualquer teoria constitucional. A observância do texto constitucional sem que seja permitida a sua relativização origina-se, então, da soberania popular, diante da fundação do Estado nacional a partir desse evento constituinte, sob pena de revogação do pacto estabelecido.

Em matéria tributária não é diferente, sendo considerada a norma jurídica como instrumento de ação social que busca disciplinar e conduzir os fatos sociais no âmbito da relação entre contribuinte e Administração Pública.

Assistem aos particulares a estrita legalidade tributária, assim como o preceito de que não é proibido tudo que não esteja expressamente vedado no ordenamento.

Já a Administração Pública goza da legitimidade e certeza de seus atos, encurtando-se o rito processual para a execução de deveres com maior celeridade e com a possibilidade de constrição patrimonial. A atividade administrativa é estritamente vinculada e, qualquer autorização para que o Estado intervenha na

⁴ Palestra proferida em 2015 no II Curso de Direito e Processo Administrativo da Justiça Militar da União. Informações disponíveis em: <https://www.stm.jus.br/informacao/agencia-de-noticias/item/4887-bandeira-de-mello-afirma-que-o-poder-da-autoridade-deve-estar-a-servico-do-interesse-publico>

esfera subjetiva dos contribuintes demanda expressa autorização de acordo com os parâmetros constitucionais. Pelos parâmetros constitucionais, a Administração somente pode agir conforme determina a lei, e não se considera lícito atuar de toda forma que a lei não proíba, não cabendo a invocação das limitações constitucionais ao poder de tributar contra o contribuinte.

O princípio da integridade, no sistema tributário brasileiro, reforça a garantia de transparência e equidade na cobrança de tributos, de modo que os atos da Administração Pública devem estar pautados na lei, preservando a confiança dos cidadãos na justiça tributária e garantindo a destinação adequada da arrecadação com a contrapartida da prestação de serviços públicos de qualidade.

3 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INTEGRIDADE NO SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL

No modelo proposto por Ronald Dworkin, em que a comunidade como um todo submete-se coerentemente aos princípios e às regras que deles decorrem, reconhecendo que não é governada apenas por regras explícitas anteriormente firmadas, o conjunto de normas públicas reconhecidas pode expandir-se e contrair-se organicamente, acompanhando as novas circunstâncias e o desenvolvimento da sofisticação, da percepção e da interpretação da comunidade. Esse movimento de expansão e contração orgânica, no entanto, é pautado necessariamente pelo programa, diretrizes e princípios estabelecidos por aquela comunidade.

Assim se mostra a atualidade da aplicação do princípio da integridade de Dworkin, mostrando-se como uma importante ferramenta para a proteção dos direitos fundamentais inclusive no Brasil hoje. No entanto, sua aplicação ainda enfrenta alguns desafios.

Um dos principais desafios reside nas variações sensíveis nos padrões axiológicos dos indivíduos de determinada comunidade na hierarquização e definição

dos princípios constitucionais. Ainda que marcada pela resposta ao regime autoritário e pela instituição do regime democrático, preconizando garantias fundamentais ligadas ao devido processo legal e às garantias fundamentais, com cláusulas pétreas e de deliberada rigidez textual, em nosso texto constitucional há uma ampla gama de direitos e garantias fundamentais que podem contrapor-se, gerando conflitos entre princípios e dificultando a sua aplicação de forma integrada e coerente.

Além das sensíveis divergências internas na comunidade, a aplicação do princípio da integridade requer uma mudança de paradigma no sistema jurídico brasileiro. É preciso superar a visão fragmentada e positivista do direito, que tende a reduzir a Constituição a um conjunto de normas isoladas e desconectadas. Assim se faz necessário adotarmos uma visão mais holística e sistemática do direito, que busque compreender a Constituição como um todo orgânico e orientada por valores e objetivos definidos.

Na sociedade em rede atual, de elevada complexidade, sobretudo no âmbito do direito, cada vez mais busca-se a concatenação de distintos modelos teóricos para disciplinar a fundamentação e a interpretação nas decisões judiciais, inclusive em matéria tributária. A ideologia constitucional que institucionalizou os conceitos datados de 1988 é descoberta pelo texto, contexto e intertexto, que são os limites da interpretação.

Cada vez mais a doutrina vem se debruçando sobre o antagonismo crescente entre o Poder Judiciário e o texto constitucional, marcado por movimentos acadêmicos e políticos em defesa da superação da normatividade, a despeito do paradigma constitucional estabelecido em 1988. Senão vejamos as ponderações de Victor Bianchini Rebelo:

O processo formador do paradigma constitucional vivenciado no Brasil pós-1988, traduzido numa tensão entre ruptura e continuidade entre o establishment tradicionalista, predominante durante o período militar (e também anterior a ele) e a nova geração de constitucionalistas formados na tradição crítica do pós-1988, merece um olhar mais atento. A dificuldade de se estabelecer no Judiciário um marco entre o fim de um regime autoritário

e o início de uma democracia gerou dificuldades na formação de um conceito compreensível de limites jurídicos, império e autonomia do direito. (REBELO, s./d.)

A despeito da infinita semiose – quando são produzidas decisões judiciais de determinada maneira, estabelece-se um significado para o que antes era o suporte físico e, por sua vez, passa a ser considerado o significado como suporte físico, numa inesgotabilidade da interpretação, paulatinamente restritiva e direcional – o limite da arbitrariedade na interpretação é um mínimo de sentido culturalmente estabelecido sobre determinado substrato (texto legal), que intervém no repertório comum das pessoas de forma sintática, semântica e pragmática.

Nesta atribuição de sentido conforme nossos parâmetros culturais constitucionalmente estabelecidos, a teoria integrativa dworkiana destaca um processo de interpretação da própria prática jurídica, e não de uma moral política abstrata e atemporal, de forma tal que a integridade seja tratada como um ideal independente da justiça e da imparcialidade na política comum.

Na fenomenologia da incidência, para que uma norma percuta efeitos na realidade, é necessário que o relato seja produzido na linguagem própria do direito: é a linguagem do direito que constitui a realidade jurídica. A incidência pressupõe a projeção da linguagem do direito sobre as condutas intersubjetivas para organizá-las deonticamente⁵.

Assim, a partir dos critérios de identificação da hipótese de uma norma geral e abstrata, o aplicador, na interpretação dos textos jurídicos, demarcada a classe de fatos juridicizados, interpretando a linguagem da “realidade social”, devidamente constituída pela linguagem das provas, inclui um fato denotativo da classe na hipótese e produz nova linguagem jurídica, relatando no antecedente de uma norma individual e concreta a ocorrência e a ela imputa a relação jurídica pré-determinada (como proposição-consequente desta norma).

⁵ Cf. CARVALHO, Aurora Tomazini. *Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico*. 5ª. ed. São Paulo: Noeses, 2016., p. 449.

Nesta postura de enfrentamento do direito positivo, constituindo-o mediante uma leitura sistemática, os limites de sua interpretação são pré-determinados na ideologia constitucional, de forma que o reconhecimento da integridade e da equidade política como pressupostos da atividade jurisdicional exige que a resolução da ausência de consensos em determinadas matérias se dê externamente ao sistema de justiça, como forma de lhe conferir legitimidade dentro da delimitação que é colocada ao Poder Judiciário no Estado democrático de Direito.

Outro desafio na implementação do princípio da integridade no sistema tributário nacional é a resistência de setores conservadores da sociedade e do poder público à implementação de políticas públicas que promovam a igualdade e a justiça social.

Sobretudo num país marcado pela dramática desigualdade social e regional como o Brasil, o princípio da integridade exige a promoção de políticas públicas que garantam o acesso de todos os cidadãos aos direitos fundamentais, como saúde, educação, moradia e segurança. Nessa perspectiva a integridade concretiza-se também pela integração da nação.

De acordo com estudo lançado pelo Laboratório das Desigualdades Mundiais⁶, da Escola de Economia de Paris, acentuou-se a mazela no Brasil de um dos países desiguais do mundo após a pandemia de COVID-19, diante de i) os 10% mais ricos no Brasil ganharem quase 59% da renda total nacional; ii) os 50% mais pobres ganham 29 vezes menos do que os 10% mais ricos; iii) a metade mais pobre no Brasil possui menos de 1% da riqueza do país; e iv) o 1% mais rico possui quase a metade da fortuna patrimonial brasileira.

No entanto, a implementação dessas políticas muitas vezes esbarra em interesses econômicos e políticos contrários, por vezes alegadamente justificados

⁶ FERNANDES, Daniela. "4 dados que mostram por que o Brasil é um dos países mais desiguais do mundo, segundo relatório", *in* BBC Brasil. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-59557761>

com base no próprio texto constitucional, geralmente em nome da defesa da propriedade privada e da ordem econômica.

A título de exemplo, temos a amplamente difundida afirmação de que o Brasil teria a maior carga tributária do mundo, compreendendo 33,9% do PIB nacional em 2021⁷. Em comparação com os demais países da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), contudo, verifica-se que essa carga é inferior à média, que é de 34,3%.

Com efeito, embora tenhamos uma carga tributária geral abaixo da média dos países da OCDE, a distribuição dessa tributação sobre as bases imponíveis aqui não é verificada de maneira progressiva, tal qual deve ser em países democráticos. Dessa forma reforça-se a desigualdade social, sobretudo em países marcados pela ampla desigualdade social como é o Brasil.

No que se refere à carga tributária sobre a renda, lucro e ganho de capital, a carga tributária do Brasil (7,3% do PIB) é muito inferior à média dos países da OCDE (11,4% do PIB), segundo comparativo de 2019⁸. Já a carga tributária sobre bens e serviços brasileira (14,1% do PIB) é uma das maiores dentre os países da OCDE, cuja média é de 11% do PIB⁹.

Esse caráter regressivo do sistema tributário nacional, no qual há maior tributação sobre o consumo do que sobre a renda e o patrimônio, aumenta a concentração de riqueza e acentua a desigualdade no país, conquanto o impacto da tributação sobre o consumo é maior para os mais pobres e menor para os mais ricos, já que os tributos incidentes sobre determinada mercadoria ou serviço são iguais para qualquer pessoa, independentemente da renda que ela tenha.

⁷ "Carga tributária bruta do Governo Geral chega a 33,90% do PIB em 2021". Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2022/abril/carga-tributaria-bruta-do-governo-geral-chega-a-33-90-do-pib-em-2021>

⁸ "Carga Tributária no Brasil 2020: Análise por Tributos e Bases de Incidência". Disponível em: <https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos/carga-tributaria/carga-tributaria-no-brasil-2020>

⁹ "Carga Tributária no Brasil 2020: Análise por Tributos e Bases de Incidência". Disponível em: <https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos/carga-tributaria/carga-tributaria-no-brasil-2020>

Nesse sentido, a aplicação do princípio da integridade requer um compromisso dos agentes públicos e da sociedade civil com a proteção dos direitos fundamentais e com a integração nacional, em busca da defesa da progressividade do sistema tributário nacional e das funções das instituições de fiscalização e arrecadação de modo geral. É preciso que juízes, procuradores, advogados e demais operadores do direito estejam socialmente comprometidos com o contexto em que vivemos, constitucionalmente fundado em 1988, bem como que a sociedade civil esteja engajada na defesa dos direitos fundamentais e no monitoramento das políticas públicas.

A aplicação do princípio da integridade, ainda, enfrenta a falta de cultura jurídica e de educação tributária na sociedade brasileira. As dificuldades no acesso à justiça e à informação e a parca educação financeira – sobretudo pela baixa renda e escolaridade da população em geral – afastam uma parcela considerável da população da defesa dos seus interesses diante do Estado. Assim se verifica uma participação de poucos na aplicação e na garantia da lei tributária, impedindo a realização dos ideais de comunidade, justiça e equidade defendidos pelo princípio da integridade.

Recorrentemente vemos a divulgação de um estudo no qual se diz que as empresas no Brasil gastam em média 1958 horas por ano para a gestão tributária¹⁰, que compreende o preparo, a declaração e o pagamento de tributos, e isso seria mais do que em qualquer outro país do mundo. De fato, a legislação brasileira é complexa e esparsa, devendo ser simplificada para conferir maior transparência e legitimidade à arrecadação estatal.

Entretanto, considerando que 99% das empresas no país são optantes do regime do Simples Nacional¹¹, não há como admitir-se que o tempo gasto com a

¹⁰ “Empresas gastam, em média, 34 mil horas por ano com trâmites tributários”. Disponível em: <https://www.soluioit.com.br/empresas-gastam-em-media-34-mil-horas-por-ano-com-tramites-tributarios>

¹¹ “Empresas do Simples Nacional vivem mais que as não optantes do regime”. Disponível em: <https://dlbcontabilidade.com.br/empresas-do-simples-nacional-vivem-mais-que-as-nao-optantes-do-regime/>

gestão tributária das grandes empresas seja prioridade para a melhoria do sistema tributário nacional. Com efeito, tratar-se-ia de uma melhora significativa para o impulsionamento produtivo do país, mas não auxiliaria no combate à desigualdade social ou à reversão da regressividade do sistema.

Além das adversidades acima mencionadas, o princípio da integridade no Brasil esbarra também em problemas estruturais do sistema jurídico e tributário do país. A falta de recursos e pessoal nos órgãos responsáveis pela aplicação da lei, a morosidade do Judiciário e a complexidade do sistema tributário dificultam a aplicação efetiva do método proposto pelo filósofo estadunidense. Enquanto atualmente apenas 37,3% do quadro total de servidores da Receita Federal está preenchido¹², o processo administrativo tributário federal leva, em média, seis anos de duração, segundo o Tribunal de Contas da União (TCU)¹³.

Em auditoria realizada por este mesmo órgão juntamente com a Controladoria Geral da União (CGU) concluiu-se como este aspecto estruturante do contencioso administrativo tributário prejudica a integridade no sistema tributário nacional:

A falta de tempestividade na atuação do Carf acaba por gerar um desestímulo à arrecadação espontânea, seja em razão da percepção da ineficiência na cobrança tributária por parte do Estado, ou do sentimento de injustiça na distribuição do ônus tributário. Ademais, são efeitos dessa morosidade uma maior dificuldade de recuperação de crédito, nas causas favoráveis à União, e o prolongamento de situações indevidamente constituídas contra o contribuinte, nos casos em que a decisão for favorável ao contribuinte. (Acórdão nº. 1.076/2016, Plenário do Tribunal de Contas da União, Relator Raimundo Carreiro, sessão de 04/05/2016)

Na esfera judicial também são verificados diversos óbices inerentes à estrutura e funcionamento do processo no Brasil hoje para a racionalização, simplificação, neutralidade, equidade e progressividade no sistema tributário.

¹² "Concurso para 699 vagas não amenizará o déficit de pessoal, que é de 22.979 servidores, sendo 10.618 analistas e 13.682 auditores". Disponível em: <https://degraucultural.com.br/noticia/concurso-receita-federal-apenas-37-do-quadro-esta-preenchido>

¹³ "O TCU e o Desenvolvimento Nacional: Contribuições para a administração pública". Disponível em: https://sites.tcu.gov.br/desenvolvimento-nacional/sistema_tributario.html

Betina Treiger Grupenmacher e Maria Angélica Feijó demonstraram no artigo “Conflito de precedentes em matéria tributária: mudança de entendimento jurisprudencial e segurança jurídica” (GRUPENMACHER; FEIJÓ, 2022), por exemplo, como precedentes vinculantes do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF), acerca do mesmo tema tributário, mas conflitantes entre si, prejudicam a segurança jurídica e a proteção da confiança.

Em que pese o grau de discricionariedade inerente às decisões judiciais, a subjetividade do juiz não ultrapassa os limites interpretativos do texto posto e dos condicionantes materiais constitucionalmente delimitados. Nas lições de Paulo de Barros Carvalho, valoriza-se a subordinação hierárquica enquanto alicerce do pacto social:

O problema da hierarquia não se esgota com as observações que precederam. Há a hierarquia sintática, de cunho eminentemente lógico, assim como há a hierarquia semântica, que se biparte em hierarquia formal e hierarquia material. Aliás, a subordinação hierárquica, no Direito, é uma construção do sistema positivo, nunca uma necessidade reclamada pela ontologia objetiva. Dito de outra maneira, não é a regulação da conduta, em si mesma, que pede a formação escalonada das normas jurídicas, mas uma decisão que provém do ato de vontade do detentor do poder político, numa sociedade historicamente dada. (CARVALHO, 2014, p. 212)

Segundo Dworkin, mesmo no que considera “casos difíceis”, quando não existem regras específicas para a regulação de determinada conduta, cabe aos juízes descobrir quais os direitos jurídicos das partes (DWORKIN, 2010, p. 127), afastando-se da discricionariedade judicial e buscando uma abordagem interpretativa da questão, assegurando coerência mediante os princípios morais decorrentes da prática social e das obrigações comunitárias.

A estipulação de uma forma comunitária que conceba as distintas formas de pensamento e ocasionais divisões sociais em temas sensíveis passa,

necessariamente, pela formação de consensos científicos, na pragmática do conhecimento científico¹⁴.

Mesmo diante da ocasional divergência entre as pessoas sobre a implicação dos princípios com as normas da comunidade, a aceitação da integridade por uma comunidade traz “um veículo para a transformação orgânica” (DWORKIN, 2014, p. 229). Nesse sentido, a integridade reúne a vida moral e política das pessoas, de tal sorte que a interpretação da organização comum da justiça prevalecente em determinada comunidade, nas hipóteses de conflito, seja dada em virtude da cidadania.

O valor da integridade, além da vantagem prática enquanto veículo de transformação orgânica, expressa-se na ideia de obrigação política dos cidadãos de determinada comunidade como a fidelidade a um sistema de princípios, identificado por cada um tal qual o sistema da comunidade.

A legitimidade desta comunidade e deste sistema é colocada pelo estabelecimento das regras do consenso popular, em países cujo ordenamento jurídico é escrito, como no Brasil, em que são aperfeiçoadas tais práticas sociais pelas disposições constitucionais (LYOTARD, 2021, p. 80-81) e pela garantia dos valores que constituíram a comunidade.

Como consequências da falta de integridade no sistema tributário, pois, além do enfraquecimento da segurança jurídica, ocasiona-se um déficit de legitimidade e de soberania estatal, infirmo as obrigações comunitárias, desacreditando as

¹⁴ Jean-François Lyotard coloca a regra da adequação dos enunciados da seguinte forma: “o que eu digo é verdadeiro porque o provo; mas o que prova que a minha prova é verdadeira? A solução científica desta dificuldade consiste na observância de uma dupla regra. A primeira é dialética ou mesmo retórica de tipo judiciário: é referente o que pode fornecer matéria comprobatória no debate. Não é isso: posso provar porque a realidade é como eu a digo, mas, quando posso provar, é permitido pensar que a realidade é como eu a digo. A segunda é metafísica: o mesmo referente não pode fornecer uma pluralidade de provas contraditórias ou inconsistentes; [...] esta dupla regra sustenta o que a ciência do século XIX chama verificação, e a do século XX, falsificação. Ela permite dar ao debate dos parceiros, remetente e destinatário, o horizonte do consenso. Todo consenso não é indicativo de verdade; mas supõe-se que a verdade de um enunciado não pode deixar de suscitar o consenso” (2021, p. 70).

instituições, desincentivando o adimplemento tributário, corroborando com a litigiosidade e embaraçando a consecução dos objetivos fundamentais da República.

Inobstante o aumento das complexidades trazido pelo desenvolvimento da atual sociedade em rede, esperava-se que a interpretação jurídica nos tempos hodiernos assumisse uma acepção externa, de caráter menos subjetivo e mais relacionada à argumentação e aplicação do direito, mediante a formação de pares (LYOTARD, 2021, p. 71) e consensos. Assim este sistema de linguagem, autopoietico, regula sua própria interpretação pelas normas de interpretação existentes, válidas e vigentes, agindo para atender às complexidades da sociedade.

Normas de interpretação são normas que fundamentam a operação, compondo o programa que permite identificação e hierarquização os fundamentos, independentemente da subjetividade do intérprete, mas com orientações para a fundamentação lícita de uma decisão judicial, por exemplo. As normas de interpretação prescrevem como deve ser a conduta de criar outras normas. São tidas por enunciados normativos que compõem o programa da decisão, subdividem-se entre normas de interpretação processuais, tais como as disposições previstas no Código de Processo Civil, e normas de interpretação materiais, como é o caso das limitações constitucionais ao poder de tributar e das prescrições contidas no Código Tributário Nacional (norma de interpretação material especial).

A violação de uma norma de interpretação, por meio de uma decisão jurisdicional que não tenha sido fundamentada pelas normas de interpretação existentes, válidas e vigentes para hierarquização e identificação dos fundamentos, ocasiona as consequências típicas do descumprimento de qualquer dispositivo legal – a invalidação ou a nulidade do ato, mas também atinge a própria segurança jurídica,

a previsibilidade¹⁵ e a estabilidade do sistema de justiça e, por conseguinte, o próprio Estado de Direito¹⁶.

Da clássica questão no direito acerca da legitimidade do poder coercitivo estatal e de suas razões, Dworkin traz outro problema clássico: o da obrigação política. Não obstante esses dois pontos não sejam idênticos – o da legitimidade do uso da força do Estado contra os cidadãos e se as decisões do Estado impõem obrigações genuínas sobre os cidadãos –, o autor considera que a distinção da integridade como um valor legítimo confere um melhor argumento em favor da legitimidade estatal. Em suas palavras, “um Estado é legítimo se sua estrutura e suas práticas constitucionais forem tais que seus cidadãos tenham uma obrigação geral de obedecer às decisões políticas que pretendem impor-lhe deveres” (DWORKIN, 2014, p. 232).

A precaução contra recorrentes violações do texto constitucional também é recomendada por Ferrajoli, alertando que as democracias constitucionais do pós-guerra e pós-ditaduras albergam limites da “esfera do indecível” (FERRAJOLI, 2014, p. 19), cujo rompimento ocasionaria um “processo de desconstitucionalização” (FERRAJOLI, 2014, p. 13). Contra tais arbitrariedades e em nome dos princípios morais e políticos que servem de alicerce à organização social é que Dworkin defende a existência de uma “resposta correta” (DWORKIN, 2001, p. 175) dos juízes, traduzida por Lenio Streck como “resposta adequada à Constituição e não à consciência do intérprete” (STRECK, 2013, p. 88).

Nesta leitura se privilegia a trajetória da formação da sociedade democrática e da construção do Direito moderno, assentados em uma comunidade de princípios.

¹⁵ “A ideia de previsibilidade está ligada à chamada univocidade de resultados – *eindeutiges Ergebnis* – e funciona, conforme demonstrou César García Novoa, como limitador dos atos de aplicação da legislação tributária pela Administração e pelos Tribunais”. (PANDOLFO, Rafael. “Os precedentes e a nova LINDB: Novo patamar de segurança jurídica no processo administrativo tributário”, *in* 30 anos da Constituição Federal e o sistema tributário brasileiro. 1ª. ed. São Paulo: Noeses, 2018, p. 970)

¹⁶ Para Rafael Pandolfo, “A configuração mínima desse ambiente há pouco referido exige a combinação de fatores sociais, políticos e jurídicos. Todos eles estão apoiados na segurança jurídica, eixo central do Estado de Direito, cujo respeito estimula a participação dos agentes econômicos na construção de um novo cenário econômico e social” (2018, p. 967).

Francisco José Borges Motta atribui à “resposta correta” de Dworkin uma dupla dimensão, diante da confirmação da legitimidade de uma decisão tanto procedimentalmente quanto de modo interpretativo, tal que venha a “apresentar etapas e garantias procedimentais como exigências democráticas, [...] atribuindo-lhe um propósito, uma intencionalidade, e reinterpretando-o a partir disso” (MOTTA, 2017, p. 216).

Além da adesão do sistema jurídico a um sistema tributário nacional caracterizado pela integridade, que busque a integração da nação, em atenção aos sobreprincípios da segurança jurídica, da legalidade, da igualdade, da universalidade da jurisdição e do combate à desigualdade social, impõe-se o robustecimento das instituições arrecadatórias e de fiscalização, com maior celeridade ao contencioso tributário, com a melhoria da transparência do fisco, o fortalecimento da participação da sociedade civil no processo da arrecadação de impostos e o aumento da conscientização da população sobre a importância da ética na gestão tributária e da arrecadação estatal.

Segundo defende Dworkin, “a história da prática social define os grupos comunitários aos quais pertencemos e as obrigações daí resultantes” (DWORKIN, 2014, p. 238). A descrição desses grupos comunitários e a afirmação ou rejeição dessas obrigações são conceitos interpretativos, sendo definidos os grupos e obrigações por meio de uma atitude interpretativa, e não apenas imposta por convenções, decretos ou rituais.

Diante do objetivo ao qual se propõe a teoria integrativa, trilhando o pensamento para o aperfeiçoamento do direito, segundo seu entendimento fundamentalmente estruturado na submissão da comunidade às virtudes da integridade, são identificadas as características elementares das obrigações comunitárias. Desta maneira, a propriedade interpretativa deste modelo não se trata de uma propriedade psicológica de alguns membros desse grupo, mas práticas que deveriam ser adotadas por quaisquer pessoas na mesma situação.

Apesar desses desafios, é importante que o princípio da integridade continue a ser discutido e aplicado no Brasil, especialmente em questões tributárias. A promoção de uma cultura jurídica mais forte e o investimento em recursos e pessoal nos órgãos responsáveis pela aplicação da lei, pela arrecadação e pela fiscalização podem ajudar a superar esses desafios e promover uma aplicação mais justa e equitativa das leis tributárias.

4. CONCLUSÃO

Deparamo-nos, portanto, com a importância do princípio da integridade para a busca pela justiça tributária e para a integração da comunidade política estabelecida no território nacional.

Abandonando uma visão fragmentada do direito e adotando uma visão sistemática do texto constitucional, considerando valores e objetivos nele definidos, inserimo-nos na teoria integrativa de Dworkin que destaca a interpretação na prática jurídica ao invés de uma moral política abstrata. Enquanto pressupostos da atividade jurisdicional, a integridade e a equidade devem estar dentro dos limites da ideologia constitucional, de forma que a ausência de consenso em determinadas matérias seja resolvida fora do sistema de justiça, inclusive para conferir maior legitimidade ao Poder Judiciário no Estado democrático de Direito.

O princípio da integridade requer que agentes públicos e a sociedade civil se comprometam em proteger os direitos fundamentais e em promover a integração nacional. Para tanto, é importante atuarmos em prol da progressividade do sistema tributário nacional e na defesa das instituições de fiscalização e arrecadação, tendo em vista a consecução dos objetivos fundamentais esculpidos na Constituição da República de 1988.

A legitimidade do Estado é baseada no consenso popular estabelecido pelos princípios do ordenamento jurídico e pelas disposições constitucionais, em uma

estrutura na qual se garanta que os cidadãos assumam obrigação geral de obedecer às decisões políticas impostas comunitariamente.

Cumpramos ressaltar que o modelo proposto não implica nem pressupõe a ausência de conflitos, mas que mesmo diferentes conflitos estão sujeitos à interpretação, exercida inclusive pelo Judiciário em seu papel de determinar as responsabilidades associativas. No sistema tributário nacional, a partir dos consensos lógicos estabelecidos pela sociedade, em atendimento aos princípios da democracia constitucional, pela garantia dos direitos fundamentais e à luz do texto positivado na Constituição da República de 1988, define-se a resposta correta ou adequada considerando os constrangimentos epistemológicos e condicionantes materiais impostos pelo legislador constituinte originário.

A melhor defesa da legitimidade política, portanto, encontra-se no terreno da fraternidade, da comunidade e de suas respectivas obrigações, estando contida a obrigação na essência da associação política. O sentido de legitimidade é, assim, adotado como “o direito de uma comunidade política de tratar seus membros como tendo obrigações em virtude de decisões coletivas da comunidade” (DWORKIN, 2014, p. 249-250).

Nessa perspectiva, a relação entre as obrigações políticas e a comunidade política é permeada pelo atendimento das condições necessárias às condições de fraternidade, sendo que enquanto as autoridades dessas comunidades têm obrigações especiais para com suas comunidades e no interior delas, a obrigação principal na comunidade política é a fidelidade geral ao direito.

Para Dworkin, a comunidade é anterior à justiça e à equidade, sendo elas vistas de acordo com as práticas e valores de determinado grupo específico, implicando que as comunidades políticas consistem em comunidades associativas. O modelo de comunidade por ele defendido considera que as pessoas se associam pela aceitação de que são governadas por princípios comuns, “e não apenas por regras criadas por um acordo político” (DWORKIN, 2014, p. 254), sendo a concepção de

uma comunidade política genuína. Desse sistema contido numa comunidade de princípios decorrem direitos e deveres para seus membros, o que é aceito pelos demais ainda que não sejam expressos ou nunca tenham sido formalmente declarados.

Sob a perspectiva do conteúdo material desses princípios, não necessariamente esses direitos e deveres estão condicionados à aprovação integral desse sistema, sendo obrigações que decorrem “do fato histórico de sua comunidade ter adotado esse sistema, que é então especial para ela, e não da presunção de que ele [cada membro da comunidade] o teria escolhido se a opção tivesse sido inteiramente sua” (DWORKIN, 2014, p. 255).

Um dos componentes desse modelo de comunidade, a verdadeira comunidade política para Dworkin, é a aceitação da integridade política como um ideal político distinto, inclusive como uma forma de acordo entre a moral política de diferentes perspectivas que não ocorreria de outro modo. Em sua perspectiva, o modelo dos princípios “satisfaz as condições da verdadeira comunidade melhor do que qualquer outro modelo de comunidade possível para pessoas que divergem sobre a justiça e a equidade a serem adotadas” (DWORKIN, 2014, p. 257), não significando que automaticamente seja uma comunidade justa, infalível e que não ocorram violação de direitos. Pela compreensão das práticas políticas com base na leitura substancial dos princípios, justifica-se a legitimidade de nossas instituições e das obrigações políticas que dela decorrem, “como uma questão de fraternidade” (DWORKIN, 2014, p. 258).

Nessa leitura reforça-se a responsabilidade políticas dos juízes e operadores do direito em geral, garantindo a sua autonomia dentro das regras do jogo e com o fortalecimento das instituições, oferecendo previsibilidade e coerência com o Estado democrático de Direito aos jurisdicionados e, assim, prevalecendo a integridade como virtude soberana de nossa comunidade.

Equipara-se, desta maneira, a integridade a um ideal político como a justiça, a equidade e o devido processo legal. A teoria integrativa, conforme vimos, se verifica no princípio integrativo legislativo, restringindo a criação do direito pelos legisladores e outros partícipes na alteração das normas públicas, e no princípio integrativo jurisdicional, delimitando o tratamento das normas públicas nas decisões judiciais sob uma perspectiva sistêmica e coerente do conjunto de princípios. A adoção da integridade pelos juízes garantiria, nessa perspectiva, o direito dos cidadãos de serem julgados conforme a melhor concepção da exigência ou responsabilidade exarada pela norma jurídica daquela comunidade naquela época, de forma coerente “como se o Estado tivesse uma única voz”¹⁷.

Assim, a busca pela fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais desse sistema concebe que a justiça e a equidade coexistam na exata proporção, de modo que nem sempre a coerência literal corresponderá a correta distinção da integridade, que antes guarda relação com os princípios. Dessa maneira o autor preconiza a dinamicidade e o radicalismo da norma na teoria proposta, na medida em que circunscreve a atuação do juiz em coerência com o princípio fundamental. Nesta concepção do direito, fundamentada no princípio integrativo, entende-se que há menor abertura para argumentos de caráter pragmático diante do estabelecimento de direitos constitucionais substantivos.

REFERÊNCIAS

CARVALHO, Aurora Tomazini. **Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico**. 5ª. ed. São Paulo: Noeses, 2016.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 26ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

¹⁷ *Idem ibidem*, p. 263.

CARVALHO, Paulo de Barros. "Princípios e sobreprincípios da interpretação do direito" *in* GRUPENMACHER, Betina Treiger (coord). **Tributação: Democracia e liberdade**, São Paulo: Noeses, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3ª. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jeferson Luiz Camargo, 3ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. 2ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Poderes selvagens: a crise da democracia italiana**. Tradução de Alexander Araujo de Souza. 1ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GRUPENMACHER, Betina Treiger; FEIJÓ, Maria Angélica. **Conflito de precedentes em matéria tributária: mudança de entendimento jurisprudencial e segurança jurídica**. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, v. 67, n. 1, p. 107-125, jan./abr. 2022. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/81979>

LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. Tradução de Ricardo Corrêa Barbosa, 20ª. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2021.

MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a decisão jurídica**. 2ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

PANDOLFO, Rafael. "Os precedentes e a nova LINDB: Novo patamar de segurança jurídica no processo administrativo tributário", *in* **30 anos da Constituição Federal e o sistema tributário brasileiro**. 1ª. ed. São Paulo: Noeses, 2018.

REBELO, Victor Bianchini. "Apontamentos sobre o consequentialismo a partir da CHD", *in* **Consultor Jurídico**, 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-mar-11/diario-classe-apontamentos-consequencialis-mo-partir-chd>

Referências Jurisprudenciais

Acórdão nº. 1.076/2016, Plenário do Tribunal de Contas da União, Relator Raimundo Carreiro, sessão de 04/05/2016.

O RECONHECIMENTO JURÍDICO DA FAMÍLIA HOMOAFETIVA: ANÁLISE DA DECISÃO DA ADI 4277 E DA ADPF 132 A PARTIR DA CONCEPÇÃO DE PARADIGMA EMERGENTE

THE LEGAL RECOGNITION OF HOMOAFECTIVE FAMILY: ANALYSIS OF THE COURT DECISION FROM THE CONCEPT OF EMERGING PARADIGM

João Paulo Andrade de Souza¹

Resumo: O presente estudo busca compreender em que medida podemos considerar que o reconhecimento jurídico da união estável e casamento homoafetivo constitui-se enquanto paradigma emergente. O método empregado é o dedutivo e a pesquisa configura-se enquanto jurídico-compreensiva. Com abordagem qualitativa e caráter exploratório, compreende a análise de dados primários e secundários, sendo empregada a técnica de pesquisa documental. O referencial teórico parte da noção de paradigma de Thomas Kuhn, Karl Popper e Boaventura de Sousa Santos. Os resultados alcançados indicam uma crise do paradigma dominante expresso pelo Código Civil de 1916, que advém das mudanças trazidas pela Constituição Federal de 1988. Assim, podemos compreender o reconhecimento estatal da família homoafetiva enquanto entidade familiar, através da decisão da ADI 4277 e da ADPF 132, como um sinal do paradigma que se anuncia no horizonte, posto que se amplia o objeto em busca de novas e mais variadas interfaces, de novos arranjos familiares carentes de reconhecimento por parte do Estado.

Palavras-chave: Família homoafetiva. Homoafetividade. Crise do paradigma. Paradigma emergente.

Abstract: The present study seeks to understand to what extent we can consider the legal recognition of stable unions and same-sex marriage as an emerging paradigm. The deductive method is employed, and the research takes the form of legal-comprehensive analysis. With a qualitative and exploratory approach, it involves the analysis of primary and secondary data, using documentary research as the technique. The theoretical framework is based on the notion of paradigm by Thomas Kuhn, Karl Popper, and Boaventura de Sousa Santos. The results indicate a crisis of the dominant paradigm expressed by the Civil Code of 1916, stemming from the changes brought about by the Federal Constitution of 1988. Thus, we can understand the state recognition of same-sex families as a family entity, through the decision of ADI 4277 and ADPF 132, as a sign of the emerging paradigm on the horizon, as it expands the scope in search of new and more varied interfaces, of new family arrangements in need of recognition by the State.

¹ Graduado em Direito e Mestrando em Direitos Fundamentais e Justiça na Universidade Federal da Bahia, Salvador, Bahia, Brasil. Graduado em Comunicação Social pela Universidade Federal de Sergipe, São Cristóvão, Sergipe, Brasil. Advogado. Experiência na área de Direito Civil, Direito do Consumidor e Direito de Família. Interesse acadêmico em Direito Civil, especialmente Direito de Família e Sucessório. <https://orcid.org/0009-0007-1380-3805> <http://lattes.cnpq.br/9257032635041782>

*O RECONHECIMENTO JURÍDICO DA FAMÍLIA
HOMOAFETIVA: ANÁLISE DA
DECISÃO DA ADI 4277 E DA ADPF 132 A
PARTIR DA CONCEPÇÃO DE PARADIGMA
EMERGENTE*

João Paulo Andrade de Souza

Keywords: Homoaffective family. Homoaffectivity. Paradigm crisis. Emerging paradigm.

Recebido em: 17/04/2023
Aceito para publicação em: 27/07/2023

1 INTRODUÇÃO

Em dado momento, o Estado instituiu o casamento como única forma de constituição de família. O Código Civil de 1916 disciplinava que a família matrimonializada detinha o caráter exclusivo de entidade familiar legítima. A legislação tinha uma forte influência da Igreja, bem como nuances biológicas, patriarcais e patrimonialistas.

Adiante, a Constituição Federal de 1988 foi responsável por grandes mudanças, tendo se tornado um verdadeiro marco ao prever de forma expressa, além do casamento, a união estável e a família monoparental como entidades familiares. Ademais, a Constituição trouxe a ideia de pluralidade das entidades familiares, o que modificou por completo a feição do que se considerava família.

À vista disso, pautada em uma interpretação sistêmica da Constituição, consagrou-se que a noção de família não está limitada às entidades expressamente previstas no texto constitucional, admitindo-se novas modalidades. Ou seja, é possível reconhecer como família arranjos outros que escapam aos modelos expressamente previstos.

A chamada união homoafetiva pode ser citada como exemplo de arranjo que escapa ao modelo posto na letra da lei. Contudo, até hoje não há legislação que discipline a questão, tratando-se de verdadeira omissão do Poder Legislativo. Dessa forma, coube ao Judiciário dar algum tratamento ao assunto quando provocado.

Nesse sentido, em 2011, o Supremo Tribunal Federal reconheceu por unanimidade a união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132².

² Frisa-se que o reconhecimento da família homoafetiva tratada na decisão do STF e escopo do presente trabalho diz respeito ao reconhecimento estatal, jurídico, enquanto entidade familiar. Não se trata de uma abordagem calcada no conceito de luta por reconhecimento e às dimensões sociais e morais do reconhecimento mútuo.

A decisão assegurou o direito constitucional à igualdade e à não discriminação. O STF reconheceu o direito dos casais do mesmo sexo poderem constituir uma família, com os efeitos jurídicos decorrentes e reconhecidos os mesmos direitos de casais de sexos diferentes.

Ato contínuo, o Superior Tribunal de Justiça determinou que o mesmo se aplicava ao casamento, tendo em consideração que a Constituição Federal Brasileira prevê que a conversão de união estável em casamento deve ser facilitada, conforme decisão do Recurso Especial nº 1.183.378/RS. Posteriormente, em 2013, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução 175 que acabou normatizando o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.

A referida resolução legalizou o casamento homoafetivo no país, determinando que cartórios de todo o Brasil não podem recusar a habilitação ou celebração de casamentos civis de casais do mesmo sexo ou, até mesmo, deixar de converter em casamento a união estável homoafetiva.

Em paralelo, tomando por base o aporte teórico de Boaventura de Sousa Santos exposto em sua obra *Um discurso sobre as ciências*, é de grande valia engendrar um diálogo entre as mudanças ocorridas na noção de família e o movimento de crise do paradigma dominante e ascensão do paradigma emergente.

Em linhas gerais, o referido autor apresenta a noção de que há um paradigma dominante na ciência, um modelo de racionalidade característico de uma visão determinada do mundo e da vida. Contudo, em algum momento, esse modelo passa por uma crise, por um período de revolução devido uma série de questões. Isso resulta no florescimento do paradigma emergente que virá a substituir o dominante, partindo da ideia de que todo conhecimento científico visa constituir-se em senso comum.

Dessa forma, estabelece-se como problema central deste estudo o seguinte questionamento: em que medida podemos considerar que o reconhecimento da união estável e casamento homoafetivo constitui-se enquanto paradigma emergente?

Inúmeros são os trabalhos que abordam o reconhecimento da família homoafetiva por meio da decisão do STF. Contudo, os demais estudos geralmente adotaram uma perspectiva baseada no Direito antidiscriminatório para concluir que o ordenamento jurídico brasileiro suporta tal decisão. Não se tem notícia de estudos anteriores calcados no aporte teórico de Boaventura de Sousa Santos acerca do movimento que faz surgir um paradigma emergente. A adoção dessa abordagem contribui para a originalidade das reflexões apresentadas, uma vez que considera a decisão dentro de um horizonte mais amplo de mudanças.

O ponto de vista sob o qual o assunto é abordado nesse estudo parte essencialmente da correlação entre as mudanças ocorridas na noção de família e os conceitos de paradigma dominante, crise do paradigma dominante e paradigma emergente que o autor propõe quando trata da ciência e suas revoluções.

Contudo, conforme poderá ser visto adiante, quando tratamos de paradigma não estamos falando apenas do aspecto científico ou do aspecto jurídico ou do aspecto social ou cultural. Aborda-se paradigma enquanto um modelo de racionalidade característico de uma visão determinada do mundo e da vida, que engloba os diversos aspectos mencionados. Em outras palavras, não é um fenômeno isolado da ciência, mas faz parte de um movimento conjunto que abrange a forma como as normas jurídicas são estabelecidas, além de outras perspectivas que permeiam diferentes epistemologias sociais e podem ser observadas em outras áreas. Além disso, é enfatizado que a existência de disputas e tensões críticas é inerente ao movimento de crise e superação de um paradigma.

Este trabalho possui como objetivo geral analisar o reconhecimento da união estável e casamento homoafetivo a partir da concepção de paradigma emergente; e especificamente investigar em que medida é possível compreender a família matrimonial enquanto paradigma dominante e como a Constituição Federal de 1988 pode representar a crise desse paradigma quando prevê a união estável, a família monoparental e a pluralidade das entidades familiares.

A principal hipótese do estudo é que a atual Constituição brasileira representa o auge da crise do paradigma dominante da família matrimonial, tendo em vista que esta deixou de ser a única forma legítima de constituição de família. Além do que, o reconhecimento da família homoafetiva é um claro sinal de um paradigma novo que emerge para reconhecer e proteger uma verdadeira pluralidade de arranjos familiares que existem independentemente do quanto posto pelo Estado.

Dessa forma, esse estudo se justifica pela proposta de compreender o movimento das mudanças paradigmáticas no campo das famílias, um fenômeno de extrema importância para o Direito, principalmente enquanto ordenador da dinâmica social. Ademais, o estudo convém diante da aplicabilidade e originalidade da pesquisa, bem como sua busca em refletir academicamente acerca dos pressupostos que são frutos desses paradigmas.

O presente artigo se estrutura em nove partes: a primeira consiste nesta introdução, a segunda se destinará a explicitar o método utilizado para que outros pesquisadores possam reproduzir o estudo, a terceira busca apresentar as mudanças ocorridas desde a família matrimonial até a família homoafetiva. A quarta parte trata das contribuições de Kuhn e Popper para o debate dos paradigmas e a quinta traz a abordagem de Boaventura de Sousa Santos. Por fim, temos a sexta, sétima e oitava parte, respectivamente, abordando o paradigma dominante, a crise do paradigma dominante e o paradigma emergente, bem como a conclusão como última parte.

2 METODOLOGIA

O método empregado nesta pesquisa é o dedutivo proposto por René Descartes. Em sua obra *Discurso do método*, o autor afirma que formou um método que parece fornecer um meio de aumentar gradualmente o conhecimento e mostrou os caminhos que seguiu, não com o propósito de ensinar o que cada um deve seguir para bem conduzir sua razão, mas somente para mostrar de que modo procurou

conduzir a sua própria (DESCARTES, 1996).

O método dedutivo de Descartes é composto de quatro preceitos ou regras: (i) “nunca aceitar coisa alguma como verdadeira sem que a conhecesse evidentemente como tal”; (ii) dividir as dificuldades em parcelas para melhor resolvê-las; (iii) conduzir por ordem os pensamentos, começando pelos objetos mais simples e mais fáceis de conhecer até o conhecimento dos mais compostos; e (iv) fazer enumerações completas e revisões gerais para nada omitir (DESCARTES, 1996, p. 23).

O referido método é pautado na dúvida, principalmente do que já se tem estabelecido como verdade absoluta, sendo essa uma das razões de sua escolha. Ademais, a opção se deu em conformidade com a proposta deste estudo. O método dedutivo é útil e válido para investigar diversos objetos de estudo e possibilita o afloramento do raciocínio lógico na atividade científica ao seguir um percurso claro e uma ideia de sistematização. Assim, se mostra apto para a solução do problema de pesquisa abordado.

Essa pesquisa se configura enquanto jurídico-compreensiva, uma vez que recorre a um procedimento analítico de composição de um problema jurídico em seus diversos aspectos, relações e níveis, buscando investigar um objeto de estudo complexo com aprofundamento (GUSTIN, 2010). O estudo, com abordagem qualitativa e caráter exploratório, compreende a análise de dados primários (legislação e jurisprudência) e secundários (livros, artigos e doutrina), sendo empregada a técnica de pesquisa documental.

Assim, num primeiro momento, são apresentadas as principais mudanças ocorridas desde a família matrimonial do Código Civil de 1916 até a família homoafetiva. Em seguida, é apresentada uma breve revisão de literatura acerca dos paradigmas com as contribuições de Kuhn, Popper, Edgar Morin e Boaventura de Sousa Santos. Por fim, é desenvolvida uma análise do paradigma dominante, da crise do paradigma dominante e do paradigma emergente em diálogo com as mudanças

na concepção de família no ordenamento jurídico brasileiro.

3 O PERCURSO ATÉ A FAMÍLIA HOMOAFETIVA

Como exposto de maneira breve na introdução, a ideia de família presente no Código Civil de 1916 era aquela matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, heteroparental, biológica, entendida enquanto unidade de produção e reprodução, bem como possuía caráter institucional (LEITE; LISBINO, 2016). Por óbvio que houveram mudanças legislativas no decorrer dos anos que garantiram alguns direitos, mas o caráter de família matrimonial como única entidade legítima persistiu.

Considerando as conquistas sociais ocorridas, a estrutura dos ordenamentos jurídicos voltaram-se à proteção da pessoa humana, ao reconhecimento de sua dignidade, o que deu ensejo, por exemplo, à elaboração de Tratados Internacionais de Direitos Humanos (TYBUSCH; LEMOS, 2019). Com efeito, a Constituição Federal de 1988 surgiu nesse contexto.

A supramencionada Constituição, considerando a sociedade pluralista em que se funda, previu a liberdade quanto à estrutura de arranjo familiar, em reconhecimento à pluralidade familiar (SILVA, 2022). Dessa forma, reitera-se o caráter exemplificativo do rol do art. 226. Assim, diferentes formas de constituição de família devem ser igualmente protegidas, pois ausente qualquer hierarquia axiológica (LAFFITTE, 2018).

Ademais, os valores constitucionais permitem identificar a presença da afetividade nas disposições, uma vez que muitas delas visam tutelar situações subjetivas afetivas como merecedoras de reconhecimento e proteção. Dessa forma, é possível sustentar o reconhecimento jurídico da afetividade, implicitamente, no texto, bem como o seu caráter central para a concepção de família (CALDERON, 2011). Em outros termos, podemos concluir que as relações interpessoais se modificaram e o vínculo afetivo passou a ser, sobretudo, o fator que caracteriza uma entidade familiar

(TYBUSCH; LEMOS, 2019).

Nesse cenário, esvazia-se a noção de família no singular, nomeando-se como famílias ou entidades familiares, justamente porque a família matrimonial deixou de ser a única chancelada pelo Estado. Família passou a ser entendida como uma concepção múltipla, podendo dizer respeito a vários arranjos, com intenção de estabelecer, eticamente, o desenvolvimento da personalidade de cada um. Isso se deu em parte ao princípio jurídico da afetividade, base do respeito à dignidade da pessoa humana e norteador das relações familiares e da solidariedade familiar (LEITE; LISBINO, 2016).

Quando o Estado amplia a tutela jurídica ao reconhecer outras entidades familiares que destoam de um enquadramento inerte, ele também permite certificar a afetividade como o elo comum entre os arranjos familiares e a complexidade da realidade social vivida pelos indivíduos independente da atuação estatal positiva (SILVA, 2022).

De modo análogo, é preciso ter em mente a concepção exposta por Anderson Schreiber (2019) acerca do direito civil constitucional como necessidade de permanente releitura do direito civil à luz da Constituição. Releitura essa que tem o intuito de perseguir a máxima realização dos valores constitucionais no campo das relações privadas.

Trata-se da unificação do sistema jurídico em torno dos valores constitucionais, da primazia substancial desses valores na interpretação e aplicação das leis. Dessa forma, cada lei infraconstitucional deve ser interpretada e aplicada em conformidade com o quanto disposto na Constituição. Ademais, essa metodologia reclama a aplicação dos princípios constitucionais de modo técnico e criterioso, devendo haver uma fundamentação controlável, ancorada no dado normativo (SCHREIBER, 2016).

Contudo, em que pese a ampla certificação da pluralidade das entidades familiares, subsiste ainda uma resistência, principalmente do Poder Legislativo, em

reconhecer juridicamente as famílias com formatação distinta, aquelas que mais se distanciam da família matrimonial (SILVA, 2022).

Dito isso, somente em 2011, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar no julgamento da ADI 4277 e da ADPF 132. O art. 1.723 do Código Civil brasileiro foi submetido à técnica da interpretação conforme a Constituição.

A decisão assegurou o direito constitucional à igualdade e à não discriminação por não encontrar critério discriminatório constitucionalmente válido e considerando a orientação sexual como integrante da personalidade. Dessa forma, o Plenário reconheceu, com efeito *erga omnes* e vinculante, as uniões homoafetivas como família (LAFFITTE, 2018).

É importante ressaltar que o art. 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) não menciona a orientação sexual como critério para a adoção, tampouco estabelece a necessidade de os adotantes serem de gêneros diferentes. O parágrafo 2º do mencionado artigo exige, para adoção conjunta, que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham uma união estável, comprovada a estabilidade familiar. Portanto, casais homoafetivos têm o direito de adotar crianças e adolescentes. Apreciado à luz do princípio do melhor interesse da criança, atendidos os requisitos estabelecidos e demonstradas condições psicológicas e sociais de serem bons pais ou boas mães, não há nenhum impedimento.

Contudo, como iremos ver mais adiante, parece que o Estado deu um primeiro passo em direção a uma verdadeira pluralidade e não o último, pois ainda há resistência em reconhecer juridicamente outros arranjos familiares. Assim, a família homoafetiva pode ser um primeiro movimento concreto, um prenúncio para a tutela de outras famílias futuramente.

4 AS CONTRIBUIÇÕES DE KUHN, POPPER E EDGAR MORIN

Thomas S. Kuhn (1998), ao tratar das chamadas revoluções científicas, apresenta a noção de paradigma dominante e paradigma emergente. Assim, temos que revoluções científicas são episódios de desenvolvimento que geram uma ruptura, quando um paradigma mais antigo (o dominante) é total ou parcialmente substituído por um novo paradigma (emergente), que é incompatível com o anterior.

Esse movimento é, de certa forma, cíclico, haja vista que o paradigma emergente torna-se dominante em algum momento e sujeito a ser substituído por um novo paradigma após um episódio de desenvolvimento por vir. Essa transição para um novo paradigma é o motor da ciência, o que garante, em última instância, o desenvolvimento científico.

Para Kuhn (1998), paradigma é justamente todo o conjunto de crenças, valores, técnicas e conhecimentos partilhados pelos membros de uma comunidade determinada, bem como as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para as questões postas pela comunidade.

Dessa forma, paradigma dominante seria o paradigma que está em voga no momento, quando os membros da comunidade partilham disso, quando há um reconhecimento universal. Já o paradigma emergente é aquele que vem para romper com o paradigma dominante, aquele que deriva das anomalias, da crise e que, após a revolução científica, passará a ser o novo paradigma dominante (KUHN, 1998).

Contudo, esse rompimento não ocorre sem resistência. Quando há discordância sobre o que é um problema e o que é uma solução, acaba-se por debater os méritos dos paradigmas. Com isso, cada paradigma se revela capaz de satisfazer mais ou menos os critérios que dita para si mesmo e incapaz de satisfazer alguns daqueles ditados por seu oponente. Há um caráter de incompletude, pois nenhum paradigma consegue resolver todos os problemas. Dessa forma, os debates

sempre se voltam para quais são os problemas que é mais significativo ter resolvido. Essa é uma questão de valores e somente pode ser respondida recorrendo a critérios externos, o que torna os debates revolucionários (KUHN, 1998).

Recorre-se a um novo contexto histórico, sociológico, psicológico e econômico como critério externo, por exemplo, para determinar os problemas significativos. Assim, a ruptura gerada através dos debates terá como resultado um paradigma que leva em consideração esse novo contexto e que se mostra apto a encontrar novas e melhores soluções para os problemas.

De forma similar, Karl Raymund Popper (2004) desenvolve a ideia de falseabilidade ou refutabilidade. Para o autor, as soluções são propostas e criticadas. Assim, tentamos refutar a solução proposta através de críticas pertinentes (contradição lógica). Se a solução resiste à crítica, ela é aceita temporariamente. Se ela é refutada através do criticismo, fazemos outra tentativa.

A refutabilidade encontra correspondência com a ideia do debate que antecede a mudança de paradigma tratada por Kuhn. Contudo, o foco de Popper é justamente a severa crítica que controla as conjecturas. Ele afirma que é preciso tentar enquadrar, na medida do possível, as fraquezas das teorias, e tentar refutá-las (POPPER, 2004). Assim, quando a teoria resiste ao ataque da crítica, o paradigma se fortalece e quando ela é refutada, pode vir a ser superado.

Dessa forma, falseabilidade é o critério de demarcação entre teorias empíricas e não empíricas, ou seja, o que diferencia a ciência do que não é ciência (como a ideologia). Através da falseabilidade, a teoria é submetida a crítica, podendo haver nesse processo a destruição racional de uma teoria científica estabelecida por uma nova (POPPER, 2004).

Assim, para que uma nova teoria constitua uma descoberta ou um passo adiante, ela deve conflitar com a sua predecessora; e derrotá-la. Neste sentido, o progresso na ciência é sempre revolucionário, mas também conservador. Isso porque uma nova teoria deve ser capaz de explicar o sucesso de sua predecessora, bem

como render resultados melhores e diferentes dos obtidos pela teoria antiga. Tudo isso só é possível através da crítica, da tentativa de refutar a teoria, da falseabilidade (POPPER, 2004).

Os autores supramencionados, cada um a seu modo e com focos diferentes, tratam da maneira como um paradigma dominante é superado por um novo através da crítica, da tentativa de refutação, do debate. Esse movimento ocorre quando um novo paradigma se mostra mais adequado ao contexto, provedor de mais e melhores soluções para a comunidade.

Outro autor que trata do assunto é Edgar Morin, que conceitua paradigma como o próprio princípio que organiza as teorias³. Segundo Morin, o paradigma estabelece os conceitos e relações que governam a lógica dos discursos dentro de uma comunidade científica, permitindo que coexistam tanto as teorias e conceitos dominantes como aqueles que desafiam o paradigma vigente. Ele argumenta que existem interdependências complexas entre os diversos sistemas vivos que compõem a realidade em diferentes níveis, e enfatiza a importância de valorizar o contexto sociocultural em que estamos inseridos. O autor busca um conhecimento que seja contextualizado e ético, que leve em consideração a complexidade dos sistemas e as interconexões entre diferentes áreas do conhecimento. Em suma, ele adota uma abordagem transdisciplinar e complexa do conhecimento (RIBEIRO; LOBATO; LIBERATO, 2010).

De acordo com Morin, o conhecimento humano é sempre provisório e passível de contínuas evoluções. No entanto, durante muito tempo, nos apegamos a um modelo mecânico, em busca de um sistema fechado. Portanto, romper com essa razão absoluta implica adotar uma racionalidade aberta, que seja capaz de dialogar e debater ideias, levando em consideração as subjetividades, afetividades e emoções. As ideias estão em constante movimento e reorganização, e o conhecimento evolui por meio de brechas e desvios que permitem a transformação das estruturas de

³ Para aprofundamento dessa concepção, ver MORIN, Edgar. **O método 3: conhecimento do conhecimento**. 4ª ed. Porto Alegre: Sulina, 2008.

reprodução (ARRUDA, 2012). A seguir, abordaremos como Boaventura de Sousa Santos alude a temática.

5 A ABORDAGEM DE BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS

O sociólogo português Boaventura de Sousa Santos apresenta uma noção sobre a crise do paradigma dominante particularmente útil para compreender as mudanças ocorridas no conceito de família no Direito brasileiro, por isso é a referência central do estudo.

O autor se volta, em grande medida, para o momento de crise do paradigma dominante. Este seria caracterizado como um período de incertezas, de transição. Período de contraposição, de questionamento da relação entre ciência e virtude, conhecimento vulgar e conhecimento científico, teoria e prática, o que se é e o que se aparenta ser (SANTOS, 2008). Isso ocorre sob certas condições teóricas e sociológicas.

5.1 O Paradigma Dominante: Família Matrimonial

O termo paradigma dominante a esta altura pode ser considerado auto explicativo. Trata-se de um modelo global de racionalidade científica. Sendo um modelo global, é também um modelo totalitário. Nos termos propostos pelo autor, um modelo que nega o carácter racional a todas as formas de conhecimento que não se pautarem pelos seus princípios epistemológicos e pelas suas regras metodológicas (SANTOS, 2008).

Essa característica fundamental do paradigma emergente pode ser claramente visualizada na família matrimonial antes da Constituição Federal de 1988, quando continha a totalidade da noção de família. O casamento naqueles moldes era o único modelo e tinha carácter global no ordenamento jurídico, negando o carácter de

entidade familiar a outros arranjos que não eram pautados na lógica patriarcal, hierarquizada, heteroparental, biológica, patrimonialista, religiosa e institucional do matrimônio.

Boaventura de Sousa Santos afirma que o determinismo mecanicista é o horizonte dessa forma de conhecimento característica do paradigma dominante, posto que se pretende utilitário e funcional. Contudo, é “reconhecido menos pela capacidade de compreender profundamente o real do que pela capacidade de o dominar e transformar” (SANTOS, 2008, p. 31).

A família matrimonial, na qualidade de paradigma dominante, representa a visão hegemônica do mundo e da vida. Contudo, ela está longe de refletir e compreender profundamente o real. Antes da Constituição Federal de 1988 já havia arranjos que escapavam ao modelo exclusivo de família reconhecido pelo Estado, mas o paradigma dominava e transformava essa realidade, invisibilizando-a.

Esse não é um fenômeno isolado, ele faz parte de um movimento conjunto com outras perspectivas que atravessam diversas epistemologias sociais, podendo ser observado em outras áreas (VASCONCELOS; FERREIRA, 2022). No entanto, a partir do momento em que se busca compreender os fenômenos sociais a partir das atitudes mentais e do sentido que os agentes conferem às suas ações, é possível identificarmos um sinal de crise nesse paradigma. Crise essa que, como veremos adiante, contém alguns dos componentes da transição para um outro paradigma (SANTOS, 2008).

5.2 A Crise do Paradigma Dominante: União Estável, Família Monoparental e Pluralidade das Entidades Familiares

Boaventura de Sousa Santos (2008) defende que o modelo global de racionalidade científica atravessa uma crise profunda e irreversível, que estamos vivendo um período de revolução científica e que os sinais permitem somente

especular acerca do paradigma que emergirá. Contudo, é evidente que haverá o colapso do que se assenta como paradigma dominante.

A crise do paradigma dominante se caracteriza justamente como um período de revolução. Notório que as mudanças trazidas pela Constituição Federal de 1988 modificaram quase que por completo o conceito de família. A família matrimonial, antes exclusiva, passou a dividir espaço com a união estável, a família monoparental e a previsão de pluralidade das entidades familiares. Uma transformação verdadeiramente revolucionária. Contudo, somente podemos especular acerca do paradigma que emergirá.

Essa crise é o resultado interativo de uma pluralidade de condições sociais e teóricas. A identificação dos limites, das insuficiências estruturais do paradigma é o resultado do grande avanço no conhecimento que ele próprio propiciou. Assim, o aprofundamento do conhecimento permitiu ver a fragilidade dos pilares em que se funda (SANTOS, 2008).

A recente Constituição brasileira inaugurou um novo sistema de valores, consagrando a dignidade da pessoa humana, a solidariedade familiar, a afetividade etc. Esses valores possuem uma força expansiva que irradia na legislação infraconstitucional num movimento de reconstrução dos institutos tradicionais do Direito Civil. Isso é o resultado de uma série de condições. Com efeito, a mudança ocorreu porque foi possível identificar a insuficiência da família matrimonial para compreender uma diversidade de fenômenos.

[...] a crise do paradigma da ciência moderna não constitui um pântano cinzento de cepticismo ou de irracionalismo. É antes o retrato de uma família intelectual numerosa e instável, mas também criativa e fascinante, no momento de se despedir, com alguma dor, dos lugares conceituais, teóricos e epistemológicos, ancestrais e íntimos, mas não mais convincentes e securizantes, uma despedida em busca de uma vida melhor a caminho doutras paragens onde o otimismo seja mais fundado e a racionalidade mais plural e onde finalmente o conhecimento volte a ser uma aventura encantada (SANTOS, 2008, p. 58).

Assim, em direção a uma racionalidade mais plural, é preciso ter em mente

que a descontinuação do paradigma dominante transporta toda a sociedade e os seus conhecimentos a um novo período que não comporta a inflexibilidade nas demandas apontadas (VASCONCELOS; FERREIRA, 2022).

5.3 O Paradigma Emergente: Família Homoafetiva

Para Boaventura de Sousa Santos (2008), o paradigma emergente é aquele que se anuncia no horizonte, que somente pode ser obtido por meio da especulação fundada nos sinais que a crise do paradigma atual emite. O paradigma a emergir não pode ser apenas um paradigma científico (um conhecimento prudente), tem de ser também um paradigma social (de uma vida decente).

Ao contrário do paradigma dominante, no emergente “o conhecimento avança à medida que o seu objeto se amplia, ampliação que, como a da árvore, procede pela diferenciação e pelo alastramento das raízes em busca de novas e mais variadas interfaces”, objetivando ao final que o conhecimento científico se constitua em senso comum (SANTOS, 2008, p. 76).

Nesse cenário, podemos compreender o reconhecimento da família homoafetiva enquanto entidade familiar como um sinal do paradigma que se anuncia no horizonte, posto que se amplia o objeto em busca de novas e mais variadas interfaces, de novos arranjos familiares carentes de serem reconhecidos. Vejamos.

A decisão do STF sobre a ADI 4277 e a ADPF 132 reconheceu o direito ao estabelecimento de união estável por casais homoafetivos. Enquanto a ADI buscava reconhecer a união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, com os mesmos direitos e deveres dos casais heterossexuais, a ADPF argumentava que o não reconhecimento feria os preceitos fundamentais da igualdade e liberdade, e o princípio da dignidade da pessoa humana, todos previstos na Constituição Federal.

Assim, houve a uniformização do entendimento acerca da possibilidade de

lavrar as escrituras homoafetivas, o que implicou em efeitos práticos importantes para a comunidade LGBTQIA+, pois estendeu os direitos antes reservados aos casais heterossexuais, tais como: compartilhar bens, construir patrimônio, garantir proteção à herança ou pensão em caso de morte, inclusão de dependentes em planos de saúde, seguros, garantia de visitação em hospitais em caso de adoecimento, entre outros.

Em seu voto, o Relator Ministro Ayres Britto afirma que “nada incomoda mais as pessoas do que a preferência sexual alheia, quando tal preferência já não corresponde ao padrão social da heterossexualidade”; que o tratamento discriminatório ou desigualitário sem causa colide frontalmente com o objetivo constitucional de promover o bem de todos; e que a Constituição vedou às expressas o preconceito em razão do sexo e intencionalmente nem obrigou nem proibiu o concreto uso da sexualidade humana, havendo então o reconhecimento de que tal uso faz parte da autonomia de vontade (BRASIL, 2011, p. 4).

O Relator votou no sentido de que:

[...] merecem guarida os pedidos formulados pelos requerentes de ambas as ações. Pedido de ‘interpretação conforme à Constituição’ do dispositivo legal impugnado (art. 1.723 do Código Civil), porquanto nela mesma, Constituição, é que se encontram as decisivas respostas para o tratamento jurídico a ser conferido às uniões homoafetivas que se caracterizem por sua durabilidade, conhecimento do público (não-clandestinidade, portanto) e continuidade, além do propósito ou verdadeiro anseio de constituição de uma família (BRASIL, 2011, p. 7).

Merece destaque ainda a referência a ideia de que permanece a invariável diretriz do não-atrelamento da formação da família a casais heteroafetivos nem a qualquer formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa; bem como a Constituição não emprestou ao substantivo família nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica, tendo, em verdade, recolhido-o com o sentido coloquial praticamente aberto que sempre portou como realidade (BRASIL, 2011).

Dessa forma, possível identificar no voto do relator sinais de um paradigma emergente calcado na quebra do padrão social da heterossexualidade, na proibição de tratamento discriminatório, na promoção do bem de todos, no uso da sexualidade humana como parte da autonomia da vontade e na família com o sentido coloquial aberto pautado na realidade. Ou seja, o paradigma aponta para uma visão do mundo e da vida completamente distinta daquela característica do paradigma da família matrimonial anterior a 1988.

Ao tratar da pluralidade nas relações de família, Larissa Fernanda Peixoto dos Santos Silva (2022) detalha uma série de entidades familiares, prevendo a pluralidade de conjugalidades, de sujeitos, de laços parentais, de sexualidade, de espécies e de interesses afetivos. Muitas delas, ainda não foram reconhecidas.

Partir das ideias de igualdade, universalidade e semelhança, sem enfrentar as distinções existentes, não se mostra suficiente para atender a complexidade dos fenômenos abarcados pelas famílias. Para isso, é necessária abertura política e jurídica do conhecimento tradicionalmente fechado para as distinções que constituem a sociedade (SILVA, 2022).

Nessa conjuntura, o discurso jurídico é um espaço privilegiado para estabelecer dizeres ditos verdadeiros, bem como para a própria manutenção do poder. O direito acaba por instituir o que é naturalizado e normatizado na ordem social (BRUM, 2016). Por isso a importância do reconhecimento, da previsão legislativa ante a frequente invisibilização de certos arranjos familiares.

Destarte, é fundamental a compreensão dos direitos sexuais, fundamentalmente das sexualidades para além das concepções heteronormativas. Porquanto, mesmo com conquistas positivas e alguns avanços, os ganhos são concedidos exclusivamente dentro do padrão discursivo heteronormativo (BRUM, 2016). Exige-se que todos os indivíduos organizem suas vidas conforme o modelo da heterossexualidade, visto que apenas os relacionamentos entre pessoas de sexos opostos são lidos como normais ou corretos.

Assim, mesmo que o entendimento tradicional das sexualidades esteja inscrito em um sistema discursivo dual (hetero e homo), é preciso ampliar os olhares para que se possa reconhecer a multiplicidade de formas com que o corpo-sujeito pode se constituir e se identificar para que os indivíduos que vivenciam as sexualidades além desta normatização não sejam destinados a uma zona de precariedade, de exclusão (BRUM, 2016).

É nítido que, como afirma Paulo Lôbo (2018, p. 59), “o mundo da vida é mais complexo que a racionalidade definitiva ou classificatória”. Ademais, dizer o que a família é para o Direito necessariamente requer fechar os olhos para um sem-número de fatos sociais essencialmente representativos da família, mas que por vezes não se encaixam na letra fria da lei (DIAS, 2021). Enfim, o que se busca é que o novo paradigma seja fundado num parâmetro verdadeiramente plural de sociedade.

6 CONCLUSÃO

Em linhas gerais, conclui-se que o reconhecimento da família homoafetiva se constitui enquanto paradigma emergente, tomando por base a noção de que há um paradigma dominante e que, em algum momento, esse modelo passa por uma crise, por um período de revolução. Isso resulta no florescimento do paradigma emergente que virá a substituir o anterior.

Enquanto característica fundamental do paradigma emergente, a família matrimonial antes da Constituição Federal de 1988 continha a totalidade da noção de família. O casamento naqueles moldes era o único modelo e tinha caráter global no ordenamento jurídico, negando o caráter de entidade familiar a outros arranjos.

A família matrimonial representa a visão hegemônica do mundo e da vida, mas está longe de refletir e compreender profundamente o real, visto que havia arranjos que escapavam ao modelo exclusivo de família reconhecido pelo Estado,

mas o paradigma dominava e transformava essa realidade.

A crise do paradigma dominante advém das mudanças trazidas pela Constituição Federal de 1988. A família matrimonial, antes exclusiva, passou a dividir espaço com a união estável, a família monoparental e a previsão de pluralidade das entidades familiares. Com efeito, a mudança ocorreu porque foi possível identificar a insuficiência da família matrimonial para compreender uma diversidade de fenômenos.

Nesse cenário, podemos compreender o reconhecimento da família homoafetiva enquanto entidade familiar como um sinal do paradigma que se anuncia no horizonte, posto que se amplia o objeto em busca de novas e mais variadas interfaces, de novos arranjos familiares carentes de serem reconhecidos.

Dessa forma, possível identificar sinais de um paradigma emergente calcado na quebra do padrão social da heterossexualidade, na proibição de tratamento discriminatório, na promoção do bem de todos, no uso da sexualidade humana como parte da autonomia da vontade e na família com o sentido coloquial aberto pautado na realidade.

Contudo, diversos arranjos familiares ainda não foram reconhecidos. Com isso, se busca destacar a importância do reconhecimento, da previsão legislativa ante a frequente invisibilização de certos arranjos familiares, bem como que o novo paradigma seja fundado num parâmetro verdadeiramente plural de sociedade.

Dito isso, o trabalho cumpriu com seu objetivo geral de analisar o reconhecimento da união estável e casamento homoafetivo a partir da concepção de paradigma emergente; e especificamente investigar em que medida é possível compreender família matrimonial enquanto paradigma dominante e como a Constituição Federal de 1988 pode representar a crise desse paradigma.

Ademais, a hipótese do estudo foi confirmada, considerando a conclusão de que a atual Constituição brasileira representa a crise do paradigma dominante da família matrimonial e o reconhecimento da família homoafetiva é um claro sinal de

um paradigma novo que emerge para reconhecer e proteger uma verdadeira pluralidade de arranjos familiares que existem independentemente da atuação estatal.

REFERÊNCIAS

ARRUDA, Marina Patrício de. **O Paradigma Emergente da Educação: o Professor Como Mediador de Emoções**. ETD – Educ.temat. digit. Campinas, SP, v.14, n.2, p. 290-303, jul./dez. 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 08 jul. 2023.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 08 jul. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 08 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4.277 / DF**. Relator: Min. Ayres Britto, Brasília, Dje nº 198. Publicação 14/10/2011. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-ministro-ayres-britto-julgamento.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2022.

BRUM, Amanda Netto. **O reconhecimento para além do reconhecimento: A (re)significação do conceito de reconhecimento do direito às sexualidades nas decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito e Justiça Social) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande, Rio Grande.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. **O percurso construtivo do princípio da afetividade no direito de família brasileiro contemporâneo: contexto e efeitos**. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

DESCARTES, René. **Discurso do método** (tradução de Maria Ermantina Galvão). São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 14. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 5. ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 1998.

LAFFITTE, Amanda de Oliveira. **A concepção de família na sucessão por morte, leading cases do Supremo Tribunal Federal e a necessidade de releitura do direito das sucessões**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

LEITE, André Luis Lima; LISBINO, Jhon Kennedy Teixeira. **Modelo familiar homoafetivo: uma análise jusfilosófica e contemporânea**. Revista da OAB Piauí - Ano 1, v. 4, Piauí, OAB, 2016.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: volume 5: famílias**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

POPPER, Karl Raymund. **Lógica das ciências sociais**. 3. ed. Tradução de Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho, Vilma de Oliveira Moraes e Silva. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

RIBEIRO, Wallace Carvalho; LOBATO, Wolney; LIBERATO, Rita de Cássia. **Paradigma Tradicional e Paradigma Emergente: Algumas Implicações na Educação**. Rev. Ensaio | Belo Horizonte | v.12 | n.01 | p.27-42 | jan-abr | 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

SCHREIBER, Anderson. **Direito Civil e Constituição**. In: SCHREIBER, Anderson, KONDER, Carlos Nelson (coord.). Direito civil constitucional. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

SILVA, Larissa Fernanda Peixoto dos Santos. **A pluralidade nas relações de família**. 2022. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador.

TYBUSCH, Francielle Benini Agne; LEMOS, Luan Martins. **A entidade familiar contemporânea e o afeto como gerador de vínculo de parentalidade: a solidificação da multiparentalidade por meio do registro civil.** Revista Jurídica Cesumar. 2019, v. 19, n. 1.

VASCONCELOS, Marianna Salgado Cavalcante de; FERREIRA, Viviane Maria da Silva. **As contribuições do pensamento de Boaventura de Sousa Santos para o paradigma pós-moderno na educação.** In: MENEZES, Anderson de Alencar Menezes (Org.). Epistemologias e educação: implicações a partir do Cuidado, da Escuta e da Atenção. São Carlos: Pedro & João Editores, 2022.

O BRASIL E A CONVENÇÃO DA HAIA SOBRE OBTENÇÃO DE PROVAS NO ESTRANGEIRO EM MATÉRIA CIVIL OU COMERCIAL: PROPOSTA DE REVISÃO DA RESERVA DO ARTIGO 23

BRAZIL AND THE HAGUE CONVENTION ON THE TAKING OF EVIDENCE ABROAD IN CIVIL OR COMMERCIAL MATTERS: REVISION PROPOSAL OF ARTICLE 23 RESERVATION

Pedro Henrique Garcia Demori¹

Resumo: Com o objetivo de facilitar a transmissão e o cumprimento de cartas rogatórias em matéria de obtenção de provas e tornar mais eficientes os métodos de cooperação jurídica internacional, em 2017 o Brasil aderiu à Convenção da Haia sobre a Obtenção de Provas no Estrangeiro em Matéria Civil ou Comercial. Ocorre que o Brasil declarou que não cumprirá cartas rogatórias que tenham sido emitidas com o propósito de obter provas em procedimentos de *pre-trial discovery of documents*, com base no artigo 23 da Convenção. À vista disso, surge a necessidade de examinar o instituto do *discovery*, a fim de avaliar a compatibilidade do ordenamento jurídico brasileiro com o procedimento. Considera-se que é possível conciliar o instituto do *discovery* com o direito brasileiro desde que se determinem critérios para a admissão de pedidos de obtenção de provas em procedimento de *discovery*. Assim, sugere-se a revisão da reserva pelo Brasil, ou, na sua falta, o estabelecimento de uma sólida jurisprudência pelo Superior Tribunal de Justiça, cujas diretrizes servirão não somente ao cumprimento das cartas rogatórias oriundas de procedimento de *discovery*, como também aos processos de insolvência transnacional ou à análise de provas oriundas de procedimento de *discovery*.

Palavras-chave: Cooperação Jurídica Internacional. Convenção da Haia. *Pre-trial discovery of documents*.

Abstract: In order to facilitate the transmission and execution of letters of request related to the taking of evidence and to make the methods of international legal cooperation more efficient, in 2017 Brazil acceded to the Hague Convention on the taking of Evidence Abroad in Civil and Commercial Matters. It turns out that Brazil has declared that it will not comply with letters of request that have been issued for the purpose of obtaining evidence in pre-trial discovery of documents proceedings, based on Article 23 of the Convention. Therefore, the discovery institute should be examined in order to assess the compatibility of the Brazilian legal system with the procedure. As a hypothesis, it is possible to reconcile the discovery institute with Brazilian law as long as it establishes and determines criteria for the admission of requests for obtaining evidence in a discovery procedure. Consequently, we suggest

¹ Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Pós-graduado em Processo Civil e História do Brasil pela Universidade Candido Mendes (UCAM). Analista em Comércio Exterior pela Fundação Getúlio Vargas. Atualmente cursa mestrado em Direito Internacional na Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Internacional Privado (IBDIPr).

the review of the reserve by Brazil, or the establishment of court precedents by the Superior Court of Justice, which guidelines will serve not only to execute letters of request, but also to transnational insolvency proceedings, or the analysis of evidence arising from pre-trial discovery proceedings.

Keywords: International Legal Cooperation. The Hague Convention. Pre-trial discovery of documents.

Recebido em: 02/05/2023

Aceito para publicação em: 27/07/2023

1 INTRODUÇÃO

A intensificação do fluxo de pessoas e bens entre os países impulsiona o surgimento de questões complexas envolvendo elementos estrangeiros e demanda a necessidade de uma abordagem plural e versátil do direito. Em um contexto de crescente interdependência entre os Estados e os indivíduos no plano internacional, a adequada resolução de litígios depende de um compromisso universal de cooperação — administrativa e judiciária — realizado a partir de estruturas em que se confere ambiente efetivo e seguro para a comunicação, a assistência mútua e a transmissão de atos processuais entre os tribunais e as demais autoridades dos Estados (POLIDO, 2016, p. 83).

No âmbito do Direito Internacional Privado, o cenário atual da globalização estimula a disciplina a debater ainda mais sobre a tolerância e o respeito às diferenças, de modo a garantir a coordenação entre os diferentes ordenamentos jurídicos e a correspondência entre os órgãos administrativos e judiciários dos Estados. O reconhecimento do outro é o elo condutor de todos os objetos do Direito Internacional Privado (CARVALHO RAMOS, 2016, p. 1), entendendo-se que a ciência não se restringe somente às relações privadas e as normas que as regulam, mas também ao campo do direito público². A percepção atual da disciplina é plural, tanto na origem das normas do Direito Internacional Privado (fontes), como nos seus objetivos e valores (CARVALHO RAMOS, 2014, p. 600).

As transformações contemporâneas evidenciam as conexões e os diálogos entre os distintos sistemas jurídicos e jurisdições nacionais. Excetuadas as hipóteses de natural coincidência de legislações influenciadas pelos mesmos fatores ou de esforço comum dos Estados em uniformizar instituições jurídicas, o direito positivo

² Nesse sentido, DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito Internacional Privado: parte geral e processo internacional*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 4; BUENO, Pimenta. *Direito internacional privado e aplicação de seus princípios com referência às leis particulares do Brasil*. Rio de Janeiro: J. Villeneuve, 1863, p. 12; e STRENGER, Irineu. *Direito internacional privado*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 77.

das sociedades ao redor do globo é diversificado e esta diversidade é natural e necessária³.

As dissonâncias existentes entre os sistemas jurídicos de famílias distintas, como o de tradição romano-germânica e do *common law*, são mais tênues do que outrora, e atualmente entende-se que a divisão dos sistemas em categorias jurídicas de famílias são tipos ideais ao invés de representações precisas da realidade (PARGENDLER, 2012, p. 1.043). Alguns autores inclusive afirmam que a classificação *civil law* e *common law* resta obsoleta e ultrapassada⁴.

Os tratados e convenções, bilaterais e multilaterais, são meios importantes para aproximar os ordenamentos jurídicos de famílias distintas. Nesse sentido, diversas organizações dedicam-se ao desenvolvimento de trabalhos voltados a harmonização de princípios e regras que sejam capazes de compatibilizar as divergências existentes e sistematizar os pontos de convergência entre os sistemas que se denominam de tradição do *common law* e de origem romano-germânica, na esteira da realidade social e econômica atual.

Dentre elas, destacam-se a Conferência da Haia de Direito Internacional Privado⁵, o Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT)⁶

³ Cf. MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *Controle de Constitucionalidade da Lei Estrangeira*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 27.

⁴ Como KERHUEL, Anne-Julie; FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte. *Is Law an Economic Contest? French Reactions to the Doing Business World Bank Reports and Economic Analysis of the Law*. Georgetown Business, Economics & Regulatory Law Research Paper No. 10-10. June 2010, p. 828-829. Nesse mesmo sentido, PARGENDLER, op. cit., p. 1.044.

⁵ A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado é uma organização intergovernamental de caráter global e centro de cooperação jurídica internacional e administrativa nas áreas de direito privado, principalmente da proteção à criança e à família, do processo civil e do direito comercial. É composta por países de diversas tradições jurídicas e atualmente conta com 90 Estados membros. Cf. Conferência da Haia de Direito Internacional Privado. *Sobre a HCCH*. Disponível em: <https://www.hcch.net/pt/about>. Acesso em: 5 abr. 2023.

⁶ Instituído em 1926 como órgão auxiliar da Liga das Nações, dedica-se a estudos comparativos e uniformizadores. Atualmente conta com 61 membros, de diversas tradições jurídicas, que participam com o objetivo de internacionalizar modelos normativos para regulação de um direito privado uniforme. Cf. MESTRE, F. *L'harmonisation du droit privé au prisme des dix dernières années d'activité de l'Institut International pour l'Unification du Droit Privé (UNIDROIT)*. *Revue de Droit International et de Droit Comparé*, v. 78, n. 4, 2001, p. 371.

e as comissões da Organização das Nações Unidas (ONU), como por exemplo a UNCITRAL (Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional)⁷.

Por seu papel histórico, abrangência multilateral e vocação para a harmonização legislativa, a Conferência da Haia de Direito Internacional Privado é considerada fundamental na elaboração de convenções sobre diversos temas atinentes ao Direito Internacional Privado. Suas convenções não se limitam às tradicionais áreas da disciplina (como normas sobre conflito de leis, fixação de jurisdição e reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras), mas também abrangem outras questões, como por exemplo sequestro de crianças, meios de facilitação de acesso internacional à Justiça, cooperação internacional entre as autoridades administrativas e judiciais dos Estados, e obtenção de provas no exterior⁸.

A produção de provas em um processo civil judicial ou administrativo, quando não contém elementos de estraneidade, são casos jusprivatistas tradicionais e limitados ao ordenamento jurídico nacional. No entanto, tais regras de direito interno são impotentes *per se* para resolver situações em que há aspectos alienígenas envolvidos, quando a prova, por exemplo, está acessível em outra jurisdição. Para os países de tradição romano-germânica, o procedimento de

⁷ A Assembleia Geral da ONU reconheceu que as controvérsias e divergências que derivam da aplicação das leis de diversos Estados a assuntos relacionados ao comércio internacional constituíam sérias implicações ao desenvolvimento econômico mundial. Considerou-se conveniente que se coordenasse, sistematizasse e acelerasse substancialmente o processo de harmonização e unificação do direito mercantil internacional e que se procurasse obter a este fim uma maior participação dos Estados. A UNCITRAL desempenha a preparação de textos legislativos com vistas a harmonizar e modernizar o Direito Comercial Internacional, além de ser reconhecida como o principal órgão jurídico das Nações Unidas na matéria. Cf. DEEB GABRIEL, Henry. *The Advantages of Soft Law in International Commercial Law: The Role of UNIDROIT, UNCITRAL and the Hague Conference*. Brooklyn Journal of International Law. Nova Iorque, v. 34, 2009, p. 657. Disponível em: <https://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1172&context=bjil>. Acesso em: 20 abr. 2023; UNCITRAL. *Establishment of the United Nations Commission on International Trade Law. Resolutions adopted on the reports of the Sixth Committee*, p. 99. Disponível em [https://undocs.org/en/A/RES/2205\(XXI\)](https://undocs.org/en/A/RES/2205(XXI)). Acesso em: 23 fev. 2023.

⁸ Cf. MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; RODAS, João Grandino. *A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado: a Participação do Brasil*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007, p. 99-139. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-protexao/cooperacao-internacional/subtracao-internacional/arquivos/a-conferencia-da-haia-de-direito-internacional-privado-a-participacao-do-brasil.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2023.

produção de provas é realizado sob acompanhamento judicial, limitando as possibilidades de obtenção de provas quando situadas no estrangeiro. Por outro lado, nos países do *common law*, especialmente nos Estados Unidos da América, concede-se liberdade às partes e aos seus advogados para a condução do procedimento de produção de provas, atenuando obstáculos de fronteira (MEYER-FABRE, 2005, p. 199).

Nesse sentido, com o objetivo de facilitar a expedição, a transmissão e o cumprimento de cartas rogatórias e tornar mais eficientes os métodos de cooperação jurídica internacional em matéria de obtenção de provas, diversos Estados firmaram a Convenção da Haia sobre a Obtenção de Provas no Estrangeiro em Matéria Civil ou Comercial⁹. A ideia principal foi construir uma ponte entre os ordenamentos jurídicos e “reconciliar as tradições jurídicas romano-germânica e do *common law*” (CAYLOR, 2011, p. 348).

Ocorre que a Convenção facultou aos Estados a possibilidade de apresentar reservas (artigo 33 da Convenção) ao idioma adotado nas cartas rogatórias recebidas (artigo 4º, parágrafo 2º da Convenção), ao Capítulo II que trata sobre a obtenção de provas por agentes diplomáticos ou consulares e por comissários, além da possibilidade de declarar o descumprimento de cartas rogatórias que tenham por objeto produção de provas em procedimento de *pre-trial discovery of documents* (artigo 23 da Convenção¹⁰). O Brasil apresentou reserva a todas essas hipóteses.

Em especial quanto ao artigo 23 da Convenção, que obstaculizou o diálogo entre o sistema do *civil law* e do *common law*, é imprescindível investigar as razões que justificaram a declaração de reserva genérica pelo Brasil, bem como exemplos de situações de obtenção de provas em procedimento de *discovery* potencialmente

⁹ Promulgada no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 9.039, de 27 de abril de 2017.

¹⁰ “Artigo 23. Os Estados Contratantes podem, no momento da assinatura, ratificação ou adesão, declarar que não cumprirão as Cartas Rogatórias que tenham sido emitidas com o propósito de obterem o que é conhecido, nos países de *common law*, pela designação de “*pre-trial discovery of documents*”. Cf. BRASIL. Decreto nº 9.039, de 27 de abril de 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil/_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9039.htm. Acesso em: 06 fev. 2023.

violadoras dos princípios fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro¹¹. Traça-se, assim, ao final, sugestão de revisão da reserva, estabelecendo critérios determinados para tratar da interação do procedimento de *pre-trial discovery of documents* com o ordenamento jurídico brasileiro.

Busca-se mitigar riscos e combater sentimentos chauvinistas e de hipertrofia dos conjuntos valorativos do princípio da ordem pública, e soberania nacional, por exemplo, pelos magistrados e pelos ministros do Superior Tribunal de Justiça, sistematizando critérios para a revisão da mencionada reserva. De certo não se sustenta nesses casos que o juiz se reduza a operações puramente lógicas ou mecânicas. Contudo, “a ideia às vezes avançada de que a intuição do juiz basta para tudo, tanto para escolher a regra aplicável como para avaliar os fatos e adaptar-lhes o dispositivo, deve ser resolutamente combatida” (RIGAUX, 2003, p. 72).

2 A CONVENÇÃO DA HAIA SOBRE OBTENÇÃO DE PROVAS NO ESTRANGEIRO EM MATÉRIA CIVIL OU COMERCIAL

2.1 Disposições gerais

A Convenção da Haia sobre a Obtenção de Provas no Estrangeiro em Matéria Civil ou Comercial, pilar da cooperação jurídica internacional¹², assinada em 1970 e fruto de anos de negociação e esforço da comunidade internacional para trazer mais celeridade e efetividade aos pedidos de cooperação jurídica entre autoridades de

¹¹ Como os princípios do contraditório e da ampla defesa, por exemplo, assegurados pelo artigo 5º, LV da Constituição Federal.

¹² De acordo com MEYER-FABRE, op. cit., p. 203, “la Convention de La Haye, ratifiée à ce jour par quarante États, est restée, contre vents et marées, un pilier de la coopération judiciaire internationale. Son succès est encore attesté par le fait que trente ans plus tard, l'instrument dont s'est dotée l'Union Européenne en matière d'obtention des preuves s'inspire très largement des mécanismes adoptés à La Haye pour faire progresser l'espace de justice européens.”

diferentes jurisdições, previu a progressiva substituição dos artigos 8^o¹³ e 16^o¹⁴ da Convenção sobre Processo Civil, de 1954, conforme os Estados aceitem as novas disposições¹⁵, e atualmente conta com a assinatura e a ratificação de 64 países¹⁶.

Entre as novidades do texto convencional, destaca-se a designação de uma autoridade central pelos Estados que se encarregue de receber as cartas rogatórias emanadas de uma autoridade judiciária de outro Estado e de as transmitir às autoridades competentes para cumprimento. Dessa forma, dá-se celeridade à expedição e recebimento de cartas rogatórias em comparação ao procedimento tradicional de comunicação por via diplomática, cuja execução depende da cortesia internacional dos Estados. As cartas rogatórias devem ser redigidas em francês ou inglês, ou acompanhadas de tradução para uma dessas línguas, ou na língua do Estado requerido¹⁷.

A efetivação das diligências se orienta pela lei do lugar onde os atos serão realizados (*lex diligentiae*), inclusive quanto aos meios de coação cabíveis utilizados no Estado requerido. Contudo, a autoridade requerida poderá atender a pedido para que se proceda de forma especial, excetuadas as situações em que a forma seja incompatível com o ordenamento jurídico do Estado requerido, quando o cumprimento possa prejudicar a sua soberania ou a sua segurança, ou que o

¹³ "Artigo 8.º Em matéria Civil ou comercial, a autoridade judicial, de um Estado contratante poderá, em conformidade com as disposições da sua legislação, dirigir-se por carta rogatória à autoridade competente de outro Estado contratante pedindo-lhe que proceda, nos limites da sua jurisdição, a um ato de instrução ou a outros atos judiciais." Cf. Convenção da Haia relativa ao Processo Civil. 01 mar. 1954. Disponível em: <https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=33>. Acesso em: 07 abr. 2023.

¹⁴ "Artigo 16.º O cumprimento das cartas rogatórias não poderá dar lugar ao reembolso de taxas ou custas de qualquer natureza. Todavia, salvo acordo em contrário, o Estado requerido terá o direito de exigir do Estado requerente o reembolso das indenizações pagas às testemunhas ou aos peritos, bem como das custas ocasionadas pela intervenção de um oficial público, tornada necessária por as testemunhas não terem comparecido voluntariamente, ou das custas resultantes da eventual aplicação do Artigo 14.º, alínea 2ª." Cf. Convenção da Haia relativa..., op. cit.

¹⁵ De acordo com o artigo 29 da Convenção. Cf. Convenção da Haia sobre a Obtenção de Provas no Estrangeiro em Matéria Civil ou Comercial. 18 mar. 1970. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/dfed98c0-6749-42d2-a9be-3d41597734f1.pdf>. Acesso em: 07 abr. 2023.

¹⁶ Dentre eles, (i) de tradição romano-germânica: Alemanha, Argentina, Brasil, Espanha, França, México, Portugal, Rússia e Suíça; (ii) do *common law*: Estados Unidos da América e Reino Unido. Cf. Convenção da Haia sobre a Obtenção de Provas no Estrangeiro em Matéria Civil ou Comercial. *Assinaturas e Ratificações*. Disponível em: <https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/status-table/?cid=82>. Acesso em: 07 abr. 2023.

¹⁷ Conforme dispõe o artigo 4º da Convenção (CONVENÇÃO da Haia sobre a obtenção..., op. cit.).

cumprimento da diligência não seja possível. Na hipótese de qualquer vício que impeça atender à solicitação, a autoridade central do Estado requerido deve informar o ocorrido à autoridade central do Estado requerente¹⁸.

A convenção ainda confere a possibilidade de agentes diplomáticos, consulares ou comissários do Estado requerente proceder, sem coação, no território do Estado requerido, a atos de instrução de nacionais de Estados que eles representam, e se se tratar de pessoas que sejam nacionais de outros Estados, mediante autorização¹⁹. Na coleta da prova, há a possibilidade da participação das autoridades judiciárias dos Estados requerentes, caso tenha sido declarada pelo Estado requerido quando da assinatura da Convenção. Ainda, a autoridade requerida deve recorrer à coação nas situações de descumprimento injustificado, de acordo com suas próprias previsões normativas²⁰.

2.2 A reserva do artigo 23

Ao final do desenvolvimento da Convenção, o Reino Unido propôs a inclusão do texto do artigo 23, após preocupações sobre o amplo escopo de incidência dos procedimentos de *pre-trial discovery*, considerando o alcance da obtenção de provas nestes casos como ameaça à soberania nacional e ao direito individual à privacidade de seus cidadãos. A redação aprovada na Convenção foi a seguinte:

¹⁸ Ainda, nos termos do artigo 12º da Convenção, "o cumprimento não pode ser recusado pela simples razão de que a lei do Estado requerido reivindica uma competência judiciária exclusiva na matéria em causa ou de que ela não reconhece um direito de ação correspondente ao objeto da questão apresentada perante a autoridade requerente." (CONVENÇÃO da Haia sobre a obtenção..., op. cit.).

¹⁹ A Convenção prevê possibilidades de ajustes das regras a respeito da realização direta de atos instrutórios pelos agentes diplomáticos ou consulares e por comissários dos Estados. Nesse sentido, a tolerância dos Estados varia desde a Argentina e o Brasil, que excluíram completamente o Capítulo II que trata sobre o assunto, aos Estados Unidos e à Finlândia que permitem aos agentes diplomáticos ou consulares e comissários estrangeiros agirem livremente, sem a necessidade de autorização prévia. No caso da Itália e da França, permite-se a condução de atos instrutórios por esses indivíduos, desde que se trate de nacionais por eles representados. Nos outros casos, depende-se de autorização. Cf. Convenção da Haia sobre a Obtenção de Provas no Estrangeiro em Matéria Civil ou Comercial. Perfil dos Estados. Disponível em: <https://www.hcch.net/pt/publications-and-studies/details4/?pid=6546&dtid=42>. Acesso em: 07 abr. 2023.

²⁰ De acordo com os artigos 8º e 10º da Convenção (CONVENÇÃO, op. cit.).

Artigo 23º. Os Estados contratantes podem, no momento da assinatura, ratificação ou adesão, declarar que não cumprirão cartas rogatórias que tenham por objeto um processo conhecido do Common Law pela designação de *pre-trial discovery of documents*. (CONVENÇÃO, op. cit.)

Durante a aprovação da redação, muitos Estados signatários acreditavam erroneamente que a expressão “*pre-trial*” se referia a antes da instauração de um procedimento em vez de após a instauração de um procedimento e antes do julgamento de um processo principal²¹.

Segundo dados de junho de 2017, dentre os 58 países signatários da Convenção à época, (i) 26 países apresentaram declaração genérica de descumprimento das cartas rogatórias com o objetivo de obtenção de provas em procedimento de *pre-trial discovery* — dentre eles, além do Brasil, Argentina, Espanha, Grécia, Itália e Portugal; (ii) 17 países expuseram situações individualizadas com as circunstâncias em que irão ou não irão dar cumprimento às tais cargas rogatórias — dentre eles, Alemanha²², China, Coreia do Sul, Dinamarca, Finlândia, França, México, Noruega, Países Baixos, Reino Unido, Suécia e Suíça; e 15 países não fizeram nenhuma declaração — dentre eles, Colômbia, Estados Unidos, Israel, Marrocos e Rússia²³.

No caso do Brasil, o relator na Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional, senador Aníbal Diniz (PT-AC), sob recomendação do Ministério das

²¹ Nos termos do questionário respondido pelos Estados Unidos na Convenção da Haia: “In some circumstances, states may have made a reservation under Article 23 as a result of confusion with the term “pre-trial” when used in conjunction with the U.S. judicial system, and have erroneously assumed that it meant prior to the initiation of a judicial proceeding. Once understood as merely referring to the obtaining of evidence prior to a formal testimonial proceeding before a judicial officer, but subsequent to the initial filing of a complaint, states may find that their Article 23 reservations can be appropriately limited.” Disponível em: <https://assets.hcch.net/upload/wop/lse20ustot.pdf>. Acesso em: 07 abr. 2023.

²² A partir de 1º de julho de 2022, a Alemanha passou a adotar critérios mais flexíveis para cooperação jurídica internacional em procedimentos de *pre-trial discovery* (veja-se o item 4 deste artigo).

²³ Cf. The Hague Conference on Private International Law. Hague Convention of 18 March 1970 on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters. *Table Reflecting Applicability of Articles 15, 16, 17, 18 and 23 of the Hague Evidence Convention*. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/627a201b-6c7a-4dc2-86ad-c1da582447d4.pdf>. Acesso em: 07 abr. 2023.

Relações Exteriores, emendou o Projeto de Decreto Legislativo (PLV) 638/2010²⁴ com o propósito de declarar a reserva do artigo 23 da Convenção para que a autoridade judiciária brasileira indefira os pedidos enviados por autoridades estrangeiras²⁵.

O receio de que houvesse abusos na produção de provas nesses procedimentos e a aparente incompatibilidade do instituto com o sistema jurídico interno justificaram a reserva formulada pelo país. Ou seja, percebe-se aqui a dificuldade do sistema político do país em lidar com instituições desconhecidas de outras jurisdições, mesmo se tratando de Estados democráticos e que respeitam o devido processo legal²⁶.

Diversos foram os esforços da Convenção da Haia para esclarecer o significado de "*pre-trial*" e encorajar os países a remover suas reservas ou rever nos casos de declarações gerais não-particularizadas. Oito anos após a promulgação da Convenção, a Comissão Especial determinou que a opção da reserva do artigo 23 era demasiadamente ampla. Sete anos mais tarde, a mesma Comissão começou a encorajar os signatários a revisar ou remover suas reservas e declarações. Em 1994, a Comissão Especial e diversos Estados reconheceram a necessidade de compreender culturalmente as diferenças entre institutos jurídicos provenientes do *common law*, especialmente o *pre-trial discovery of documents* de tribunais dos Estados Unidos, e jurisdições de tradição romano-germânica, para atenuar questionamentos sobre privacidade e violação à soberania (CAYLOR, 2011, p.

²⁴ Cf. BRASIL. Senado Federal. Emenda nº 01-CRE. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4020759&ts=1594007142743&disposition=inl ine>. Acesso em: 10 abr. 2023.

²⁵ No Brasil, o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, da Secretaria Nacional de Justiça e Cidadania (DRCI/SNJ) é a autoridade responsável pela tramitação dos pedidos embasados na Convenção. Segundo o Ministério da Justiça e Segurança Pública do Brasil, "A Convenção facilitará milhares de casos que o DRCI recebe e tramita anualmente para o exterior sobre pensões alimentícias, divórcios, questões trabalhistas e comerciais, entre outros. Da mesma forma, os pedidos que chegarem do exterior ao Brasil também serão atendidos com mais rapidez. Na prática, uma mãe que precise resolver uma questão judicial de guarda do seu filho, por exemplo, poderá fazer o pedido com base na Convenção para que o pai seja ouvido no exterior." Cf. BRASIL. Governo Federal. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Convenção da Haia sobre Obtenção de Provas. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/noticias/brasil-amplia-aplicacao-da-convencao-da-haia-sobre-obtencao-de-provas>. Acesso em: 10 abr. 2023.

²⁶ Cf. CARVALHO RAMOS, André de. Obtenção de provas no exterior: para além da Lex fori e lex diligentiae. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, 2015, p. 695. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37387.pdf>. Acesso em: 09 abr. 2023.

370-371). Em 2003, a Comissão reconheceu que a possibilidade de reserva do artigo 23 é uma fonte contínua de mal-entendidos e que o dispositivo se destina a garantir aos Estados que um pedido de cooperação em procedimentos de *pre-trial discovery* deve ser fundamentado²⁷. E em 2014, a Comissão recomendou que os Estados se abstenham de aplicar o artigo 23 da Convenção nos casos em que há especificação ou razoável identificação dos documentos solicitados no pedido cooperação²⁸.

3 O PROCEDIMENTO DE PRE-TRIAL DISCOVERY OF DOCUMENTS

Apesar de pouco conhecido pela comunidade jurídica brasileira, os países do *common law* dispõem da possibilidade de se obter provas antes de um julgamento, por meio do procedimento de *disclosure* ou *discovery*²⁹.

Nos Estados Unidos, o *discovery* é conduzido de forma extensiva e genérica para busca de documentos e testemunhos, e possui característica investigativa. Diferente do sistema predominante nos países de *civil law*, em que o juiz controla de perto e dirige o processo, são os advogados que conduzem a maior parte das diligências, acompanhados de um oficial de cartório que representa o juízo e confere oficialidade aos atos, ocorrendo somente participações pontuais dos magistrados, em casos de abusos — situações em que julgará pela validade da recusa — ou falhas no andamento processual (FINE, 2011, p. 105).

Segundo o sistema jurídico adotado nos Estados Unidos, para se permitir um julgamento adequado, é necessário que na fase anterior ao processo principal as

²⁷ Cf. The Hague Conference on Private International Law. *Conclusions and Recommendations adopted by the Special Commission on the Practical Operation of the Hague Apostille, Evidence and Service Conventions*, out./nov., 2003, p. 8. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/0edbc4f7-675b-4b7b-8e1c-2c1998655a3e.pdf>. Acesso em: 09 abr. 2023.

²⁸ Cf. The Hague Conference on Private International Law. *Conclusions and Recommendations of the Special Commission on the practical operation of the Hague Service, Evidence and Access to Justice Conventions (20-23 May 2014)*. Maio, 2014, p. 3. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/eb709b9a-5692-4cc8-a660-e406bc6075c2.pdf>. Acesso em: 09 abr. 2023.

²⁹ Atualmente o sistema inglês adota a denominação "*disclosure*" para o procedimento de obtenção de provas antes de um julgamento, em substituição à denominação anterior "*discovery*" (ocorrida em abril de 1999), a fim de dissociá-lo do modelo dos Estados Unidos. O procedimento inglês possui características mais restritas, já que os pedidos e as alegações das partes devem ser específicos, enquanto nos Estados Unidos o procedimento pode se iniciar com informações vagas e genéricas. Cf. MEYER-FABRE, op. cit., p. 206.

partes tenham acesso a um amplo conjunto de informações, divulgadas espontaneamente, mesmo que lhes sejam desfavoráveis (CAMBI; PITTA, 2015, p.5). Aplica-se, inclusive, em caso de descumprimento, penalidades financeiras ou processuais, sendo que muitas vezes o procedimento de *discovery* evita o litígio e resulta em acordo entre as partes (MEYER-FABRE, 2005, p. 205).

Para as hipóteses em que se busca prova para utilização em tribunal internacional ou estrangeiro, basta que a pessoa ou a entidade resida ou seja encontrada no distrito da corte a quem se apresenta o pedido e que o requerente seja um tribunal ou "parte interessada"³⁰. Com base na Seção 1782 do Título 28 do Código dos Estados Unidos, o requerimento é feito perante as cortes federais do país, e pode ser apresentado tanto por carta rogatória através do tribunal de origem quanto diretamente pela parte (STRONG, 2013, p. 8).

Casos de insolvência e fraude transnacional são exemplos práticos da importância da utilização do instituto do *pre-trial discovery of documents* e da Seção 1782. Especialmente quando todo ou parte do patrimônio do devedor está localizado em jurisdição estrangeira, os instrumentos legais tradicionais disponíveis mostram-se insuficientes, demandando a utilização de institutos provenientes de outras jurisdições³¹. Sendo assim, por exemplo, nos casos de rastreamento e recuperação de ativos localizados no exterior, há a possibilidade de requerimento de assistência internacional para a obtenção da prova baseado na Convenção da Haia sobre a Obtenção de Provas no Estrangeiro em Matéria Civil ou Comercial (DUNN; PASCUCCI, 2021)³².

³⁰ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Assistance to foreign and international tribunals and to litigants before such tribunals*. 28 U.S. Code § 1782. 1948. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/1782>. Acesso em: 12 abr. 2023.

³¹ Notadamente pelo fato de que grande parte das transações internacionais em dólar ficam registradas nos "C.H.I.P.S." (*Clearing House Interbank Payments System*). Assim, as ferramentas acessíveis pelo "C.H.I.P.S." permitem liquidar uma variedade de pagamentos internacionais e domésticos, incluindo transações comerciais e de títulos, bem como empréstimos bancários, sendo, portanto, de fundamental importância a utilização do instituto do *pre-trial discovery* dos Estados Unidos nesses casos. Cf. BIS. *Payment, Clearing and settlement systems in the United States*. CPSS, United States, Red Book, 2012. Disponível em: https://www.bis.org/cpmi/publ/d105_us.pdf. Acesso em: 14 abr. 2023.

³² Sobre o assunto, a adoção pelo Brasil em 2020 da Lei Modelo sobre Insolvência Transnacional, desenvolvida pela UNCITRAL (Organização das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional), finalmente colocou o país em harmonia com os novos mecanismos de cooperação jurídica

A Convenção da Haia prevê a utilização de carta rogatória como meio de obtenção de provas situadas no exterior. Portanto, para as hipóteses de obtenção de documentos em jurisdições estrangeiras em procedimentos de *pre-trial discovery*, a autoridade judiciária do Estado requerente encaminha o pedido à autoridade central designada pelo Estado onde se localiza a prova que, em seguida, transmite-o à autoridade competente para cumprimento. As cartas rogatórias são remetidas à autoridade central do Estado requerido, sem intervenção de qualquer outra autoridade deste Estado³³.

Uma das vantagens na utilização desse meio é mitigar a possibilidade de negativas arbitrárias por parte do Estado receptor, já que há a necessidade de exposição dos motivos que ensejaram a decisão em caso de não cumprimento da diligência. A Convenção ainda estabelece que o cumprimento da carta rogatória só poderá ser recusado quando no Estado requerido o cumprimento não estiver no âmbito das atribuições do poder judiciário ou o Estado requerido considerá-lo prejudicial à sua soberania ou segurança³⁴.

4 A PROPOSTA DE MODIFICAÇÃO DA RESERVA DO ARTIGO 23

A possibilidade de reserva concedida no artigo 23 da Convenção da Haia sobre a Obtenção de Provas no Estrangeiro em Matéria Civil ou Comercial gerou consequências irracionais e não previstas, de declarações genéricas pelos países, impossibilitando a obtenção de toda e qualquer prova em procedimentos de *pre-trial*

internacional, tornando-os mais simplificados e favorecendo a diplomacia entre as autoridades judiciárias de diferentes países, em razão das relações econômicas e societárias das empresas e seus sócios com outras jurisdições. Os tribunais brasileiros passaram a dispor da possibilidade de comunicação direta com juízes e autoridades de outros países em casos de insolvência transnacional, dispensando a necessidade de expedição de cartas rogatórias, de procedimento de auxílio direto ou de outras formalidades semelhantes. À vista disso, o *discovery* pode ser utilizado pelos administradores judiciais em processos de recuperação judicial e falência e reconhecidos diretamente pelo juiz brasileiro, sem a necessidade de homologação pelo Superior Tribunal de Justiça, de acordo com o que dispõe o art. 167-H da Lei Federal nº 11.101 de 2005.

³³ De acordo com o Artigo 2º da Convenção (CONVENÇÃO, op. cit.).

³⁴ Conforme o Artigo 12º da Convenção (CONVENÇÃO, op. cit.).

*discovery of documents*³⁵. A incoerência em se permitir a produção de provas por mecanismos bastante permissivos previstos na Convenção, como a participação de autoridades judiciárias do Estado requerente no cumprimento da carta rogatória, e proibir genericamente a cooperação em procedimentos de *discovery* é evidente³⁶.

A Comissão Especial sobre o funcionamento prático da Convenção reconheceu que o artigo 23 foi concebido para que os Estados garantissem que os pedidos de obtenção de provas oriundos de procedimento de *discovery* fossem suficientemente fundamentados, de modo a evitar pedidos genéricos pelos quais uma parte busca apenas descobrir quais documentos podem estar em posse da outra parte. A Comissão ainda observou que nos casos dos procedimentos de *discovery* cujos pedidos foram negados pelas autoridades judiciais com base nas declarações genéricas, o Estado de origem aplicou sua própria legislação nacional para a obtenção das provas de partes estrangeiras. Conforme explicitado anteriormente, a Comissão Especial solicitou aos Estados que optaram pela declaração geral não-particularizada para reverem suas declarações³⁷.

Além disso, a doutrina internacional constatou a deficiência da forma como foram realizadas as reservas do artigo 23 da Convenção pelos países e os efeitos deletérios que trazem à adequada aplicação da Convenção.

Na França, a Professora Nathalie Meyer-Fabre levanta relevantíssima questão acerca da conjuntura da Convenção em relação às reservas genéricas dos países frente ao instituto do *discovery* e lança luzes sobre a necessidade de suas alterações:

³⁵ "En effet, certains le trouvaient trop large et ne reflète[ant] même pas le souhait de ses initiateurs." LESAGE-BIGRAS, Élisabeth. *La communication de la preuve civile au préalable dans les litiges commerciaux internationaux*. 2019, 254 f. Tese (Mestrado em Direito), Université de Montréal, 2019, p. 99. Disponível em: https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/bitstream/handle/1866/24451/Lesage_Bigras_Elisabeth_2019_memoire.pdf?sequence=2&isAllowed=y. Acesso em: 16 abr. 2023.

³⁶ MEYER-FABRE, op. cit., p. 206, cita como exemplo a incoerência do caso de alguns tribunais alemães que se recusaram a cooperar com procedimento de *pre-trial discovery*, em que se buscava a obtenção de provas contra a empresa Siemens, mas permitiram a interrogação de dirigentes da empresa como testemunhas da existência e do conteúdo dos mesmos documentos. Menciona ainda medidas de investigação contra a empresa Volkswagen, envolvendo o acesso de representantes de requerente dos Estados Unidos por cinco dias úteis a uma das unidades da requerida na Alemanha, com a possibilidade de fotografar as instalações e interrogar funcionários, sendo, segundo a autora, "plus intrusives et perturbatrices qu'une communication, même volumineuse, de documents d'archivé".

³⁷ The Hague Conference on Private International Law, op. cit., p. 8.

A reserva é evidentemente muito ampla, pois a ideia não era impedir a coleta de provas, mas apenas as *fishing expeditions*, cujo objetivo era investigar documentos que poderiam estar em posse de outra parte no processo ou de terceiro, num momento em que o autor ainda não está seguro de sua pretensão (...). Resta convencer os muitos Estados que fizeram a reserva do Artigo 23 sem justificativas (restam dezesseis) da utilidade de revisarem suas posições. A França, por sua vez, limitou o alcance da reserva em 1987, especificando que ela não se aplicaria – e, portanto, que uma carta rogatória poderia ser executada – “quando os documentos solicitados estiverem exaustivamente listados na carta rogatória e tiverem uma ligação direta e precisa com o objeto do litígio”. (MEYER-FABRE, 2005, p. 206)³⁸

Nos Estados Unidos, a Professora Marissa L. P. Caylor conclui que:

O Artigo 23 e a lentidão dos atuais procedimentos da Convenção de Provas a torna ineficaz e quase obsoleta. Em última análise, falhou em prever a globalização dos negócios, “a qualidade móvel de pessoas e documentos” e o “movimento necessário para cumprir decisões a respeito de procedimentos de *discovery* dos Estados Unidos” e carece da flexibilidade necessária para resolver conflitos modernos de *discovery*. (CAYLOR, op. cit., p. 377)³⁹

Em relação ao Brasil, considera-se que é possível compatibilizar o instituto do *discovery* com o ordenamento jurídico do país desde que se estabeleça um diálogo parametrizado e articulado entre ambos, excetuando-se a intolerância ao instituto para os casos de pedidos incontestavelmente abusivos, com a descrição de hipóteses definidoras.

³⁸ Tradução livre. No original: “La réserve est évidemment trop large, parce que l'idée n'était pas d'empêcher la collecte des preuves, mais seulement les fishing expeditions, ayant pour objet de partir à la découverte des documents qui pourraient être en possession d'une autre partie à la procédure ou d'un tiers, à un moment où le demandeur n'est pas encore certain de sa cause (...). Il reste à convaincre les nombreux Etats qui ont fait la réserve de l'article 23 sans la nuancer (il en reste seize) de l'utilité d'une révision de leur position. La France a pour sa part limité dès 1987 la portée de sa réserve, en précisant qu'elle ne s'appliquerait pas - et donc qu'une commission rogatoire pourrait être exécutée - lorsque les documents demandés sont limitativement énumérés dans la commission rogatoire et ont un lien direct et précis avec l'objet du litige”.

³⁹ Tradução livre. No original: “Article 23 and the slowness of the current Evidence Convention procedures render it ineffective and almost obsolete. It has ultimately failed to predict the globalization of business, ‘the mobile quality of people and documents’ and the ‘movement required to comply with some American discovery orders’ and lacks the flexibility needed to resolve modern discovery conflicts”.

Como exemplo de compatibilidade do instituto com o direito brasileiro, recentemente o ordenamento processual pátrio adotou uma nova técnica probatória, inspirada no *discovery* do *common law* e inserida no Código de Processo Civil de 2015: a produção antecipada da prova. A adoção pelo Brasil do sistema de produção antecipada da prova aproximou o direito brasileiro do *common law*, especialmente do ordenamento jurídico dos Estados Unidos, ao se permitir a discussão dos fatos de forma autônoma do direito, mas ainda contém dessemelhanças importantes que o mantêm distante das características do *discovery*.

Buscou-se instituir a possibilidade de pedido de produção de prova sem a discussão da probabilidade de existência do direito, que poderá vir a ser objeto de prova (MEDINA, 2021, p. 584). Ao interesse particular, então, foi estendido o direito de investigar e de colher provas no âmbito cível, para que as partes possam avaliar suas chances e condições para ingressar em juízo⁴⁰. De qualquer forma, exige-se prévia delimitação dos fatos sobre os quais a prova há de recair, e é o juiz que conduz o processo⁴¹.

Em carta rogatória por meio da qual o Tribunal Superior do Estado de Delaware solicitou assistência para a intimação de empresa brasileira para apresentar documentos⁴², de forma ampla, porém vinculada a um fato específico⁴³, o Superior Tribunal de Justiça decidiu pela concessão de *exequatur*, afirmando genericamente que “o objetivo da ressalva permitida pelo art. 23 da Convenção da Haia não é

⁴⁰As justificativas guardam semelhanças com o *discovery* na medida em que se busca viabilizar a autocomposição e/ou evitar demandas desprovidas de suporte probatório suficiente. Cf. REDONDO, Bruno Garcia. Comentários ao art. 381 do Código de Processo Civil. In: CÂMARA, Helder Moroni (Coord.). *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 558.

⁴¹ O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo recentemente extinguiu procedimento de produção antecipada de prova em razão da necessidade de a parte autora indicar “exatamente o fato que pretende provar e o meio de prova a ser produzido para tanto.” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2188216-13.2020.8.26.0000, 26ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Felipe Ferreira, Publicado em 01 fev. 2021).

⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno na Carta Rogatória nº 14548/EX. 2019/0122704-5. Corte Especial. Relator Ministro João Otávio de Noronha. Julgado em 23 mar. 2020. Publicado em 16 abr. 2020.

⁴³ Como, por exemplo, “1. Documentos e solicitações relacionados com o incêndio do dia 18 de janeiro de 2017 na Fábrica I da Mina Mibra. (...). 4. Todos os documentos que lhe foram entregues por terceiros e relativos ou referentes ao seu envolvimento na reconstrução da Fábrica I da Mina Mibra” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, op. cit., f. 105-107).

bloquear a busca de provas no estrangeiro, mas evitar abusos, porquanto as provas requeridas são pertinentes e relevantes para a instrução da ação originária⁴⁴.

Deve-se, portanto, limitar a recusa às situações que não demonstrarem a pertinência das informações e documentos solicitados, de forma a evitar somente o que se convencionou denominar como “*fishing expedition*”⁴⁵. Impossibilitar a obtenção de toda e qualquer prova em procedimentos de *pre-trial discovery of documents*, em prejuízo da segurança jurídica e da previsibilidade das decisões, é dar espaço à irracionalidade a partir de uma recusa injustificada.

Como referência preliminar, a redação da declaração apresentada pelo Reino Unido ao artigo 23 da Convenção da Haia sobre a Obtenção de Provas no Estrangeiro em Matéria Civil ou Comercial apresenta diretrizes razoáveis para orientar as situações que envolvem procedimentos de *pre-trial discovery of documents*:

De acordo com o Artigo 23, o Governo de Sua Majestade declara que o Reino Unido não executará Cartas Rogatórias emitidas com o objetivo de obter documentos em procedimentos de *pre-trial discovery*. O Governo de Sua Majestade declara ainda que o Governo de Sua Majestade entende “Cartas Rogatórias emitidas com o objetivo de obter documentos em procedimentos de *pre-trial discovery*”, para os fins da Declaração anterior, como incluindo qualquer Carta Rogatória que exija uma pessoa a:

- a. indicar quais documentos pertinentes ao processo a que se refere a Carta Rogatória estão, ou estiveram, em sua posse, custódia ou poder; ou
- b. apresentar quaisquer documentos que não sejam documentos especificados na Carta Rogatória como documentos que pareçam estar, ao tribunal requerido, ou possam estar em sua posse, custódia ou poder.” (The Hague Conference on Private International Law. *Declaration/Reserve/Notification*)⁴⁶

⁴⁴ O exequatur foi concedido, tendo sido solicitado à Justiça Federal o cumprimento da diligência. No entanto, os autos foram devolvidos à autoridade central para remessa à Justiça rogante sem cumprimento, diante da “perda superveniente do objeto da carta rogatória em razão da extinção do processo na origem” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, op. cit., decisão de 06 out. 2021, f. 639).

⁴⁵ Pedidos abusivos ou meramente exploratórios. De acordo com o Legal Information Institute, “*fishing expedition*” é o termo utilizado para se referir aos procedimentos de *pre-trial discovery of documents* em que se exige genericamente muitas informações com base em intuições e acusações. Legal Information Institute. Ithaca, NY: Cornell Law School, 1992. Disponível em: https://www.law.cornell.edu/wex/fishing_expedition. Acesso em: 16 mar. 2023.

⁴⁶ Tradução livre. No original: “*In accordance with Article 23 Her Majesty's Government declare that the United Kingdom will not execute Letters of Request issued for the purpose of obtaining pre-trial discovery of documents. Her Majesty's Government further declare that Her Majesty's Government*

A França declarou, quando da assinatura da Convenção, que não executaria as cartas rogatórias que se destinavam aos procedimentos de *pre-trial discovery*. Tal declaração foi alterada em 1987 e, desde então, definiu que o artigo 23 não se aplica quando os documentos solicitados constarem descritos na carta rogatória e tenham precisa e direta ligação com o objeto do litígio(BÉRARDe; DUBARRY, 2014, p. 834):

A declaração feita pela República francesa em conformidade com o artigo 23, relativo às cartas rogatórias que tenham por objeto o procedimento de "pre-trial discovery of documents", não se aplica quando os documentos solicitados estiverem exaustivamente enumerados nas cartas rogatórias e tenham ligação direta e precisa com o objeto do litígio. (The Hague Conference on Private International Law, op. cit.)⁴⁷

A Alemanha, que até muito recentemente não executava solicitações de cooperação jurídica internacional para obtenção de provas em procedimentos de *pre-trial discovery*, alterou sua legislação. Em 19 de janeiro de 2022, o Ministério da Justiça alemão apresentou um projeto de alteração da lei que implementou a Convenção da Haia sobre a Obtenção de Provas no Estrangeiro em Matéria Civil ou Comercial. O projeto foi aprovado e entrou em vigor em 1º de julho de 2022, convertendo a reserva genérica e absoluta do artigo 23 da Convenção para uma reserva qualificada e particularizada. Assim, atualmente permite-se o cumprimento de cartas rogatórias desde que (i) os documentos solicitados estejam identificados; (ii) os documentos apresentem importância direta e clara para o processo em questão, bem como para o seu resultado; (iii) os documentos estejam em posse de

understand "Letters of Request issued for the purpose of obtaining pre-trial discovery of documents" for the purposes of the foregoing Declaration as including any Letter of Request which requires a person:

a. to state what documents relevant to the proceedings to which the Letter of Request relates are, or have been, in his possession, custody or power; or
b. to produce any documents other than particular documents specified in the Letter of Request as being documents appearing to the requested court to be, or to be likely to be, in his possession, custody or power."

⁴⁷ Tradução livre. No original: "La déclaration faite par la République française conformément à l'article 23, relatif aux commissions rogatoires qui ont pour objet la procédure de «pre-trial discovery of documents», ne s'applique pas lorsque les documents demandés sont limitativement énumérés dans la commission rogatoire et ont un lien direct et précis avec l'objet du litige."

uma parte envolvida no processo de *pre-trial discovery*; e que (iv) a solicitação não viole princípios essenciais do ordenamento jurídico alemão⁴⁸.

Feitas essas considerações, com base no Artigo 34 da Convenção⁴⁹, propõe-se a revisão da reserva genérica realizada pelo Brasil para que sejam incluídas as seguintes condições:

As cartas rogatórias que sejam relacionadas a um procedimento nos termos do artigo 23 da Convenção serão executadas se:

- I – Os documentos solicitados forem precisamente identificados;
- II – Os documentos solicitados estejam em posse de uma parte integrante do procedimento estrangeiro;
- III – O pedido não viola a ordem pública brasileira. (CONVENÇÃO, op. cit.)

Não há razão para os tribunais presumirem, de forma categórica, que um instituto jurídico proveniente de Estados cujas legislações respeitam os princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, deve ser afastado de imediato por ser incompatível com o sistema jurídico brasileiro⁵⁰.

A recusa genérica em colaborar com as autoridades estrangeiras em procedimento de *discovery* encoraja, inclusive, as partes e seus advogados a utilizarem meios abusivos e privados de produção de provas, sem o conhecimento das autoridades locais, medidas essas que têm se tornado cada vez mais comuns atualmente, principalmente após os sucessivos episódios de vazamentos de dados de empresas e indivíduos (MEYER-FABRE, 2005, p. 207)⁵¹.

⁴⁸ Cf. Hengeler Mueller. *Cross-border disputes: An additional option for pre-trial discovery requests in Germany*, jul. 22. Disponível em: https://hengeler-news.com/assets/articles/2022_07_Legal-Update_Hague-Convention.pdf. Acesso em: 19 abr. 2023.

⁴⁹ "Artigo 34.º Os Estados poderão em qualquer momento retirar ou modificar uma declaração." (CONVENÇÃO, op. cit.).

⁵⁰ Nos Estados Unidos, por exemplo, os princípios do contraditório e da ampla defesa são previstos na 6ª Emenda à Constituição do país, enquanto o princípio do devido processo legal foi inserido na 5ª Emenda dirigindo-se ao governo federal e na 14ª Emenda como obrigação legal aos Estados (STRAUSS, Peter L. *Due Process*. Legal Information Institute. Cornell Law School. Disponível em: https://www.law.cornell.edu/wex/due_process. Acesso em: 22 abr. 2023).

⁵¹ No antigo e famoso caso *Société nationale industrielle Aérospatiale v. U.S. District Court for the Southern District of Iowa*, 107 S.Ct. 2542 (1987), discutiu-se perante a Suprema Corte dos Estados Unidos sobre a obrigatoriedade da utilização da Convenção da Haia sobre a Obtenção de Provas no Estrangeiro em Matéria Civil ou Comercial para coletar documentos localizados no exterior e se um tribunal federal poderia aplicar a *lex fori* para ordenar que uma parte apresente provas localizadas no

Além disso, entender que a declaração ao artigo 23 representa vedação absoluta à produção de provas no estrangeiro significaria negar o direito fundamental de obter a devida prestação jurisdicional, garantido no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal brasileira. Ainda, deve-se apontar como fator determinante o respeito à solidariedade internacional, às exigências da vida interindividual, à efetividade, e à reciprocidade entre os Estados, como pilares da coordenação entre o sistema jurídico brasileiro e o instituto advindo do *common law*.

O equilíbrio descrito nesta hipótese é fundamentado no princípio da cortesia internacional, no sentido de se reconhecer atos provenientes de autoridades estrangeiras por conscientização na busca pela justiça, e não meramente por boa vontade e razões de soberania nacional.

4 CONCLUSÃO

A adesão do Brasil em 2017 à Convenção da Haia sobre a Obtenção de Provas no Estrangeiro em Matéria Civil ou Comercial representou um grande avanço na condução de procedimentos de obtenção de provas envolvendo elementos estrangeiros.

Tratados e convenções internacionais, como a Convenção da Haia sobre a Obtenção de Provas no Estrangeiro em Matéria Civil ou Comercial, têm sido fundamentais para consagrar mecanismos voltados a assegurar o interesse das partes e a proteção dos direitos que lhe sejam atribuídos. Nesse sentido, é evidente

exterior. Por 5 votos a 4, a Suprema Corte rejeitou a tese de obrigatoriedade da Convenção e decidiu que compete ao juiz de primeira instância realizar uma análise dos interesses envolvidos, a fim de determinar, levando em consideração as circunstâncias específicas de cada caso, se se deve aplicar as regras federais sobre obtenção de provas ou as normas convencionais. Tal posicionamento provocou o abandono da Convenção por parte de cortes de primeira instância no país, nas hipóteses em que o Estado receptor do pedido de cooperação internacional declarou que não cumprirá as cartas rogatórias que tenham sido emitidas com o propósito de obterem documentos pelo *pre-trial discovery of documents*. Cf. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. District Court for the Southern District of Iowa. *Société Nationale Industrielle Aérospatiale v. U.S. District Court for the Southern District of Iowa*, 482 U.S. 522 (1987), No. 85-1695. Julgado em 14 jan. 1987. Publicado em 15 jun. 1987; SCOTT, Paul. Extraterritorial Discovery and the Hague Evidence Convention after *Société Nationale Industrielle Aérospatiale*: An American Interests Approach to Comity. *Yale Journal of International Law*, v. 13:366, 1988, p. 369. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1527&context=yjil>. Acesso em: 20 abr. 2023; MEYER-FABRE, op. cit., p. 210-211.

que com o progressivo acesso dos indivíduos e empresas a outras jurisdições e com a multiplicação dos fatos plurilocalizados, o direito brasileiro deve adotar posições que visem facilitar a cooperação jurídica internacional⁵².

O inabitual contato da doutrina com o procedimento de *discovery* e a escassez de produção científica e debate no meio jurídico sobre o instituto e seu relacionamento com o direito brasileiro, provoca certa insegurança e tendência da magistratura e de outras autoridades de não cooperar em procedimentos de *discovery*, não os reconhecer quando ajuizados por administradores judiciais, ou de não conceder eficácia às provas obtidas em tais procedimentos.

A discussão a respeito da compatibilização das dissonâncias existentes entre os sistemas jurídicos do *common law* e do *civil law*, especialmente quanto ao instituto do *discovery*, está longe da afirmação simples e irrefletida de vedação absoluta à produção de provas no estrangeiro. Trata-se de uma preocupação que não pode ser tida como irrelevante considerando que “o gerenciamento do acesso à justiça em escala global depende fundamentalmente de um compromisso universal de cooperação jurídica, especialmente no tocante à alocação e ao compartilhamento de atividade jurisdicional dotada de efetividade e assegurada transnacionalmente”⁵³. Refutar o atendimento a carta rogatória ou não reconhecer eficácia a todo e qualquer documento obtido em procedimento de *discovery* é dar espaço à

⁵² Segundo o professor André de Carvalho Ramos, pela análise das fontes, o novo Direito Internacional Privado no Brasil possui a característica de ser plural, tendencialmente internacional, predominantemente processual, além de vinculado à gramática dos direitos humanos. Segundo ele, “os tratados celebrados pelo Brasil, especialmente no século XXI mostram que a produção normativa do DIPr inclinou-se para aspectos processuais. Os tratados de cooperação jurídica internacional celebrados mostram que o *enforcement* das deliberações oriundas de um Estado em outro são hoje intensamente debatidas nesse mundo globalizado. Buscam-se respostas às seguintes perguntas: Como executar um laudo arbitral estrangeiro em outro país?; Como obter o retorno de uma criança levada a outro Estado pelo rompimento ilegítimo da guarda?; Como obter provas e recuperar ativos ilícitamente obtidos? Entre outras. Essa ‘onda processual’ do DIPr explica-se tanto pela demanda da área privada (obter a execução de laudos arbitrais, por exemplo) quanto da área pública (atuação contra a criminalidade transnacional). A proteção dos direitos humanos também gerou a luta pela cooperação jurídica internacional, na linha da defesa do acesso à justiça (direito previsto em diversos tratados e Constituições), que seria obstaculizada, caso os pleitos cooperacionais fossem negados.” (CARVALHO RAMOS, Pluralidade... op. cit., p. 618-619).

⁵³ POLIDO, op. cit., p. 83.

intolerância injustificada, ou, ainda, não “tolerar as diferenças de maneira democrática”⁵⁴.

É preciso revisar a declaração genérica realizada pelo Brasil que não cumprirá as cartas rogatórias oriundas de procedimento de *discovery*, com a descrição de hipóteses concretas e definidoras, de modo a conferir racionalidade na tarefa judicial, ou, ainda, na sua falta, que o Superior Tribunal de Justiça delibere sobre a forma como ocorrerá a coordenação entre o instituto e o direito brasileiro, estabelecendo seus alcances e limites que, certamente, também servirão de parâmetro e direcionarão o intérprete para balizar as situações que envolvem a utilização de provas oriundas do procedimento do *common law*.

REFERÊNCIAS

BÉRARD, François de; DUBARRY, Pauline. **L’obtention des preuves en France et à l’étranger**. La Semaine Juridique. Edition Générale nº 28, 14 Juillet 2014, 834.

Disponível em:

http://www.advant-altana.com/wp-content/uploads/2014/07/1434056_1.pdf. Acesso em 21 abr. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de **Justiça. Agravo Interno na Carta Rogatória nº 14548/EX. 2019/0122704-5**. Corte Especial. Relator Ministro João Otávio de Noronha. Julgado em 23 mar. 2020. Publicado em 16 abr. 2020.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2188216-13.2020.8.26.0000**, 26ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Felipe Ferreira, Publicado em 01 fev. 2021.

BUENO, Pimenta. **Direito internacional privado e aplicação de seus princípios com referência às leis particulares do Brasil**. Rio de Janeiro: J. Villeneuve, 1863.

CAMBI, Eduardo; PITTA, Rafael Gomiero. Discovery no processo civil norte-americano e efetividade da justiça brasileira. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 245, jul. 2015.

CARVALHO RAMOS, André de. **Obtenção de provas no exterior: para além da Lex fori e lex diligentiae**. *Revista de Direito Internacional*. Brasília, v. 12, n. 2, 2015, p.

⁵⁴ Para falar com MONACO, op. cit., p. 25.

684-703. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37387.pdf>. Acesso em: 09 abr. 2023.

_____. Pluralidade das Fontes e o novo Direito Internacional Privado. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, v. 109, p. 597-620, jan./dez. 2014.

_____. **Direito internacional privado**: questões controvertidas. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016.

CAYLOR, Marissa L. P. Modernizing the Hague Convention: a proposed solution to cross-border discovery conflicts during civil and commercial litigation. **Boston University International Law Journal**. Boston, v. 28, p. 345-392, 2011.

Disponível em:

<https://www.bu.edu/law/journals-archive/international/volume28n2/documents/caylor-postmacro.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2023.

CONVENÇÃO da Haia sobre a Obtenção de Provas no Estrangeiro em Matéria Civil ou Comercial. 18 mar. 1970. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/dfed98c0-6749-42d2-a9be-3d41597734f1.pdf>. Acesso em: 07 abr. 2023.

DEEB GABRIEL, Henry. The Advantages of Soft Law in International Commercial Law: The Role of UNIDROIT, UNCITRAL and the Hague Conference. **Brooklyn Journal of International Law**. Nova Iorque, v. 34, p. 655-672, 2009. Disponível em: <https://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1172&context=bjil>. Acesso em: 20 abr. 2023.

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. **Direito Internacional Privado**: parte geral e processo internacional. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

DUNN, Joseph R.; PASCUCCI, Daniel T. **Freeze orders in United States District Courts**: a strategic analysis of asset recovery in multinational disputes. *The National Law Review*, jan. 2021. Disponível em: <https://www.natlawreview.com/article/freeze-orders-united-states-district-courts-strategic-analysis-asset-recovery>. Acesso em: 14 abr. 2023.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. District Court for the Southern District of Iowa. **Société Nationale Industrielle Aérospatiale v. U.S. District Court for the Southern District of Iowa**, 482 U.S. 522 (1987), No. 85-1695. Julgado em 14 jan. 1987. Publicado em 15 jun. 1987.

FINE, Toni M. **Introdução ao Sistema Jurídico Anglo-Americano**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

KERHUEL, Anne-Julie; FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte. **Is Law an Economic Contest? French Reactions to the Doing Business World Bank Reports and Economic Analysis of the Law.** Georgetown Business, Economics & Regulatory Law Research Paper No. 10-10. June 2010.

LESAGE-BIGRAS, Élisabeth. **La communication de la preuve civile au préalable dans les litiges commerciaux internationaux.** 2019, 254 f. Tese (Mestrado em Direito), Université de Montréal, 2019. Disponível em: https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/bitstream/handle/1866/24451/Lesage_Bigras_Elisabeth_2019_memoire.pdf?sequence=2&isAllowed=y. Acesso em: 16 abr. 2023.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito processual civil moderno.** 6.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2021.

MESTRE, F. L'harmonisation du droit privé au prisme des dix dernières années d'activité de l'Institut International pour l'Unification du Droit Privé (UNIDROIT). **Revue de Droit International et de Droit Comparé**, v. 78, n. 4, 2001.

MEYER-FABRE. Nathalie. L'obtention des preuves à l'étranger. **Droit international privé : travaux du Comité français de droit international privé**, 16e année, 2002-2004, Paris, Éditions Pedone, p. 199-232, 2005. Disponível em: https://www.persee.fr/doc/tcfdi_1140-5082_2005_num_16_2002_1147. Acesso em: 05 fev. 2023.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **Controle de Constitucionalidade da Lei Estrangeira.** São Paulo: Quartier Latin, 2013.

_____; RODAS, João Grandino. **A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado: a Participação do Brasil.** Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-protecao/cooperacao-internacional/subtracao-internacional/arquivos/a-conferencia-da-haia-de-direito-internacional-privado-a-participacao-do-brasil.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2023.

PARGENDLER, Mariana. The Rise and Decline of Legal Families. **The American Journal of Comparative Law**. v. 60, n. 4, p. 1043-1074, 2012. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1975273. Acesso em: 05 abr. 2023.

POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. A Cooperação Jurídica Internacional no Código de Processo Civil de 2015: Rumo à Convergência com os Novos Paradigmas do Direito Internacional Privado. In: CARVALHO RAMOS, André de (Coord.). **Direito internacional privado: questões controversas.** Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016.

REDONDO, Bruno Garcia. Comentários ao art. 381 do Código de Processo Civil. In: CÂMARA, Helder Moroni (Coord.). **Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Almedina, 2016.

RIGAUX, François. **A lei dos juízes** [La loi des juges]. Trad. Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SCOTT, Paul. Extraterritorial Discovery and the Hague Evidence Convention after Société Nationale Industrielle Aerospatiale: An American Interests Approach to Comity. **Yale Journal of International Law**, v. 13:366, 1988, p. 366-387.

Disponível em:

<https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1527&context=yjil>.

Acesso em: 20 abr. 2023.

STRAUSS, Peter L. **Due Process**. Legal Information Institute. Cornell Law School. Disponível em: https://www.law.cornell.edu/wex/due_process. Acesso em: 22 abr. 2023.

STRENGER, Irineu. **Direito internacional privado**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2000.

STRONG, S. I. *Discovery under 28 U.S.C. §1782: distinguishing international commercial arbitration and international investment arbitration*. University of Missouri School of Law Scholarship Repository, 2013. Disponível em:

<https://scholarship.law.missouri.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1485&context=pubs>. Acesso em 12 fev. 2023.

TIBURCIO, Carmen. **Extensão e limites da jurisdição brasileira: competência internacional e imunidade de jurisdição**. 2ª edição. Salvador: JusPodivm, 2019.

UNCITRAL. **Establishment of the United Nations Commission on International Trade Law**. Resolutions adopted on the reports of the Sixth Committee, p. 99. Disponível em: [https://undocs.org/en/A/RES/2205\(XXI\)](https://undocs.org/en/A/RES/2205(XXI)). Acesso em: 23 fev. 2023.

O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA NO INQUÉRITO POLICIAL NA PERSPECTIVA DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA

THE CONTRADICTION AND THE BROAD DEFENSE IN THE POLICE INVESTIGATION FROM THE PERSPECTIVE OF DEFENSIVE CRIMINAL INVESTIGATION

Alexandre Cesar dos Santos¹

Resumo: O estudo aborda o contraditório e a ampla defesa no inquérito policial pela perspectiva da investigação criminal defensiva como direito fundamental à prova. O objetivo é discutir se é possível o contraditório e a ampla defesa na fase preliminar da persecução penal, com a finalidade de garantir a paridade de armas entre as partes, na perspectiva da investigação criminal defensiva. A metodologia da pesquisa é a bibliográfica e a documental que se debruçam acerca do tema. A pesquisa se sustenta em autores renomados e consagrados com suas propostas teóricas favoráveis e contrárias. Ao final, o artigo apresenta a investigação criminal defensiva como uma ferramenta à disposição da defesa técnica para o exercício do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial para a produção da prova em paridade de armas.

Palavras-chaves: Investigação criminal. Direito fundamental. Inquérito policial. Contraditório. Ampla defesa.

Abstract: The study addresses the contradictory and the broad defense in the police investigation from the perspective of defensive criminal investigation as a fundamental right to evidence. The objective is to discuss whether contradictory and ample defense is possible in the preliminary phase of criminal prosecution, in order to guarantee parity of weapons, through the bias of defensive criminal investigation. The research methodology is bibliographic and documental that focus on the topic. The research is based on renowned and consecrated authors with their favorable and contrary theoretical proposals. In the end, it presents the defensive criminal investigation as a tool available to the technical defense for the exercise of contradictory and ample defense in the police investigation for the production of evidence in parity of arms.

Keywords: Criminal investigation. Fundamental right. Police investigation. Contradictory. Broad defense.

¹Delegado de Polícia Civil do Estado de Alagoas. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco- UFPE (2006). Pós-graduado em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera-Uniderp - LFG. Pós- graduado em Direitos Humanos e Segurança Pública pela Universidade de Federal de Rondônia/SENASP.

*O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA NO
INQUÉRITO POLICIAL NA PERSPECTIVA DA
INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA*

Alexandre Cesar dos Santos

Recebido em: 12/05/2023
Aceito para publicação em: 27/07/2023

1 INTRODUÇÃO

A investigação criminal defensiva é um tema atual que está despertando interesse nas Ciências Criminais, quanto aos direitos fundamentais, uma vez que provoca a discussão se o imputado, por meio da defesa técnica, durante a fase do inquérito policial, pode exercer o contraditório e a ampla defesa como direito fundamental à defesa técnica com a finalidade de buscar diretamente elementos informativos e probatórios que lhe sejam favoráveis.

É a partir desta premissa que se dá a relevância e a justificativa para desenvolver a pesquisa acerca do contraditório e da ampla defesa na fase investigativa da persecução penal. Além desse aspecto geral, tem-se a publicação pelo Supremo Tribunal Federal da Súmula Vinculante nº 14, a qual é resultado de julgamentos que proporcionam à defesa técnica do imputado amplo acesso aos elementos informativos documentados nos autos do inquérito policial, para que possa exercer, em tese, o contraditório e a ampla defesa.

Diante disso, a investigação criminal defensiva, no inquérito policial, vem ganhando espaço e debates na doutrina e na jurisprudência brasileira, para um novo sistema acusatório, com a finalidade de construir uma persecução penal justa e equilibrada para a busca da verdade fática penal em paridade de armas.

Por outro lado, a investigação criminal defensiva apresenta limitações e contrapontos para sua efetivação, por ser de caráter privado. Neste cenário, o alto custo financeiro, a desconfiança do valor probatório e a falta de aparelhamento da Defensoria Pública são alguns argumentos contrários que limitam a eficiência da investigação criminal defensiva.

Para alcançar esse resultado, a pesquisa desenvolve-se pela metodologia bibliográfica e documental, com reflexões de vários autores com suas propostas teóricas contrárias e favoráveis ao contraditório e a ampla defesa no inquérito policial. Diante dessa realidade, o objetivo do artigo, ao final, é verificar se é possível

ou não o imputado, através da defesa técnica, realizar a investigação criminal defensiva no curso do inquérito policial.

Firmadas essas premissas, a hipótese básica do presente estudo assenta-se na ideia de que o imputado pode exercer, nos limites da Constituição, o contraditório e a ampla defesa no âmbito do inquérito policial, enquanto direito fundamental de se defender provando, o qual se materializa na investigação criminal defensiva.

Por ser tema fértil para o debate, o estudo aborda o direito de defesa no inquérito policial, como uma garantia fundamental durante a persecução penal para o equilíbrio em paridade de armas entre os órgãos oficiais de persecução penal e a defesa técnica. Para tal desiderato, faz necessário um estudo do art. 5º, LV, da Constituição Federal, a partir da doutrina e da jurisprudência para saber o alcance do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial.

Por fim, com esses sucedâneos para o desenvolvimento do estudo, busca-se a construção teórica na tutela ao exercício do direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa no inquérito policial.

2 O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA: UMA LEITURA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A dogmática jurídica é dialética e está sempre em evolução paradigmática de interpretação. Assim, é necessária uma releitura na interpretação do texto constitucional à luz da nova hermenêutica para superar a doutrina processual penal tradicional, a qual sustenta que o imputado não tem as garantias constitucionais do contraditório e de ampla defesa no âmbito do inquérito policial.

De fato, no que concerne à interpretação dos textos jurídicos, Barroso (2008, p. 3) sustenta que “toda interpretação é produto de uma época, de um momento histórico, e envolvem os fatos a serem enquadrados, o sistema jurídico, as circunstâncias do intérprete e o imaginário de cada um”. É de se ver que a interpretação dos textos jurídicos não são verdades universais imutáveis no tempo,

conforme as palavras do jurista: "a interpretação dos fenômenos políticos e jurídicos não é um exercício abstrato de busca de verdades universais e atemporais" (BARROSO, 2008, p. 3).

Assentadas essas premissas, pode-se apartar, de outra vertente, que a hermenêutica jurídica superou a ideia de que a norma jurídica possa sempre ter um sentido unívoco de objetividade de interpretação. Isso decorre de o Direito ser uma invenção humana e estar sempre inserido em um contexto histórico e cultural. Em virtude disso, as garantias do contraditório e da ampla defesa, dentro da prática processual penal, ganharam *status* de garantias fundamentais diante dos valores liberdade e dignidade humana.

Nessa linha de raciocínio, José Afonso da Silva (2001, p. 411) valendo-se da lição clássica de Ruy de Barbosa, aborda a distinção entre direitos e garantias dos direitos: "o direitos são bens e vantagens conferidos pela norma, enquanto as garantias são os meios destinados a fazer valer esses direitos, são instrumentos pelos quais se asseguram o exercício e gozo daqueles bens e vantagens". Desse modo, Silva (2001, p. 412) destaca que os direitos fundamentais se expressam em disposições declaratórias, as quais imprimem a existência aos direitos na existência da norma legal, enquanto as garantias fundamentais são disposições assecuratórias em defesa dos direitos, que, em tese, limitam o poder.

Note-se que é relevante trazer o pensamento de Konrad Hesse (1991, p. 10) sobre o aspecto da realidade para a efetivação e a concretização dos direitos fundamentais:

A Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade.

Ainda cabe destacar que, segundo o autor alemão, os princípios da força normativa da Constituição e da ótima concretização da norma devem ser atribuídos nos sentidos que não lhes retirem ou diminuam o sentido da norma:

A interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma. (...) A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (Sinn) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação. (HESSE, 1991, p. 9).

No mesmo sentido, Canotilho (1993, p. 227) sustenta que é necessária a máxima efetividade das normas constitucionais e “no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais”. Neste contexto, é relevante frisar que a interpretação da norma jurídica deve estar conectada com a realidade de seu tempo para a ótima concretização, com a finalidade de dar maior eficácia, especialmente quando tem um conteúdo de direitos e garantias fundamentais.

Por essa razão, faz-se mister estudar sobre os princípios do contraditório e da ampla defesa, as quais são extraídos do art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (BRASIL, 1988). Propõe-se nesse sentido, que a norma constitucional deve ser interpretada para atingir uma maior eficácia, especialmente, quando ela for instituidora de direitos e garantias fundamentais.

Sob essa perspectiva, não restam dúvidas quanto à necessidade do contraditório e da ampla defesa na fase processual. Entretanto, resta saber se é ou não viável a utilização do contraditório e da ampla defesa na fase preparatória da ação penal. Daí a hipótese básica deste estudo, o qual gravita em torno na ideia de que o indiciado pode exercer, nos limites da Constituição, o contraditório e a ampla defesa no inquérito policial, enquanto direito fundamental de se defender provando, o qual se materializa na investigação criminal defensiva.

Choukr (1995, p. 95) agrega as bases do contraditório com o binômio: ciência e participação, o que tem íntima vinculação com a questão das validades das

provas, que, por sua vez, traz consigo o juiz natural. Isso significa dizer que o contraditório indica uma garantia fundamental de justiça organizada: “princípio da audiência bilateral encontrada na expressão do brocardo romano *audiatur et altera pars*” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2014, p. 76). No mesmo sentido, Nery Júnior (2000, p. 131-132) pontifica que “por contraditório, deve entender-se, de um lado, a necessidade de dar conhecimento às partes, e de outro, a possibilidade de as parte reagirem aos atos que lhe sejam desfavoráveis”. Deitadas essas balizas, pode-se dizer que é o princípio do contraditório que vai garantir ao imputado uma justiça em paridade de armas no debate das provas produzidas no bojo da persecução penal.

Por seu turno, a garantia da ampla defesa significa que a defesa, no curso da persecução penal, pode ser realizada sem nenhum tipo de embaraço, de modo que o imputado se defenda das imputações por qualquer meio que não seja ilícito, nem que configure abuso de direito. Neste enquadramento, a ampla defesa gravita durante toda a persecução penal para possibilitar a eficiência da defesa com soluções técnicas em termos processuais, como elucida Machado (2009, p. 143):

A defesa na sua acepção ampla compreende o direito ao devido processo legal; o direito a um defensor técnico; a possibilidade de utilizar todos os meios lícitos de provas; o direito à notificação para todos os atos processuais; o direito de produzir alegações nos autos; o direito aos recursos previstos em lei; o direito de autodefesa; e por fim, o direito de não ser processado indevidamente, ou seja, de não ser acusado sem justa causa.

Por sua vez, Filho Grego (1989, p. 128) demonstra outro requisito essencial à ampla defesa que é a apresentação clara e completa da descrição do fato delituoso em todas as suas circunstâncias para a imputação. Para a melhor compreensão da distinção entre o contraditório e a ampla defesa, Carlos Frederico Coelho Nogueira (2002, p. 134) argumenta:

Não podemos confundir contraditório com ampla defesa. O princípio-garantia do contraditório protege os direitos de ambas as partes em litígio, numa relação processual, judicial ou administrativa. Por isso mesmo, o texto constitucional se refere aos litigantes, em processo judicial ou administrativo. Já a ampla defesa agasalha os direitos dos acusados em geral, e a locução em geral significa que não apenas aqueles contra quem sofre uma acusação penal possuem tal direito: também aqueles contra quem se dirige uma acusação civil, ou administrativa, ou tributária, ou de outros matizes.

Sob outro prisma, Didier Júnior (2017, p. 92) entende que a dimensão substancial do princípio do contraditório fundiu-se com o princípio da ampla defesa, formando uma amálgama de um único direito fundamental. Ele explica que “o princípio do contraditório pode ser decomposto em duas garantias: participação (audiência, comunicação, ciência) e possibilidade de influência na decisão”.

Daí pode se sustentar que o núcleo das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa é extraído do art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988, haja vista que a persecução penal é estruturada no devido processo legal, nos âmbitos jurisdicional e administrativo. Com efeito, Alencar (2016, p. 282) explica que “os direitos fundamentais processuais penais referem-se às partes no processo, notadamente aos imputados em geral, em toda a persecução penal (inclusive no curso de investigação preliminar)”.

Neste diapasão, o direito de defesa é cláusula pétrea que abrange a defesa técnica durante todo o processo e a autodefesa. A defesa técnica deve ser plena, necessária, e efetiva, ademais, garante ao acusado escolher o defensor de sua confiança, conforme o art. 261 do Código de Processo Penal: “Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor” (BRASIL, 1941).

A garantia da autodefesa é aquela exercida pelo próprio imputado, que pode renunciar a ela. Tal direito pode se manifestar das seguintes formas: direito de postular pessoalmente, direito de presença e direito de audiência. O direito postular pessoalmente, pode o imputado interpor recurso, impetrar *habeas corpus* etc; já o direito de presença diz respeito ao ato de acompanhar os atos de instrução, para que

possa assegurar ao imputado a oportunidade de auxiliar o advogado na defesa técnica (FERNANDES, 2005b, p. 284).

Sendo assim, o imputado tem a garantia de seu direito de defesa desde a fase da investigação preliminar, enquanto tutela jurídica da liberdade. A propósito, o saudoso Pitombo (2003, p. 3) escreveu sobre o tema:

O envolvido jamais deve ser tratado como estranho, em procedimento preparatório ou preliminar. Afastá-lo, para obstar o exercício do direito de defesa, que não se confunde com o contraditório, quebranta a Constituição da República. Ocultar-lhe as intercorrências, durante o processo administrativo, impede a descoberta da verdade criminal atingível, a dano da sociedade e da ética administrativa.

É por essa razão que a Súmula Vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal assegura o contraditório postergado na fase do inquérito policial:

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa. (BRASIL, 2009)

Com esse entendimento da Suprema Corte, está superada a discussão do acesso aos autos do inquérito policial pelo advogado do indiciado, uma vez que vem garantindo a defesa técnica o acesso dos elementos de provas colhidas que estão documentadas no caderno investigativo para a defesa técnica do imputado estabelecer as estratégias de defesa:

Ementa: RECLAMAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO À SÚMULA VINCULANTE 14. INEXISTÊNCIA. DECISÃO DA AUTORIDADE RECLAMADA DEFERINDO ACESSO AOS DOCUMENTOS PRETENDIDOS. PEDIDO DE SUSPENSÃO DA TRAMITAÇÃO DA AÇÃO PENAL ATÉ QUE AS DILIGÊNCIAS DETERMINADAS SEJAM EFETIVAMENTE CUMPRIDAS. QUESTÃO QUE REFOGE AOS LIMITES DA RECLAMAÇÃO. NÃO EVIDENCIADA A PRÁTICA DE ATOS VIOLADORES AO ENUNCIADO SUMULAR VINCULANTE. RECURSO DESPROVIDO. 1. O enunciado sumular vinculante 14 foi firmado para

assegurar ao defensor legalmente constituído “o direito de pleno acesso ao inquérito (parlamentar, policial ou administrativo), mesmo que sujeito a regime de sigilo (sempre excepcional), desde que se trate de provas já produzidas e formalmente incorporadas ao procedimento investigatório, excluídas, conseqüentemente, as informações e providências investigatórias ainda em curso de execução e, por isso mesmo, não documentados no próprio inquérito ou processo judicial (Supremo Tribunal Federal, 2014).

Portanto, o inquérito policial não pode ser mais tratado como “uma mera peça informativa”, sem valor probatório, como sustenta a doutrina Processual penal tradicional: José Frederico Marques, Fernando da Costa Tourinho Filho, Fernando Capez, Paulo Rangel, por exemplo. De outra vertente, está a investigação criminal defensiva, que tem por objetivo o contraditório proativo na prospecção da prova diretamente pela defesa técnica, a qual vai garantir a indispensável paridade de armas na persecução penal para evitar ações penais infundadas, conforme pensamento de Roberto (2011, p. 71):

(...) o contraditório em seu caráter metodológico objetivo na formação da prova passa a ser um princípio fundamental que, embora não assuma caráter absoluto, comportando algumas exceções devidamente calibradas dentro da razoabilidade, principalmente para garantia do sucesso do próprio fim do processo, deve ser considerado como corolário do justo processo penal.

Com entendimento semelhante, Lopes Júnior (2001, p. 33) esclarecer que na fase pré-processual, em regra, desenvolvida pela polícia judiciária, cujo objetivo é verificar, através de um juízo de probabilidade, se há elementos probatórios mínimos a garantir que não seja leviana a instauração de processo criminal. A propósito, a investigação preliminar também atende a um patente interesse garantista do imputado, dentre eles evitar as acusações e os processos criminais infundados.

Nessa linha de raciocínio, Choukr (1995, p. 129) aborda o tema direito de defesa na fase investigativa na perspectiva da liberdade e da dignidade humana:

A defesa, adequadamente assegurada por esta nova roupagem investigativa, passa a ter mecanismos eficientes de proteção à

liberdade individual, colaborando na diminuição do arbítrio historicamente existente nas atividades policiais, colaborando com a construção de uma Justiça Criminal preocupada não somente com a repressão, mas, sobretudo, com a dignidade humana.

Pelo que se infere da argumentação, o inquérito policial não é absolutamente inquisitivo. De fato, é relevante frisar que a investigação criminal patrocinada pelos órgãos de persecução penal deve observar que o sigilo é para as diligências futuras, o que não proíbe de o defensor do imputado ter acesso às provas colhidas que estejam já documentadas no inquérito policial.

Apontadas essas nuances, pode-se dizer que o direito à defesa está inserido na categoria de direito fundamental, o qual decorre da dignidade da pessoa humana. Por esse prisma, a dignidade humana está no centro do sistema jurídico como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil em que gravitam os princípios norteadores dos direitos fundamentais, como expõe Lins Júnior (2012, p. 123):

Mais do que categoria axiológica, a dignidade da pessoa humana foi elevada à dimensão jurídico-constitucional. É um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (CF, art. 1º, III). O Estado deve estar a serviço do homem, não o contrário. Nessa perspectiva, o princípio da dignidade ocupa a centralidade do sistema jurídico, devendo ser efetivado pelo Estado.

Ainda é relevante frisar o aspecto da dignidade da pessoa humana, como um princípio basilar que serve de base para a interpretação de toda a ordem jurídica, enquanto categoria dos direitos fundamentais, como enfatiza Lima (2012, p. 33):

Diante de sua densidade, o princípio da dignidade humana matiza-se em razão das características e do âmbito onde será aplicado, sempre irradiando efeitos obrigatórios. É que ele e os direitos fundamentais previstos na Carta Constitucional servem de base para a interpretação de toda ordem jurídica; de postulados-guias para nortear a hermenêutica teleológica e evolutiva da Constituição e de critérios para apreciar a legitimidade das múltiplas manifestações do sistema de legalidade.

Volvendo para as garantias do imputado, a atuação da Polícia Judiciária deve pautar-se pela legalidade e ser comprometida na busca da verdade real material, sempre angariando elementos informativos e probatórios necessários para lastrar a futura ação penal. Isto faz com que as regras processuais da investigação criminal devam ser interpretadas à luz da Constituição Federal.

De fato, por exemplo, o imputado, ao ser ouvido, em sede de inquérito policial, na lavratura do auto de prisão em flagrante, tem direito ao silêncio, a garantia da não incriminação, extraída art. 5º, LIII, da Constituição Federal, o qual decorre do princípio do *nemo tenetur se detegere*, ou seja, o direito de não produzir prova contra si mesmo, o que possibilita ao imputado o direito de autodefesa, o qual brota da ampla defesa.

Portanto, a afirmação de que é possível o exercício ao direito de defesa na fase do inquérito policial, materializados pelo contraditório e pela ampla defesa, se alinha com os postulados principiológicos da Constituição Federal.

3 O DIREITO DE DEFESA NO INQUÉRITO POLICIAL COMO FASE DA PERSECUÇÃO PENAL

O direito de defesa é um direito natural, imprescindível, inalienável, inviolável e inderrogável para a administração da justiça. Negá-lo implica violar os mais elementares postulados dos direitos fundamentais (LOPES JÚNIOR, 2004, p. 240). Entretanto, não há direito fundamental absoluto assegurado pela Constituição Federal, uma vez que há outros direitos envolvidos na investigação criminal, tais como interesse público na busca da verdade real material e da não impunidade.

Tucci (1993, p. 23), em trabalho que se insere nos direitos e garantias individuais na persecução penal, explicita que “a lei processual protege os que são acusados da prática de infrações penais, impondo normas que devem ser seguidas nos processos contra eles instaurados e impedindo que eles sejam entregues ao arbítrio das autoridades processantes”. Com se depreende, o processualista tem a

concepção que aproxima o direito de defesa como um instrumento de preservação da liberdade jurídica do imputado, desde a fase do inquérito policial, com a finalidade de evitar abusos na persecução penal.

Sob perspectiva semelhante, Grinover (1988, p. 82) entende que, com a Constituição de 1988, sobreveio “o coroamento do caminho evolutivo da interpretação do ‘devido processo legal’ ocorreu, no Brasil, com a Constituição de 1988, pelo art. 5º, inc. LV”. Nessa linha de pensamento, ela ainda acrescenta que as garantias do contraditório e da ampla defesa deve haver em qualquer processo em que haja acusação em geral:

Assim, as garantias do contraditório e da ampla defesa desdobram-se hoje em três planos: a) no plano jurisdicional, em que elas passam a ser expressamente reconhecidas, diretamente com tais, passa o processo penal e para o não-penal; b) no plano das acusações e geral, em que a garantia explicitamente abrange as pessoas objeto de acusação; c) no processo administrativo sempre que haja litigantes (GRINOVER, 1988, p. 82).

Na lição de Cretella Júnior (1992, p. 534) ao se referir à defesa do inciso LV, do art. 5º, da Constituição Federal, pontifica: “é a defesa em que há acusado; portanto, a defesa em processo penal, ou em processo fiscal-penal ou administrativo, ou policial”. Dessa maneira, se partir da premissa que o inquérito policial é um procedimento que possui natureza administrativa, processo não-penal, resta garantido o direito de defesa do imputado que deverá ser resguardo e assegurado, como uma garantia dos direitos fundamentais, enquanto uma fase da persecução penal.

Com pensamento equivalente, Saad (2004, p. 223) sustenta o imputado pode exercer o direito de defesa na fase do inquérito policial com oposição ou resistência à imputação:

Há de se garantir ao acusado, portanto, o direito de defesa, no sentido de resistência, oposição de forças, possibilitando a ele o direito de se contrapor a todas as acusações, com a assistência de

advogado, com a possibilidade de manter-se silente, e a admissibilidade de produção de provas por ele requeridas, indispensável à demonstração de sua inocência ou de sua culpabilidade diminuída.

Como se vê, as garantias fundamentais ao contraditório e ao direito de defesa no âmbito do inquérito são possíveis, uma vez que consistem na possibilidade de se contrapor à imputação para a tutela da liberdade. Sob esse prisma, entende Lopes Júnior (2001, p. 283-284) que: “é inegável que o indiciamento representa uma acusação e sentido amplo, pois decorre de uma imputação determinada”. Desse modo, o autor sustenta que, “trata-se de uma ampliação positiva do manto protetor dos direitos e garantias fundamentais” (LOPES JÚNIOR, 2001, p. 285), o art. 5º, LV, da Constituição Federal, por isso não pode ser objeto de interpretação restritiva, uma vez que a nova ordem constitucional é possível admitir o contraditório e a ampla defesa, ainda que com um alcance limitado que atenda às peculiaridades da investigação preliminar.

Sob o prisma do princípio da paridade de armas na persecução penal, igualdade entre partes, Ferrajoli (2006, p. 565) compreende que o direito de defesa comporta das mesmas capacidades de poderes com os da acusação:

Para que a disputa se desenvolva lealmente e com paridade de armas, é necessária, por outro lado, a perfeita igualdade entre as partes: em primeiro lugar, que a defesa seja dotada das mesmas capacidades e dos mesmos poderes da acusação; em segundo lugar, que o seu papel contraditor seja admitido em todo o estado e grau do procedimento e em relação a cada ato probatório singular, das averiguações judiciais e das perícias ao interrogatório do imputado, dos reconhecimentos aos testemunhos e às acareações.

Sob esse prisma, está fizado o pressuposto para a necessidade de se garantir o contraditório e a ampla defesa na fase do inquérito policial. Neste contexto, voltando-se para a investigação criminal defensiva, a defesa técnica não pode ser uma figura inerte na persecução penal, uma vez que ela pode além de buscar fontes de provas em favor do investigado, é preciso para equilibrar o viés

acusatório para garantir a paridade de armas. Em certa medida, a investigação defensiva é, ao mesmo tempo, direito e dever do advogado, já que ele não pode ser um mero espectador da investigação criminal.

Sobre o ponto, Roberto (2011, p. 134) se posiciona que o direito de defesa na fase investigativa, em paridade de armas, é uma questão constitucional de justiça paritária. Por essa razão, a defesa de forma proativa no curso da persecução penal “deixa para o passado o papel de ‘convidado de pedra’, que era relegado ao defensor”. Por isso, é plausível concluir que o exercício do direito de defesa na persecução penal deve ser iniciado no inquérito policial, uma vez que a defesa técnica é pra ser eficaz, tempestiva, contínua e unitária (SAAD, 2004, p. 224).

Dessa maneira, garantir ao advogado de defesa o contraditório e a ampla defesa para requisitar, oficiar, notificar testemunhas, requerer audiências para um debate sobre a prova pericial, é hoje papel necessário e indispensável à nova ciência criminal que se abre para o futuro. Portanto, um novo comportamento proativo do advogado de defesa, desde a fase investigativa, é imprescindível para a paridade de armas, com viés na investigação criminal defensiva, uma vez que se concretiza o contraditório proativo na prospecção da prova, ainda que indiciária.

Volvendo para os limites dos direitos fundamentais, é pacífico o entendimento de que, em princípio, não há direitos fundamentais absolutos, no sentido de total imunidade a qualquer espécie de restrição. Segundo Sarlet (2004, p. 118-119) isso decorre da doutrina alemã denominada “limites dos limites” cujo objetivo é de coibir eventual abuso dos direitos fundamentais a ponto de esvaziá-los ou até mesmo aniquilá-los. Por outro lado, os tipos de limites às restrições aos direitos fundamentais, há certo consenso, em princípio, que nenhuma restrição de direito fundamental poderá ser desproporcional, bem como afetar o núcleo essencial do direito que seja objeto de restrição.

É justamente nesse contexto, que o contraditório e a ampla defesa passaram a ocupar destaques no direito de defesa na persecução penal, notadamente na fase da investigação preliminar. Assim, faz necessário preservar um elemento nuclear

intangível do direito de defesa, essencial ao devido processo legal que vai garantir uma persecução penal justa em função de sua ação protetora dos direitos fundamentais tais como vida, liberdade e patrimônio. Neste ponto, merece lembrar que no Estado de Democrático de Direito, fundado no reconhecimento e na proteção dos direitos fundamentais, não pode haver imposição de forma absoluta contrária à defesa técnica para o seu exercício durante a fase investigativa.

É por essa razão que há argumentos em prol da relativização do contraditório e da ampla defesa no curso do inquérito policial fundada no eventual conflito entre o direito fundamental à não-impunidade *versus* liberdade individual. É de se ver ainda, na visão de OLIVEIRA (2004, p, 127) mesmo defendendo a inquisitorialidade na fase investigativa, sustenta que a tutela dos direitos fundamentais permeia a Constituição Federal como um modelo garantista, mesmo que não contemple todos os axiomas fundamentais elencados por Ferrajoli.

Justamente a partir dessa premissa, a persecução é uma garantia fundamental para se promover o quanto possível, em tese, a igualdade em paridade de armas entre as partes para o justo processo. Nesta perspectiva, o direito fundamental à defesa em contraditório na produção da prova diretamente pela defesa pode ser exercido desde a fase preliminar da persecução penal.

4 O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA NO INQUÉRITO POLICIAL

Os panoramas doutrinário e jurisprudencial retratam divergências para o problema do contraditório e da ampla defesa no curso do inquérito policial. Neste ponto, a doutrina processual penal clássica é majoritariamente contrária à aplicação do princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa nesta fase da persecução penal, sendo essa garantia do imputado, somente assegurada na instrução processual. Pelo que se infere desses argumentos, estaria afastada qualquer possibilidade de participação da defesa técnica do imputado durante o curso da investigação preliminar.

Embora o termo "inquérito policial" tenha surgido mediante a Lei n. 2033 em 1871 (ALMEIDA JÚNIOR, 1920, p. 229), os discursos sobre ele foram construídos em torno de práticas doutrinárias sedimentadas por décadas, que retrocedem ao ano de 1917, com a definição clássica de inquérito policial proposta por Siqueira (1917, p. 305) como uma peça informativa e acautelatória:

Um acto extrajudicial, de competência da polícia judiciária, uma informação preparatória e preventiva, feita enquanto não intervém a autoridade competente, para servir, ou em *synthese*, uma peça de instrução ou de instrumento, para servir de base à denúncia, à queixa ou ao procedimento "ex-officio". (*sic*)

Nessa linha de raciocínio, Marques (1997, p. 151) cita que: "(...) não se deve tolerar um inquérito contraditório, sob pena de fracassarem as investigações policiais, sempre que surja um caso de difícil elucidação". No mesmo sentido, Fernando Capez (2012, p. 119) afirma que: "O inquérito policial é secreto e escrito, e não se aplicam os princípios do contraditório e da ampla defesa, pois, se não há acusação, não se fala em defesa". Por seu turno, Tourinho Filho (2010, p. 75) salienta que caso houvesse a aplicação do contraditório ao Inquérito Policial, "difícilmente vingariam as ações penais". Por fim, Rangel (2002, p. 85) escreve que: "O caráter inquisitivo do inquérito faz com que seja impossível dar ao investigado o direito de defesa, pois ele não está sendo acusado de nada, mas sim, sendo objeto de uma pesquisa feita pela autoridade policial". Citando essas correntes doutrinárias, nota-se que o inquérito policial tem como característica essencial a inquisitorialidade, além de não haver uma relação processual estabelecida, portanto, não comporta o contraditório e a ampla defesa.

A justificativa da doutrina dominante para tal conclusão é pelo fato de o inquérito policial ter natureza meramente inquisitiva, peça informativa com sigilo absoluto, o que não comporta a atuação da defesa técnica do imputado, para o exercício das garantias do contraditório e da ampla defesa. É por essa razão que Moraes (2014, p. 133) sustenta que o inquérito policial sequer é um procedimento,

uma vez que lhe falta à característica essencial, que seria a formação de atos que devam obedecer a uma sequência preestabelecida em série pela lei, que deve ser necessariamente observada.

No mesmo sentido, Jorge (2015, p. 99) sustenta que não é possível o contraditório no âmbito do inquérito policial pelo fato de possuir a característica mais relevante: a inquisitorialidade com natureza administrativa. Desse modo, o inquérito não assume uma relação jurídica instrumental de condição de processo “não havendo litígio a ser solucionado no âmbito do inquérito policial, por óbvio não se pode falar em conflito de interesses, como ocorre em um processo”.

Em entendimento contrário, Tucci (1993, p. 2005) defende a necessidade do contraditório e da ampla defesa durante todos os atos da persecução penal, inclusive “desde a fase pré-processual da investigação criminal”. Com pensamento semelhante, Fernandes (2005b, p. 69) aduz sobre a necessidade de se admitir a atuação da defesa técnica durante a fase do inquérito policial, para resguardar os interesses do imputado, exceto nas diligências que podem resultar em prejuízos para as investigações.

Nessa linha de argumentação, percebe-se que na fase da investigação policial, já há um lastro probatório mínimo, para a futura ação penal, quanto às provas cautelares e às provas não repetíveis. Desse modo, nada impede à defesa técnica ter amplo acesso aos elementos informativos documentados no inquérito policial para exercer o direito de defesa nesta fase da persecução penal:

O inquérito policial é mero procedimento administrativo que visa à colheita de provas para informações sobre o fato infringente da norma e sua autoria. Não existe acusação nessa fase, onde se fala em indiciado (e não acusado, ou réu), mas não se pode negar que após o indiciamento surja o conflito de interesses, com litigantes (Const., art. 5º, inc. LV). Por isso, se não houver contraditório, os elementos probatórios do inquérito não poderão ser aproveitados no processo, salvo quando se tratar de provas antecipadas, de natureza cautelar (como o exame de corpo de delito), em contraditório diferido. Além disso, os direitos fundamentais do indiciado hão de ser

plenamente tutelados no inquérito policial (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2014, p. 76).

Nessa direção, Alencar (2016, p. 493) faz uma observação quanto à prova pericial na fase investigativa:

Embora não se constitua prova em sentido estrito (sendo, a rigor, elemento de informação, em face da sua produção sem observância do contraditório), o exame pericial é reconhecido pelo texto da lei processual com apto a fundamentar sentença penal condenatória.

Deveras, o Código de Processo Penal autoriza a condenação com fundamentação, exclusivamente no laudo pericial juntado no inquérito policial, em virtude de, em regra, ser a prova não repetível.

Do acervo jurisprudencial, o princípio do contraditório não se aplica ao inquérito policial, sob o argumento de que nessa fase da persecução penal não há instrução criminal e sim investigação criminal de natureza inquisitiva e administrativa, sendo uma mera peça informativa destinada à formação da *opinio delicti* do Parquet.

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o advogado pode ter amplo acesso aos autos do inquérito policial, quantos elementos informativos já documentados que estejam relacionados ao imputado:

ADVOGADO. Investigação sigilosa do Ministério Público Federal. Sigilo inoponível ao patrono do suspeito ou investigado. Intervenção nos autos. Elementos documentados. Acesso amplo. Assistência técnica ao cliente ou constituinte. Prerrogativa profissional garantida. Resguardo da eficácia das investigações em curso ou por fazer. Desnecessidade de constarem dos autos do procedimento investigatório. HC concedido. Inteligência do art. 5º, LXIII, da CF, art. 20 do CPP, art. 7º, XIV, da Lei nº 8.906/94, art. 16 do CPPM, e art. 26 da Lei nº 6.368/76 Precedentes. É direito do advogado, suscetível de ser garantido por habeas corpus, o de, em tutela ou no interesse do cliente envolvido nas investigações, ter acesso amplo aos elementos que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária ou por órgão do Ministério Público, digam respeito ao constituinte. (STF - HC: 88190 RJ, Relator: CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 29/08/2006, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 06-10-2006 PP-00067

EMENT VOL-02250-03 PP-00643 LEXSTF v. 28, n. 336, 2006, p. 444-455). (Supremo Tribunal Federal, 2006)

Não há dúvidas que na atualidade, ainda que durante as investigações, pode-se admitir a atuação da defesa técnica. Desse modo, centrando o foco na possibilidade do contraditório na fase investigativa, Greco Filho (1989, p. 110-111) justifica o contraditório diferido:

(...) o contraditório é a técnica processual e procedimental que impõem a bilateralidade do processo. Todos os atos do processo devem ser realizados de modo que a parte contrária possa deles participar ou, pelo menos, possa impugná-los em contramanifestação. A Constituição não exige, nem jamais exigiu, que o contraditório fosse prévio ou concomitante ao ato. Há atos privativos de cada uma das partes, como há atos privativos do juiz, sem a participação das partes. Todavia, o que assegura o contraditório e a oportunidade de a eles se contrapor por meio de manifestação contrária que tenha eficácia prática. Assim, por exemplo, é válida a prova pericial realizada na fase do inquérito policial, por determinação da autoridade policial, desde que, em juízo, possa ser impugnada e, se estiver errada, possa ser refeita. **O contraditório, que é instrumento técnico da ampla defesa, deve estar presente em todo o processo e não somente na instrução criminal, conforme dava a entender a redação defeituosa do texto da constituição anterior.** (grifei).

Com pensamento no mesmo sentido, Tucci (1993, p. 225) sustenta o contraditório no âmbito do inquérito policial. O autor denomina de contraditório "*posticipato ou diferido*", o que, em tese, não viola a "garanta da bilateralidade da audiência". Note-se que está caracterizado o contraditório diferido ou postergado, uma vez que permite a possibilidade para a defesa técnica ter acesso às informações documentadas do inquérito policial.

De outra vertente, Lopes Júnior (2001, p. 307) trata do aspecto pragmático de que não há espaço para o contraditório e a ampla defesa no âmbito do inquérito policial, uma vez que há limitação para a atuação da defesa técnica nesta fase da persecução penal:

No inquérito policial, a defesa técnica está limitada, pois limitada está a defesa como um todo. Ainda que o direito de defesa tenha expressa previsão constitucional, como explicamos anteriormente, na prática, a forma como é conduzido o inquérito policial quase não deixa espaço para a defesa técnica atuar no seu interior. Por isso, diz-se que a defesa técnica na fase pré-processual tem uma atuação essencialmente exógena, através do exercício do *habeas corpus* e do mandado de segurança, que, em última análise, corporificam o exercício do direito de defesa fora do inquérito policial. Dentro do inquérito policial basicamente só existe a possibilidade de solicitar diligências, nos estreitos limites do art. 14 do CPP.

Destacando as dificuldades acentuadas em torno do direito de defesa na fase do inquérito policial, é preciso superar o paradigma que o inquérito policial é “uma mera peça informativa”, em que não há contraditório e direito de defesa para o imputado. Neste sentido, Roberto (2011, p. 68) defende uma visão instrumentalista da investigação criminal defensiva no inquérito policial, a qual se materializa no contraditório e na ampla defesa:

Não se poderá mais viver com um contraditório diferido e privilegiado a uma das partes no processo, enquanto a outra é sempre notificada e cientificada para encontrar falhas, defeitos, obscuridade naquilo que se apresenta, impedindo-a de realizar também sua própria busca probatória, pois assim o estado de garantia de ampla defesa estará manietado e obstaculizado pelas normas infraconstitucionais, o que inviabiliza uma verdadeira condição paritária na concepção da prova.

Neste momento, algumas indagações se colocam: se o devido processo legal é albergado em procedimentos administrativos, por que a doutrina clássica nega ao imputado no curso inquérito policial, o contraditório e o direito de defesa, haja vista que a mesma doutrina classifica o inquérito policial como um procedimento de natureza administrativa?

Em esforço de síntese, cabe sublinhar que o inquérito policial contém peças judicializadas: mandado de prisão, mandado de busca e apreensão, autorizações judiciais de escutas telefônicas, prisões cautelares e outras tantas peças que passam pelo controle judicial e parecer do Promotor de Justiça. Ademais, quando o inquérito policial tem início com o auto de prisão de flagrante, o Juiz competente, ao

homologá-lo, faz o controle da legalidade da prisão, bem como o Promotor de Justiça e o Defensor Público são informados da referida prisão.

Infere-se então que a primeira fase da persecução penal não é absolutamente inquisitiva. De fato, a investigação criminal, primeira fase da persecução penal, deve observar os direitos e as garantias do imputado previstas na Constituição Federal. Sendo assim, vale frisar mais uma vez que o sigilo no curso do inquérito policial é para as diligências futuras, o que não proíbe de o defensor do imputado ter acesso aos elementos informativos já documentados.

Levando em consideração essas ilações, é possível inferir que a investigação criminal defensiva possui poderes investigativos por força da paridade de armas e do direito de defesa. Essa premissa tem fundamento nos termos do inciso XIV do art. 7º do Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil, norma introduzida pela Lei nº 13.245/2016, que garante ao advogado “examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital” (BRASIL, 1994).

É por essa razão que, pelo prisma instrumental do inquérito policial, o mesmo deve estar pautado na legalidade *strita* necessariamente com o cumprimento da sua finalidade, na busca da verdade real material para dar efetividade na ação penal condenatória. Desse modo, o caderno investigativo não tem um fim em si mesmo, logo, os elementos informativos e as demais provas irrepetíveis angariadas no curso da investigação dos órgãos de persecução penal servirão de base ao processo judicial na seara criminal.

Com base nessa argumentação, resta claro que, em certa medida, o contraditório diferido ou postergado e a ampla defesa são direitos fundamentais que devem ser garantidos à defesa do indiciado no curso no curso do inquérito policial. É por essa razão que a investigação criminal defensiva almeja uma persecução penal justa em paridades de armas na produção da prova em contraditório.

5 LIMITAÇÕES À INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA

A investigação criminal defensiva por ser de caráter privado, embora haja interesse público, tem-se um custo financeiro elevado para promover a defesa técnica do imputado na produção da prova. Soma-se ainda que a grande maioria dos imputados, na seara do Direito Penal, não possui recursos financeiros, o que seria um enorme empecilho para sua eficiência na prática forense. Destaque-se também que a Defensoria Pública não possui uma estrutura suficiente para concretizar e desenvolver as técnicas de investigação, além da grande demanda de processos. Neste panorama, verificam-se óbices consideráveis para a investigação criminal defensiva, o que não surtirá praticamente efeitos nos atos investigatórios.

Essas dificuldades apontadas expõem a falta de isonomia entre as partes durante a persecução penal. A propósito, vale destacar que quando a defesa é precária no decorrer da persecução penal, até mesmo por falta de recursos financeiros, levará a falta de paridade de armas entre as partes. Nessa seara pragmática, Costa (2001, p. 97) anota: “melhor admitir, portanto, que a paridade de armas está ausente no processo penal”. Por sua vez, Bonato (2001, p. 122) ao abordar a mesma temática, expõe sua visão:

A falta de participação do acusado no processo tem se tornado um fato habitual, que já não mais impressiona ou questiona o posicionamento do julgador ou ainda do órgão que deve promover a Justiça. Raramente se ouve na audiência a voz do defensor protestando a presença do acusado ou pela redesignação do ato. Quando muito, simplesmente pede-se a “dispensa do réu”, o que é de plano deferido pelo juízo, quando não é este quem sugestiona ao causídico que a peça.

O acesso de dados, considerados sigilosos, dependem de autorização judicial prévia, o que é uma limitação legal à atividade defensiva, haja vista que o advogado não tem, no exercício da investigação, os poderes coercitivos para obrigar terceiros a

fornecer documentos, filmagens, ou outros elementos que possam servir de elementos probatório.

Considerando que a investigação criminal defensiva é de natureza privada, outra limitação que se pode impor é quanto à obtenção da prova e sua cadeia de custódia que vão assegurar a fiabilidade do elemento probatório, uma vez que pode haver interferências externas capazes de falsear o resultado pela busca da verdade. É relevante frisar que o caráter de confiabilidade do processo penal se legitima a partir da verdade com a obtenção de elementos informativos e provas de modo lícito (PRADO, 2014, p. 86-87).

Outro aspecto delicado da investigação criminal defensiva é a má-fé na relação processual não controlada, apta a cometer abusos, acusações infundadas e temerárias, além dos usos do material probatório selecionado pelo casuístico. Apontadas essas nuances, pode-se dizer que a defesa técnica, ao produzir diretamente a prova testemunhal para o processo, é questionável, por ser ela extremamente falível, devido às falsas memórias sugestivas, especialmente no depoimento infantil e nos reconhecimentos. Desse modo, é um grande embate de credibilidade quanto à versão narrativa da testemunha, como tática de defesa, uma vez que pode falsear a realidade e se distanciar do que efetivamente ocorreu (ROSA, 2015, p. 116-117).

Ainda como limitação da atividade da investigação criminal defensiva é o valor probatório dos elementos de provas obtidos pelo causídico frente aos órgãos de persecução penal do Estado. Neste sentido, Fernandes (2005a, p. 99) escreve sobre esse problema:

Não há, no direito processual penal brasileiro, regra a respeito da investigação pela defesa. Nada impede a sua realização, mas, além de o investigado não poder contar com a colaboração da polícia, eventuais elementos obtidos pela defesa são vistos com muita desconfiança pelos promotores e juízes e, em regra, pouco considerados.

Portanto, há ainda um estranhamento em torno da investigação criminal defensiva, por ser ela privada e desprovida de regulamentação em lei, o que leva a restrição quanto ao valor probatório produzido, bem como um instrumento de obstrução à atuação da justiça criminal por destruir, camuflar ou contaminar provas, com a finalidade de dissimular crimes, o que gera descrença de credibilidade.

6 A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA COMO DIREITO FUNDAMENTAL AO CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA

Pelos fundamentos alinhados nesse estudo, a investigação criminal defensiva está umbilicalmente ligada com a Teoria do Garantismo Penal. Com efeito, trazendo essa ilação para o tema direito de defesa, Ferrajoli (2006, p. 91) elenca dez axiomas deontológicos ordenados e conectados, para um modelo ideal garantista, no curso da persecução penal:

1) princípio da retributividade ou da consequência da pena em relação ao delito; 2) princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito; 3) princípio da necessidade ou da economia do direito penal; 4) princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; 5) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; 6) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da jurisdicionariedade; 8) princípio acusatório ou da separação entre Juiz e acusação; **9) princípio do ônus da prova ou da verificação; 10) princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade.** (grifei)

Em vista disso, em um modelo processual penal acusatório, o direito à defesa é um direito fundamental assegurado de participação das partes na seara processual para o equilíbrio de forças em paridade de armas. Sob esse prisma, pode-se dizer que a relação entre a defesa, o contraditório e a ampla defesa estão intimamente interligados pela própria natureza com investigação criminal defensiva.

Assentada essa ideia inicial, Machado (2010, p. 119) destaca que a investigação criminal defensiva é "uma garantia fundamental do imputado, inerente a

um processo de partes na medida em que constitui instrumento para a concretização dos direitos fundamentais de igualdade e defesa”. Por essa razão, a investigação criminal defensiva é uma ferramenta que visa a garantir o equilíbrio em paridade de armas entre a defesa técnica do imputado e os órgãos oficiais de investigação, em um sistema penal acusatório, uma vez que asseguram, em tese, a igualdade entre as partes e reforça o direito de defesa, os quais são direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito, que se materializam no contraditório e na ampla defesa no inquérito policial, que, em certa medida, aumenta a eficiência da Justiça Penal.

Pelos fundamentos alinhados, Roberto (2011, p. 67) sustenta que o verdadeiro sistema acusatório se dá com formação da prova pela defesa, porquanto assume papel decisivo para o *quantum* de verdade ao sistema penal garantista:

Assim destacamos de um sistema verdadeiramente acusatório:

1. A participação da acusação e da defesa em bases paritárias em cada fase e grau do procedimento;
2. O interrogatório como instrumento de defesa;
- 3. A investigação defensiva;**
4. A previsão normativa de se nomear um defensor para a constituição dos direitos civis;
5. A assistência do defensor a todos os atos, com exceção daqueles que devem ser realizados com algum sigilo;
6. A imparcialidade do juiz (*la terzietà del giudice*). (grifei)

Considerando essa perspectiva, reconhecer a validade da prova produzida diretamente pela defesa técnica é assegurar a atividade probatória da investigação criminal defensiva com o mesmo grau de confiabilidade da investigação pública, além de tutelar o direito fundamental à prova. Pode se dizer que o direito fundamental à prova permite o exercício do direito de defesa, em paridade de armas, além das garantias constitucionais da presunção de inocência, do contraditório e da ampla defesa, os quais são os pilares do regime constitucional de direito. Até por que o direito de defesa se vincula aos direitos inalienáveis e fundamentais do homem, consagrados e garantidos em praticamente todas as cartas políticas liberal-democráticas (ROBERTO, 2011, p. 134).

Sob esse enfoque, Francisco da Costa Oliveira (2004, p. 21-24) enumera alguns dos benefícios de aplicações práticas que decorrem da investigação criminal defensiva:

- (i) maior profundidade na investigação das circunstâncias favoráveis ao imputado; (ii) descondicionamento das investigações, normalmente dirigidas no sentido acusatório; (iii) intervenção direta na fixação preliminar do objeto do processo e (iv) maior antecipação das questões fáticas e jurídicas convenientes à defesa.

Desse modo, são importantes essas observações, já que o procedimento investigatório pode ser conduzido pelo defensor do imputado para requer diligências no curso do inquérito policial, conforme prevê o art. 14 do Código de Processo Penal: “O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade (BRASIL, 1941)”.

Nessa linha de raciocínio, é necessário que a defesa técnica do imputado assuma a função também integrar a formação da prova no curso da persecução penal. Em vista disso, há o Projeto de Reforma do Código de Processo Penal nº 156/2019, que prevê a investigação criminal defensiva no art. 13. “É facultado ao investigado, por meio de seu advogado, de defensor público ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas” (BRASIL, 2009).

Note-se que a investigação defensiva é uma função inovadora no sistema processual penal brasileiro. Por outro lado, a legislação italiana atribui ao advogado um direito-dever de busca por indícios e provas técnicas, que possam ser favoráveis ao imputado:

Hoje a investigação defensiva, além de ser tema bastante estudado pela doutrina italiana, vem sendo cada vez mais utilizada pelos defensores para buscar elementos de prova favoráveis aos assistidos. Prova disso é que existe portal jurídico italiano específico sobre a investigação defensiva, cujo endereço virtual é

'www.indaginidifensive.it'. Em tal site, constam obras doutrinárias e julgados relacionados à investigação defensiva, bem como modelos dos principais atos que podem ser executados ao longo deste procedimento (MACHADO, 2010, p. 146).

Desse modo, o advogado, no sistema penal italiano, não é mero espectador passivo da atividade investigatória. Ele tem um papel fundamental nas investigações, uma vez que buscará elementos probatórios que tentarão afastar uma futura ação penal. Neste contexto, acusação e defesa são responsáveis pelo desenvolvimento da persecução penal e por isso detêm "tanto o poder de investigar os fatos, como o de instruir o feito, inquirindo testemunhas, consultando peritos e até mesmo determinando o que será objeto de indagação" (ZILLI, 2003, p. 44).

Em apertada síntese, na tradição doutrinária e jurisprudencial nos Estados Unidos da América, a defesa técnica detém poderes investigatórios próprios. Desse modo, pode ela diretamente colher os elementos de provas necessários para fundamentar suas teses de defesa e alegações. Porém, a defesa deve sempre observar os mesmos requisitos processuais das provas obtidas em Juízo. O modelo de persecução penal norte-americano vigora o princípio da liberdade das provas, ou seja, os elementos de provas admitidas em Juízo não dependem de expressa previsão legal, basta, porém, que a prova seja produzida de formas lícitas para convencer o tribunal. Nesta perspectiva, o sistema adversarial tem a pretensão de afastar a atividade investigativa do juiz, com a finalidade de julgamento neutro, sem possibilidade de contaminação do magistrado (SILVA, 2019, p. 274-275).

Vale dizer que a Constituição Federal, no art. 133, assegura ao advogado o pleno exercício da profissão, nos limites da lei, como indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações. Desta forma, é extremamente importante que se garanta à defesa técnica do imputado, por autoridade própria, práticas de atos, tais como: requisitar, oficiar, notificar testemunhas, requerer audiências para o debate, acareações, confronto de perícias, como a finalidade de assegurar o contraditório e a ampla defesa durante o curso do inquérito policial, como um viés da investigação criminal defensiva. Neste diapasão,

com o propósito de regulamentar a condução das diligências e os limites da investigação defensiva, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil aprovou o Provimento n. 188, de 11 de dezembro de 2018 (BRASIL, 2018).

Há que se enfatizar ainda que a Constituição de 1988 alargou significativamente na seara dos direitos e das garantias fundamentais, com a finalidade de projetar a construção de um Estado Democrático de Direito. A propósito, Piovesan (2007, p, 26) sublinha que os direitos e as garantias fundamentais são “destinados a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”.

Destaque-se ainda que a partir da Emenda Constitucional nº 45, estabelece-se que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos de que o Brasil é parte, quando aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos de votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais, nos termos do art. 5º, §3º (BRASIL, 1988). Partindo-se da análise dessa norma, Piovesan (2007, p, 74) sustenta duas categorias de Tratados Internacionais de proteção aos direitos humanos:

Vale dizer, com o advento do § 3º do art. 5º surgem duas categorias de tratados internacionais de proteção de direitos humanos: a) os materialmente constitucionais; e b) os material e formalmente constitucionais. Frise-se: todos os tratados internacionais de direitos humanos são materialmente constitucionais, por força do § 2º do art. 5º. Para além de serem materialmente constitucionais, poderão, a partir do § 3º do mesmo dispositivo, acrescer a qualidade de formalmente constitucionais, equiparando-se às emendas à Constituição, no âmbito formal.

À luz dessa concepção, infere-se que o Pacto de São José da Costa Rica, na primeira parte do item 5, do artigo 7º, garante a realização da audiência de custódia ao preso em flagrante delito que deve ser apresentado ao juiz (BRASIL, 1992). Como se depreende, é mais uma oportunidade para a defesa técnica fazer valer da

investigação criminal defensiva para que a prisão ilegal seja relaxada, ou imposta uma situação mais favorável ao indiciado.

Por fim, a investigação criminal defensiva concretiza o cânone constitucional da justa persecução penal como direito fundamental à liberdade e à garantia da inviolabilidade do direito de defesa. Neste diapasão, a defesa técnica do imputado pode exercer as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa na fase investigativa, de tal modo que o sigilo do inquérito policial tem limites, uma vez que o imputado não pode ser mais visto como um simples objeto da investigação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo abordou o direito de defesa no inquérito policial, como um direito fundamental durante a persecução penal para o equilíbrio em paridade de armas entre os órgãos de persecução penal e a defesa técnica. Nesta perspectiva de estudo, foi necessário como ponto de partida se debruçar sobre o art. 5º, LV, da Constituição Federal, com fundamento na doutrina e na jurisprudência para saber qual o alcance do direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa para a concretização da investigação criminal defensiva.

Por essa razão, a proposta da pesquisa foi verificar se é possível o exercício do direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa na fase do inquérito policial. Sob essa perspectiva, a doutrina processualista clássica sustenta de forma absoluta que, durante o inquérito policial, não é possível o exercício do direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa. O argumento para tal conclusão é que nessa fase da persecução penal não há instrução criminal, mas investigação criminal de natureza inquisitiva e administrativa, sendo o inquérito policial uma mera peça informativa destinada à formação da *opinio delicti do Parquet*.

Por outro lado, constatou-se que há doutrinadores que sustentam a possibilidade do contraditório, denominado de diferido ou postergado, e da ampla defesa no inquérito policial, ao reconhecer que o imputado não é um mero objeto de

investigação, mas sim um sujeito da investigação. Além disso, justificam que o contraditório e a ampla defesa são garantias fundamentais no processo penal, administrativo e policial.

Ao buscar subsídios teóricos nos julgados dos Tribunais Superiores, percebe-se que a defesa técnica do imputado possa ter acesso às investigações preliminares, quando já documentadas no inquérito policial, conforme a Súmula Vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal.

Cabe ainda ressaltar que a investigação criminal defensiva é um direito fundamental do imputado em face do Estado-investigação, contra ações penais infundadas, sem justa causa, sem lastro probatório mínimo, que impede a movimentação desnecessariamente do aparato judiciário estatal. Assim, o direito de defesa é uma garantia fundamental que se manifesta pelo viés da produção da prova em face do poder punitivo estatal.

Entretanto, a investigação criminal defensiva apresenta alguns contrapontos para sua efetivação, por ser de caráter privado na contratação da defesa técnica e de peritos, o que gera alto custo financeiro. Além disso, a desconfiança do valor probatório e a falta de aparelhamento da Defensoria Pública são outros argumentos contrários para a efetividade e aplicação prática dessa tecnologia em defesa dos imputados de baixa renda.

Mesmo diante das limitações, verificou-se que o contraditório e a ampla defesa no curso do inquérito policial é uma tentativa de legitimar a persecução penal em paridade de armas. Em vista disso, o direito fundamental à produção da prova está intimamente ligado ao direito de defesa, já que proporciona ao imputado a oportunidade de demonstrar suas alegações.

Com essas considerações, é possível afirmar que o direito fundamental ao contraditório e a ampla defesa na fase investigativa, mesmo que postergado, é condição primordial ao exercício do direito de defesa, que se materializa na investigação criminal defensiva, a qual visa preservar a paridade de armas entre as

partes para a justa persecução penal, enquanto direito fundamental de se defender provando.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Teoria da nulidade no processo penal**. São Paulo: Noeses, 2016.

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **O Processo Criminal Brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Typ. Batista de Souza, 1920.

BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BONATO, Gilson. Por um efetivo devido processo legal. In BONATO, Gilson (org.). **Direito Penal e Direito Processual: Uma visão garantista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

BRASIL. Planalto. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 abr. 2020.

BRASIL. Decreto Lei n. 3689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 18 jun. 2020.

BRASIL Planalto. **Decreto nº 592 de 6 de julho de 1992**. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em 05 abr. 2020.

BRASIL. Lei n. 8906, de 4 de julho de 1994. **Dispõe sobre o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)**: Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm. Acesso em: 20 de mai. 2021.

BRASIL. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. **Provimento n. 188, de 11 de dezembro de 2018**. Regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais. Disponível em: <http://deob.oab.org.br/pages/materia/19>. Acesso em: 15 mar. 2021.

BRASIL. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969 (Pacto de São José da Costa Rica)**. Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 10 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante 14**. Publicada em 09, de fevereiro de 2009: Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230>. Acesso em: 15 jan. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Segunda Turma. HC 93.767. Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em: 01 abr. 2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=DJ&docID=748582510&pgI=101&pgF=105> . Acesso em: 10 mai. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Segunda Turma. HC 88190. Relator Ministro Cezar Peluso. Julgado em: 29 ago. 2006. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/759819/habeas-corpus-hc-88190-rj> Acesso em: 10 mai.2021.

BRASIL. **Projeto de lei do Senado n. 156, de 2009**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>. Acesso em: 01 abr. 2021.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. : 19 ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias Constitucionais na investigação criminal**. Revista dos Tribunais. São Paulo. 1995.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 30. ed. rev. atual e aum. São Paulo: Malheiros, 2014.

COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. **Igualdade no direito processual penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CRETELLA JÚNIOR, JOSÉ. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**, v. 1. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria geral do procedimento no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005a.

_____. **Processo Penal Constitucional**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005b.

_____. **A reação defensiva à imputação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Trad. Ana Paula Zomer Sica, "et al.". 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GRECO FILHO, Vicente. **Tutela constitucional das liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

JORGE, Estêvão Luís Lemos. **O contraditório no inquérito penal à luz dos princípios constitucionais**. Campinas, SP: Millennium Editora, 2015.

LIMA, Alberto Jorge C. de Barros. **Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LINS JÚNIOR, George Sarmento. As Gerações dos Direitos Humanos e os desafios da efetividade. *In: Educação em direitos humanos e diversidade: diálogos interdisciplinares*. Mara Rejane Ribeiro e Getúlio Ribeiro (Orgs.). Maceió: EDUFAL, 2012.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____, Aury. **Sistemas de investigação Preliminar no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Processo em Evolução**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988

MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MACHADO, Antônio Alberto. **Teoria geral do processo penal**. São Paulo: atlas, 2009.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. V. I São Paulo: Bookseller, 1997.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. **Comentários ao Código de Processo Penal**. v. 1. São Paulo: Edipro, 2002.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Processo e Hermenêutica Penal na tutela dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. rev. amp. e atual. 2. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2007.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. **Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel**, IMPP, edição nº 22, jun-jul-ago/2003, p. 3.

_____. **Persecução penal: novas tendências**. Belém: CEJUP, 1987.

PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistemas de controles epistêmicos: a quebra de cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **Estudos em processo penal**. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004.

ROBERTO, Welton. **Paridade de armas no processo penal**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

ROSA, Alexandre Morais da. **A teoria dos jogos aplicada ao processo penal**. 2. ed. Rei dos Livros: Lisboa, 2015.

SAAD, Marta. **O direito de defesa na persecução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SIQUEIRA, Galdino. **Curso de Processo Criminal**. 2. ed. São Paulo: Livraria e oficinas Magalhães, 1917.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: JusPodivm, 2019.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.