

# Editorial

Estimados leitores da nossa Revista da AJURIS

É com orgulho e alegria que chegamos ao centésimo quadragésimo volume de nossa já tradicional e conhecida Revista, agora em periodicidade semestral. Mais uma vez podemos oferecer ao público leitor uma gama diferenciada, mas sempre vinculada à nossa linha editorial, de artigos de qualidade e produzidos por autores tanto do Rio Grande do Sul quanto de outros Estados da Federação, previamente avaliados e aprovados mediante o procedimento do assim chamado duplo cego no percentual exigido pela CAPES, sem prescindir da inclusão, igualmente habitual, de doutrina estrangeira e de comentário de jurisprudência.

Os temas são de atualidade e relevância incontestes: Dever de Consulta aos Povos Indígenas, A Função Social da Água, O Direito ao Esquecimento, O Realismo Jurídico Norte-Americano, O Estado de Direito Ambiental, A Separação dos Poderes, A Insinceridade na Jurisdição Constitucional, Os Direitos da Criança e do Adolescente, O Controle Difuso de Constitucionalidade, A Dialética do Esclarecimento no Estado Democrático de Direito, O Caráter Confiscatório da Multa na Jurisprudência do STF, Critérios de Solução de Conflitos de Direitos Fundamentais, Aplicação do Princípio da Insignificância aos Crimes contra a Ordem Tributária, A Contratualização dos Vínculos Familiares (Doutrina Estrangeira) e Os Requisitos do Reconhecimento da Prescrição Intercorrente no novo CPC (Comentário de Jurisprudência).

O espectro aqui sumariamente apresentado, portanto, indica que mais uma vez possam os leitores ter proveito com os textos ora publicados, sendo nossa esperança a de que sigamos podendo ser depositários da confiança dos nossos leitores.

Porto Alegre, outubro de 2016.

**Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet,**  
Diretor da Revista

**Prof. Dr. Eugênio Facchini Neto,**  
Coordenador do Conselho Editorial



Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul

Administração e Expediente: Rua Celeste Gobbato, nº 81, 4º andar

Dep. Revista da AJURIS – Porto Alegre – RS

Fones: (51) 3284.9103

E-mail: sandra@ajuris.org.br

PRESIDENTE DA ASSOCIAÇÃO

*Gilberto Schäfer*

VICE-PRESIDENTE CULTURAL

*Rute dos Santos Rossato*

DIRETOR DA REVISTA

*Ingo Wolfgang Sarlet*

FUNDADOR

*Lenine Nequete*

## COMPOSIÇÃO DOS CONSELHOS

### Conselho Diretivo

- ✓ *Rute dos Santos Rossato – Vice-Presidente Cultural*
- ✓ *Ingo Wolfgang Sarlet – Diretor da Revista*
- ✓ *Eugênio Facchini Neto – Coordenador do Conselho Editorial*
- ✓ *Cláudio Luís Martinewski – Diretor da Escola Superior da Magistratura*

### Conselho Consultivo

- ✓ *Ruy Rosado de Aguiar Júnior (Presidente), Alberto Delgado Neto, Alexandre Mussoi Moreira, Almir Porto da Rocha Filho, Antônio Guilherme Tanger Jardim, Antonio Janyr Dall'Agnol Júnior, Armínio José Abreu Lima da Rosa, Arnaldo Rizzardo, Carlos Alberto Etcheverry, Clademir José Ceolin Missaggia, Cláudio Caldeira Antunes, Cristóvam Daiello Moreira, Edith Salete Prando Nepomuceno, Eladio Luiz da Silva Lecey, Francisco José Moesch, Giovanni Conti, Iris Helena Medeiros Nogueira, José Antônio Paganella Boschi, Milton dos Santos Martins, Moacir Adiers, Ricardo Pippi Schmidt, Sérgio José Dulac Muller (in memoriam) e Wilson Carlos Rodcz*

## Conselho Editorial Técnico Nacional

- ✓ *Adroaldo Furtado Fabrício, Araken de Assis, Athos Gusmão Carneiro (in memoriam), Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (in memoriam), Elaine Harzheim Macedo, Eugênio Facchini Neto, Gilberto Schäfer, Ingo Wolfgang Sarlet, Maria Aracy Menezes da Costa, Nereu José Giacomolli, Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, Rogério Gesta Leal, Tupinambá Pinto de Azevedo.*
- ✓ *Prof. Dr. José Luís Bolzan de Moraes – Unisinos, RS; Prof. Dr. Marcos Malíska – Unibrasil, Paraná; Prof. Dr. Andreas J. Krell – UFAL, Alagoas; Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier – Unibrasil, Paraná; Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Maria Celina Bodin de Moraes – PUC, Rio de Janeiro; Prof. Dr. José Adercio Leite Sampaio – PUC, Minas Gerais; Prof. Dr. Fábio Siebeneichler de Andrade – PUC, RS; Prof. Dr. Paulo Caliendo – PUC, RS; e Prof. Dr. Wilson Steinmetz – UCS, RS; Prof. Dr. Alexandre Coutinho Pagliarini – Uninter, PR.*

## Conselho Editorial Técnico Internacional

- ✓ *Prof. Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni – Universidad de Buenos Aires, Argentina; Prof. Jairo Parra Quijano – Universidad Santo Tomás, Bogotá, Colômbia; Prof. Dr. Nicola Picardi – Università La Sapienza, Roma, Itália; Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Paula Costa e Silva – Universidade de Lisboa, Portugal; Prof. Dr. Alessandro Simoni – Università Degli Studi di Firenze, Itália; Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Anna De Vita – Università Degli Studi di Firenze, Itália; Prof. Dr. José María Porras Ramírez – Universidad de Granada, Espanha; Prof. Dr. Paolo Ridola – Università La Sapienza, Roma, Itália; Prof. Dr. Humberto Nogueira Alcalá – Universidad de Talca, Santiago, Chile.*

## Avaliadores que participaram desta edição:

- ✓ *Prof. Dr. Alexandre Coutinho Pagliarini, UNINTER, PR; Prof. Dr. Alexandre Freire Pimentel, UFPE, PE; Prof. Dr. Alexandre Moraes da Rosa, UFSC, SC; Prof. Dr. Álvaro Antunes Andreucci, UNINOVE, SP; Prof. Dr. André Parmo Folloni, PUC, PR; Prof. Dr. André Viana Custódio, UNISC, RS; Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Anna Candida da Cunha Ferraz, UNIFIEO, SP; Prof. Dr. Antonio Jorge Pereira Júnior, UNIFOR, CE; Prof. Dr. Clilton Guimarães dos Santos, UNIFIEO, SP; Prof. Dr. Cristhian Magnus de Marco, UNOESC, SC; Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Debora Gozço, UNIFIEO SP; Prof. Dr. Frederico da Costa Carvalho Neto, UNINOVE, SP; Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Janaina Rigo Santin, UPF, RS; Prof. Dr. Jorge Renato dos Reis, UNISC, RS; Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Livia Gaigher Bósio Campello, UFMS, MS; Prof. Dr. Luis Renato Vedovato, UNINOVE, SP; Prof. Dr. Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e Cruz, UNIT, SE; Prof. Dr. Marcos Augusto Malíska, UNIBRASIL, PR; Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Maria Lirida Calou de Araújo e Mendonça, UNIFOR, CE; Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro, UNOESC, SC; Prof. Dr. Nereu José Giacomolli, PUC, RS; Prof. Dr. Orides Mezzaroba, UNOESC, SC; Prof. Dr. Robison Tramontina, UNOESC, SC; Prof. Dr. Roger Raupp Rios, UNIRITTER, RS; Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Rosalice Fidalgo Pinheiro, UNIBRASIL, PR; Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Thais Novaes Cavalcanti, UNIFIEO, SP; Prof. Dr. Tiago Fensterseifer, DPEP, SP; Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira, UNINOVE, SP; Prof. Dr. Yuri Schneider, UNOESC, SC.*

## Seções de artigos aceitos na cota-convite:

- ✓ *Doutrina Estrangeira e Jurisprudência Comentada.*

**O DEVER DE CONSULTA AOS POVOS INDÍGENAS:  
CONSIDERAÇÕES SOBRE O INSTITUTO E SOBRE O  
PROVEITO DE UMA LEGISLAÇÃO INTERNA A PARTIR DA  
EXPERIÊNCIA PERUANA**

*THE CONSULTATION DUTY TO INDIGENOUS PEOPLES: CONSIDERATIONS  
ABOUT THE INSTITUTE AND THE ADVANTAGE OF A DOMESTIC LAW  
FROM THE PERUVIAN EXPERIENCE*

**Alessandra Quines Cruz<sup>1</sup>**

Defensora Pública Dirigente do Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos da  
Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul

**Gilberto Schäfer<sup>2</sup>**

Professor do Mestrado em Direitos Humanos da UniRitter

**Paulo Gilberto Cogo Leivas<sup>3</sup>**

Professor do Programa de Mestrado em Direitos Humanos da UniRitter

**ÁREA(S) DO DIREITO:** direitos humanos.

**RESUMO:** No presente artigo analisamos, a partir de pesquisa bibliográfica e documental, o instituto do dever de consulta aos povos indígenas. Observamos, para tanto, os marcos do direito internacional dos direitos humanos dos povos indígenas estabe-

lecidos pela normativa internacional vigente no âmbito da Organização Internacional do Trabalho, da Organização das Nações Unidas e a partir da jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. A pesquisa visa, assim, a estabelecer, considerando o referencial teórico da interculturalidade, as características

<sup>1</sup> Mestra em Direitos Humanos (Uniritter/2015). *E-mail:* alessandraquines@hotmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/5175916153394355>.

<sup>2</sup> Juiz de Direito na Comarca de Porto Alegre, Doutor e Mestre em Direito público pela UFRGS, Professor da ESM/Ajuris. *E-mail:* schaffer@via-rs.net. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/5204288597170064>.

<sup>3</sup> Procurador Regional da República. Professor da Universidade Federal de Ciências da Saúde de Porto Alegre (UFCSPA). *E-mail:* pgleivas@uol.com.br. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/8903151502297215>.

comuns internacionalmente reconhecidas do instituto. A seguir, discutimos a experiência do Peru, um dos países latino-americanos que adotou uma lei interna de regulamentação do dever de consulta.

**PALAVRAS-CHAVE:** dever de consulta; povos indígenas; declaração universal dos direitos dos povos indígenas; Convenção nº 169 da OIT; lei de consulta do Peru.

**ABSTRACT:** *In this article we analyze, from bibliographical and documentary research, the duty to consult the institute to indigenous peoples. We note, therefore, the milestones of the international law of human rights of indigenous peoples established by existing international rules within the International Labour Organization, the United Nations and from the jurisprudence of the Inter-American Human Rights System. The research thus seeks to establish, considering the theoretical framework of multiculturalism, the common features internationally recognized institute. Next, we discuss the experience of Peru, one of Latin American countries adopted a national law to regulate the duty of consultation.*

**KEYWORDS:** *duty to consult; indigenous people; universal declaration of the rights of indigenous peoples; Convention 169 of the ILO; Peru consultation law.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 O dever de consultar segundo as Nações Unidas; 2 O dever de consultar segundo a Organização Internacional do Trabalho – OIT; 3 O dever de consultar segundo o sistema interamericano de direitos humanos; 4 A experiência no Peru; Conclusões; Referências.

**SUMMARY:** *Introduction; 1 The duty to consult according to the United Nations; 2 The duty to consult according to the International Labor Organization – ILO; 3 The duty to consult according to the inter-American human rights system; 4 Experience in Peru; Conclusions; References.*

## INTRODUÇÃO

No presente artigo, analisamos o instituto do dever de consulta aos povos indígenas, a partir da metodologia de pesquisa bibliográfica e documental, com o objetivo de delinear os contornos jurídicos do instituto, por meio dos documentos internacionais que regulam o tema, bem como a partir das considerações acrescidas pela jurisprudência especializada.

O objetivo da pesquisa expressa relevância no Brasil, assim como no Peru, outro país analisado, na medida em que consideramos como marco referencial teórico-normativo a interculturalidade, que rompe com o modelo colonial de subordinação dos povos indígenas à sociedade hegemônica dominante e propõe o intercâmbio entre culturas em condições de igualdade:

*Como señalé en el capítulo anterior, los términos multi, pluri e inter-culturalidad tienen genealogías y significados diferentes. Mientras que lo pluri y multicultural son términos descriptivos que sirven para caracterizar la situación diversa e indicar la existencia de múltiples culturas en un determinado lugar, planteando el reconocimiento, tolerancia y respeto entre ellas, la interculturalidad aún no existe. Es algo por construir. Ella va mucho más allá del respeto, la tolerancia y el reconocimiento de la diversidad; señala y alienta, más bien, un proceso y proyecto sociales y políticos que apuntan a la construcción de sociedades, relaciones y condiciones de vida nuevas y distintas. Por lo tanto, la interculturalidad parte del problema de las relaciones y condiciones históricas y actuales –es decir, de la realidad en la cual sigue vigente un patrón de poder colonial –, de la dominación, exclusión, desigualdad e inequidad, como también de la conflictividad que estas relaciones y condiciones engendran. Así, sugiere un proceso activo y permanente de negociación e interrelación, donde lo propio y particular no pierdan su diferencia sino que tengan la oportunidad y capacidad para aportar, desde esta diferencia, a la creación de nuevas comprensiones, convivencias, colaboraciones y solidariedades. (Walsh, 2009)*

Também os apontamentos de Clavero (2014)<sup>4</sup> podem ser utilizados para compreender o motivo, por exemplo, da ausência de regulamentação do dever de consulta vinculante no ordenamento jurídico brasileiro, o que possibilita a perpetuação de subordinação, dependência e invisibilidade de comunidades tradicionais indígenas perante o Estado. De acordo com Rios (2008), esta lógica poderia ser identificada como uma modalidade de discriminação indireta, que consiste justamente, neste caso, em uma prática do Poder Público, aparentemente

<sup>4</sup> Neste sentido, ressalta-se que as comunidades indígenas nunca foram consultadas sobre seus direitos consuetudinários e os conflitos com o direito indigenista. Questões como o significado e a importância da terra e da natureza no direito indígena não dialogam com o direito indigenista, que os reduz ao conceito de propriedade. Estas construções históricas não representam uma lógica infeliz do Brasil. O autor Bartolomé Clavero discute as lacunas dos instrumentos de Direitos Humanos que têm o efeito de “exclusão mediante a inclusão”, principalmente em relação aos povos inferiorizados e culturalmente diferenciados. Ou seja, aponta os direitos humanos como um produto de lógicas liberais, voltados para o individualismo e etnocentrismo de Estados claramente influentes, portanto contraditórios e incapazes de compreender a lógica coletiva, como é o caso das comunidades indígenas.

inofensiva, sem que seja possível na maioria das vezes identificarmos, mas que, como resultado, gera violações e aprofunda as desigualdades.

Sobre o dever de consulta aos povos indígenas, é instituto previsto na Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), de 1989, e na Declaração Universal sobre os Direitos dos Povos Indígenas da Organização das Nações Unidas (ONU), de 2007. Trata-se, sinteticamente, do dever que incumbe aos Estados de consultar os povos indígenas sobre medidas de cunho legislativo e administrativo que os afetem. O instituto possui características e objetivos que analisaremos a seguir, conforme o entendimento dessas duas grandes organizações na interpretação das normas citadas. No mesmo sentido, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos revela que também o sistema interamericano de direitos humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA), embora não disponha, em seu âmbito, de uma norma específica sobre os povos indígenas, reconhece o dever dos Estados-membros de observar a consulta, com seus princípios e suas características intrínsecas.

Dado que baseamos nosso conceito sobre o instituto da consulta aos povos indígenas nas definições presentes na Declaração Universal sobre os Direitos dos Povos Indígenas (DUDPI) e na Convenção nº 169 da OIT (Convenção 169), convém pontuar as diferenças conceituais entre uma declaração e uma convenção, esta última espécie do gênero tratado<sup>5</sup>.

Na forma da definição legal constante da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969<sup>6</sup>, bem como na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais de 1986<sup>7</sup>, os tratados são acordos em que os signatários têm o poder de obrigar-se legalmente mediante sua ratificação. No que tange à Convenção nº 169, observa o procedimento de tratado, criando obrigação legal dos Estados-membros que a ratificaram no sentido de adequar sua legislação nacional e suas

<sup>5</sup> Conforme a definição de Seitenfus (2000, p. 330): “Convenção é o tratado em que se criam normas gerais, por exemplo: Convenção Contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes de 1984”.

<sup>6</sup> Artigo 2º, 1, a: “‘Tratado’ significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste em um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica”.

<sup>7</sup> Artigo 2º, 1, a: “‘Tratado’ significa um acordo internacional regido pelo Direito Internacional e celebrado por escrito: i) entre um ou mais Estados e uma ou mais organizações internacionais; ou ii) entre as organizações internacionais, quer este acordo conste de um único instrumento ou de dois ou mais instrumentos conexos e qualquer que seja sua denominação específica”.

práticas internas, além de desenvolver ações visando ao cumprimento integral da Convenção.

As declarações de direitos da ONU, entre as quais está a DUDPI, são percebidas pela maioria da doutrina como instrumentos não vinculantes aos países. Diferentemente do que ocorre com as convenções, são consideradas como metas, objetivos a serem atingidos pelos Estados que as firmam, mas sem o valor obrigacional do tratado. No que pese essa constatação, tratando-se de instrumento que é firmado de maneira voluntária pelos países, e no caso da DUDPI, aprovada por um número expressivo de Estados-membros, assume, por essa condição, o teor de compromisso em implementar sua aplicação.

No que pese esse cenário de compromissos assumidos, a leitura da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o dever de consulta, especialmente em se considerando o número de casos que envolvem essa discussão<sup>8</sup>, demonstra que as principais violações de direitos humanos desses povos, assim como as principais dificuldades de cumprimento da Convenção n° 169 da OIT relacionam-se com a não aplicação ou a aplicação deficiente do instituto do dever de consulta. De outro lado, alguns países da América Latina – tomamos para fins dessa análise o exemplo do Peru – Estados-parte da ONU e signatários da Convenção n° 169 da OIT optaram por adotar uma legislação interna que regulamenta o instituto. No caso do Brasil, este ratificou a Convenção n° 169 em julho de 2002, por meio do Decreto Legislativo n° 143, em vigor desde 2003, não possuindo, contudo, uma legislação própria para a consulta.

Este artigo, portanto, tem o objetivo de analisar as principais características do dever de consulta, segundo o direito internacional dos direitos humanos dos povos indígenas, para, então, discutir a experiência legislativa do Peru.

## 1 O DEVER DE CONSULTAR SEGUNDO AS NAÇÕES UNIDAS

O reconhecimento de direitos indígenas no âmbito da ONU não se restringe à DUDPI. Ao contrário, o documento exsurge como corolário de princípios que já estavam postos no sistema internacional, decorrentes da interpretação de diversos tratados internacionais de direitos humanos. Reconhece-se que a DUDPI, no entanto

---

<sup>8</sup> JURISPRUDÊNCIA da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Tradução da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Direitos dos Povos Indígenas. Brasília: Ministério da Justiça, 2014.



[...] é o mais importante acontecimento internacional a esse respeito ao condensar o entendimento amplamente compartilhado a respeito dos direitos dos povos indígenas que se foram acumulando ao longo de decênios sobre a base das fontes existentes de normas internacionais em matéria de direitos humanos. (Nações Unidas, 2008)

Nos termos da DUDPI, o direito à livre determinação dos povos indígenas contém uma participação e uma interação com as estruturas sociais mais amplas nos países em que vivem. Os povos indígenas, portanto, têm o direito de participar, se assim o desejarem, na vida política, econômica, social e cultural do Estado, mas, principalmente, de ser consultados sobre as decisões que os afetam, a fim de obter seu consentimento livre, prévio e informado. A declaração consigna, em seu art. 19, que

Os Estados consultarão e cooperarão de boa-fé com os povos indígenas interessados, por meio de suas instituições representativas, a fim de obter seu consentimento livre, prévio e informado antes de adotar e aplicar medidas legislativas e administrativas que os afetem. (Nações Unidas, 2007)

A interpretação da norma pode ser extraída de um dos principais mecanismos de controle da ONU, a sua Relatoria Especial sobre a Situação dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais dos Povos Indígenas. Os informes temáticos e informes de país, instrumentos de atuação da Relatoria, contêm relevantes apanhados sobre a aplicação do instituto da consulta nos Estados-membros. No Informe sobre o Chile (Nações Unidas, 2009), o Relator James Anaya aponta os princípios internacionais aplicáveis à consulta dos povos indígenas, a propósito da reforma constitucional chilena.

Podem-se identificar, então, pelo menos seis princípios aplicáveis à consulta, segundo a ONU. O primeiro, diz respeito ao fato de que a consulta deve realizar-se com caráter *prévio*, antes da ação estatal consultada. Quanto a esse ponto, não há maior discussão doutrinária, visto que as normas citadas não deixam dúvida a respeito. Em segundo lugar, a consulta *não se esgota com a mera informação*. Nesse sentido, na consulta sobre a reforma constitucional mexicana de 2001, sobre direitos dos povos indígenas, também a OIT expressou:

[...] as “audiências ante o Congresso”, se bem permitiram que representantes dos povos indígenas “se expressassem”, ditas audiências não constituíram “consultas sistemáticas com organizações representativas”. Nesse sentido, o Comitê considerou que ditas audiências não constituíram um processo no qual as pessoas ou organizações que tiveram a oportunidade de ser ouvidas puderam, ademais de serem ouvidas, instaurar um intercâmbio genuíno com continuidade e tempo para, ao menos ter a possibilidade de chegar a acordos. (OIT, 2001, § 103)

Em terceiro, a consulta deve ser de *boa-fé*, o que significa que deve ser procedida de modo a gerar confiança entre as partes, tanto nos espaços governamentais como nos comunitários. Uma consulta gerada em um clima de enfrentamento não deve ser reconhecida como de boa-fé, pois não poderá produzir o diálogo necessário ao consenso. Em quarto lugar, a consulta deve ser *adequada* e por meio *das instituições representativas indígenas*. A representatividade dos povos indígenas, ademais, deve estar desprovida de oportunismos e cooptações empresariais e estatais que impeçam uma consulta adequada.

Em quinto lugar, a consulta deve ser *sistemática e transparente*, isto é, por meio de procedimentos formalizados, sistemáticos, replicáveis e transparentes. A sistematização dos procedimentos para levar a cabo às consultas deve ser consensual, também realizada por meio de processos consultivos, a fim de evitar a arbitrariedade e os conflitos desnecessários.

Por fim, vale referir o princípio atinente ao *alcance da consulta*. Este princípio se refere ao tão discutido caráter vinculante dos resultados de uma consulta. Os Estados têm a obrigação de “chegar a um acordo ou lograr o consentimento acerca das medidas propostas”, segundo o texto da DUDPI. Como máxima expressão da democracia e do princípio da não discriminação, isso deve significar que, sem um acordo entre as partes, não pode o Estado executar a ação. Do contrário, para nada serviria a consulta se, de qualquer forma, ao final, o Estado pudesse impor sua vontade. Quanto a esse requisito, o Relator Especial da ONU para os povos indígenas, em suas observações acerca do processo de revisão constitucional no Equador, fez-se a seguinte pergunta: “Mas o que ocorreria se não se chegasse ao consenso e ao consentimento indígena depois de um processo de boa-fé em que a parte indígena pôde participar plena e adequadamente?” (Nações Unidas, junho de 2008). O Relator responde que, com base na livre determinação dos

povos indígenas, e por razões práticas, o Estado não deveria executar o projeto unilateralmente, tal como destacou a Corte Interamericana no Caso *Saramaka versus Suriname*, mais à frente analisado: “deve o Estado abster-se de realizar atos [...] a menos que o Estado obtenha o consentimento livre, prévio e informado de dito povo” (Corte IDH, 2007, p. 65).

## **2 O DEVER DE CONSULTAR SEGUNDO A ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO - OIT**

De se destacar, no tópico, a razão pela qual a matéria indígena vem regulamentada principalmente em uma Convenção da OIT, que é uma organização destinada à emissão e ao controle de normas referentes ao direito dos trabalhadores no âmbito internacional. Nesse sentido, observa-se que “[...] o ponto de partida para que a OIT se ocupasse das populações indígenas foram reflexões econômicas [...]” (Kayser, 2000, p. 232). Isso porque, em muitos Estados-parte da OIT, os povos indígenas constituíram grande parte da força de trabalho, de modo que a melhoria das condições sociais desses grupos passou a ser alvo de grande preocupação internacional, movimento que deu causa à edição da Convenção nº 107 da OIT, de 26 de junho de 1957, sobre a proteção e a integração das populações indígenas e outras populações tribais e semitribais de países independentes, a qual mais tarde foi revisada pelas normas da Convenção nº 169.

Prosseguindo na sistematização do acervo normativo e jurisprudencial quanto ao dever do Estado de consultar os povos indígenas, analisaremos importante publicação da OIT, formulada no marco dos 20 anos da Convenção nº 169. Trata-se do “Guia sobre o Convênio 169 dos direitos dos povos indígenas e tribais na prática” (OIT, 2009). No guia, a OIT deixa claro que a consulta aos povos indígenas é a pedra angular da Convenção nº 169, reconhecendo que se traduz em um dos seus principais desafios, sem dúvida, em razão do generalizado descumprimento. A OIT reafirma que sem consulta não há participação efetiva e, portanto, os arts. 6 e 7 da Convenção são os pilares sobre os quais repousa a aplicação da Convenção em seu conjunto.

Continua interpretando a OIT que a consulta tem o objetivo principal de garantir a participação efetiva dos povos indígenas em todos os níveis do Estado, políticos, legislativos e administrativos, naqueles processos que lhes afetem diretamente. Segundo a Convenção, a consulta é considerada uma forma-chave de diálogo para harmonizar interesses contrapostos, podendo evitar conflitos. A consulta é o mecanismo por meio do qual os povos têm o direito de decidir suas

prioridades, exercendo controle sobre seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural (OIT, 2009).

Questão importante que a interpretação da OIT estabelece é a referente ao fato de que a obrigação dos Estados de consultar aos povos indígenas tem um nível geral e um nível particular. Em um nível geral, devem consultar-se a todas as disposições da Convenção, e, no nível particular, devem consultar-se todo tipo de medidas que lhes afetem diretamente. Na Convenção, a obrigação dos governos de consultar adquire especial relevância em seis casos: (1) ao prever medidas legislativas ou administrativas (art. 6.1.a); (2) antes de proceder a prospecção ou exploração de recursos do subsolo (art. 15.2); (3) ao considerar a alienação das terras de povos indígenas ou a transmissão de seus direitos sobre essas terras a pessoas estranhas à sua comunidade (art. 17); (4) com anterioridade à retirada e reassentamento dos povos indígenas, que somente deverá efetuar-se com o consentimento dado livremente e plenamente informado (art. 16); (5) na organização e no funcionamento de programas especiais de formação profissional (art. 22), e (6) Nas medidas orientadas a ensinar a ler e escrever às crianças em seu próprio idioma indígena (art. 28) (OIT, 2009).

A OIT adverte que, dentro do contexto da Convenção nº 169, a obrigação de garantir que se efetuem as consultas adequadas recai nos governos e não em particulares ou empresas privadas. O Estado é o responsável de garantir que se tomem as medidas de consulta e participação necessárias. E, ainda, para garantir um processo consultivo adequado, a Convenção estabelece que uma consulta deve ser levada a efeito observando as seguintes características: (1) por meio de instituições representativas; (2) apoiando o desenvolvimento das instituições e iniciativas próprias dos povos indígenas e, também, conforme o caso, fornecendo os recursos necessários; (3) com boa-fé; (4) por meio dos procedimentos adequados; (5) com o objetivo de alcançar um acordo ou consentimento; (6) com uma avaliação periódica do funcionamento dos mecanismos de consulta (OIT, 2009).

Em suma, o posicionamento da OIT quanto à interpretação de sua Convenção não diverge do que se extrai da leitura da DUDPI: que as consultas e a participação são componentes fundamentais de um processo de consentimento, que devem ser celebradas de boa-fé, e que as partes devem estabelecer um diálogo que lhes permita encontrar soluções adequadas em uma atmosfera de respeito recíproco e participação plena e equitativa. Sem dúvida, as consultas requerem tempo e um sistema eficaz de comunicação entre as partes interessadas. Por fim, esse processo pode incluir a opção de negar o consentimento (OIT, 2009).

### 3 O DEVER DE CONSULTAR SEGUNDO O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Em terceiro lugar, incumbe analisar o posicionamento do sistema interamericano na questão, dado que tanto o Peru – cuja legislação interna pretendemos abordar – como o Brasil fazem parte desse sistema, o que influencia diretamente o reconhecimento e a aplicação do instituto da consulta. Nesse passo, de se ressaltar que tanto a Comissão como a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a partir da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, têm desenvolvido um corpo jurisprudencial sobre os direitos coletivos dos povos indígenas. O fundamento é o art. 21 da Convenção, sobre o direito à propriedade, que a Corte interpreta como direito à propriedade coletiva dos povos indígenas. Um dos casos mais emblemáticos no tema é o caso “Povo Saramaka *versus* Suriname”, em que a Corte concretiza o dever do Estado de consultar os povos indígenas como parte das garantias fundamentais do direito internacional com vistas à subsistência do povo indígena como tal.

Em 23 de junho de 2006, a Comissão apresentou à Corte uma demanda contra o Estado de Suriname por violações às garantias de propriedade e de proteção judicial do Povo Saramaka. Na sentença de fundo do caso, a Corte descreve sua jurisprudência em direitos indígenas sobre o direito de propriedade, garantido no art. 21 da Convenção Americana, concluindo que os Estados devem respeitar a relação especial que os povos têm com seu território para garantir sua sobrevivência social, cultural e econômica. Também, segundo a Corte, o art. 21 deve ser lido em conjunto com os arts. 1.1 e 2 da Convenção, os quais obrigam os Estados à adoção positiva de medidas especiais para garantir o pleno e igualitário exercício dos territórios que ocuparam tradicionalmente (Jurisprudência..., p. 257).

Os Estados-parte que ratificaram a Convenção Americana, portanto, estão obrigados a respeitar os territórios indígenas, compostos pelas terras e recursos naturais, segundo o art. 21 da Convenção; porém, este não é um direito absoluto, podendo o Estado autorizar restrições sempre que se cumpram com as cinco condições reconhecidas pela Corte: (1) que tenham sido previamente estabelecidas por lei; (2) que sejam necessárias; (3) que sejam proporcionais; (4) que tenham um objetivo democrático legítimo, e (5) que não impliquem a denegação da subsistência do povo indígena. A Corte, então, sentencia que, para assegurar que as restrições anteriores não impliquem uma denegação da subsistência dos povos indígenas, o Estado deve cumprir com três garantias: (1) direito do povo a ser consultado e a obrigação de obter o consentimento;

(2) que o povo indígena obtenha benefícios razoáveis, e (3) que sejam procedidos de estudos de impacto ambiental e social (Jurisprudência..., p. 289).

Com isso, a Corte estabeleceu que, para garantir a participação efetiva do povo Saramaka nos planos de desenvolvimento e investimento dentro de seu território, o Estado tem o dever de consultar ativamente essa comunidade, segundo seus costumes e tradições. Na esteira do entendimento da ONU e da OIT, anteriormente analisado, entendeu a Corte Interamericana que o Estado tem o dever de fornecer informações para manter uma comunicação constante entre as partes, e que a consulta deve realizar-se de boa-fé, por meio dos procedimentos culturalmente adequados, tendo por finalidade alcançar o acordo.

#### 4 A EXPERIÊNCIA NO PERU

A partir da análise desse contexto de reconhecidas obrigações estatais, observamos a experiência específica de um país que promulgou uma legislação interna de consulta: o Peru. Nesse país, a vigência da Convenção nº 169 da OIT tem sido declarada pelo Tribunal Constitucional peruano em diversas sentenças, tais como nos precedentes STC 00022-2009-PI/TC, STC 06316-2008-PA/TC e STC 00025-2009-PI (Chávarri, 2011).

No Peru, reconhece-se que a Convenção nº 169 tem *status* normativo constitucional (Ruiz, 2012). Essa interpretação fundamenta-se nos arts. 3º e 55<sup>10</sup> e da Quarta Disposição Final<sup>11</sup> e Transitória da Constituição Política de 1993 e no art. V do Título Preliminar do Código Processual Constitucional<sup>12</sup>, conforme entendimento do Tribunal Constitucional peruano prolatado na Sentença nº 00022-2009-PI/TC.

<sup>9</sup> “Artículo 3. Derechos Constitucionales. *Númerus Apertus*. La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.”

<sup>10</sup> “Artículo 55. Tratados Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.”

<sup>11</sup> “DISPOSICIONES FINALES Y TRANSITORIAS [...] Cuarta.- Interpretación de los derechos fundamentales Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.”

<sup>12</sup> “Artículo V. Interpretación de los Derechos Constitucionales El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.”

No que pese, portanto, já haver a obrigação legal vigente a partir da Convenção nº 169 – e reconhecida jurisprudencialmente –, havia uma demanda histórica pela implementação da lei de consulta no Peru, a qual foi contemplada pela edição da Lei nº 29.785 e seu regulamento.

Foi por impulso do movimento indígena que se gerou um processo social para obrigar o Estado peruano a reconhecer, desenhar e implementar o direito à consulta. Após o conflito de Bagua, em 2009<sup>13</sup>, tanto em razão do conflito como em razão do diálogo nacional, e em razão dos avanços de satisfação de demandas judiciais ante o Tribunal Constitucional peruano, o Congresso decidiu priorizar a adoção de um marco legal para o direito à consulta prévia. Esse processo permitiu um debate nacional sobre os direitos indígenas em relação ao que já estava definido pelo Tribunal Constitucional, mas especialmente sobre a controvérsia de posições existentes, naquele momento, entre o governo peruano e o movimento indígena.

Nos anos de 2009 e 2010 foram apresentadas várias propostas de lei para regular o direito à consulta<sup>14</sup>, as quais contribuíram para o “*Dictamen de Proyecto de Ley*”, que foi apresentado ao Congresso em maio de 2010. O projeto, depois de aprovado no Parlamento, foi submetido ao Poder Executivo, que, utilizando-se do poder de apontar observações, enviou propostas de mudança de texto para restringir direitos. Entretanto, foi aprovado o texto original.

A lei de consulta foi então aprovada em agosto de 2011 como parte de um processo político em que as organizações indígenas aceitaram um texto sem modificações, mas com certas ressalvas e críticas. Dos aspectos louvados, em consonância com os paradigmas internacionais, ressalta-se a identificação de um procedimento de consulta com etapas orientadoras e o estabelecimento do acordo entre Estado e povos indígenas como vinculante e obrigatório, dois elementos que já haviam sido destacados em diversos pronunciamentos do Tribunal Constitucional peruano.

Dos aspectos criticáveis, observa-se que não inclui expressamente as causas que obrigatoriamente demandam consentimento prévio e que estão

---

<sup>13</sup> Violento conflito entre indígenas e policiais em Bagua, na região amazônica do Peru, após quase dois meses em que indígenas mantinham uma das principais estradas da região bloqueadas em protesto contra uma lei que permitia a exploração de madeira e minérios por empresas estrangeiras em suas terras.

<sup>14</sup> Proposta da “*Defensoría Del Pueblo*” (junho de 2009); proposta da Mesa nº 03 de Consulta do “*Grupo Nacional de Desarrollo de la Amazonía*”, e proposta de organizações indígenas amazônicas e andinas, que se somou à proposta da Mesa nº 03 do “*Grupo de Diálogo Nacional Post Bagua*”.



contemplados na Convenção nº 169, por exemplo, o consentimento para a reassentamento voluntário (art. 16). Ademais, a lei não define um órgão técnico para sua implementação, função exercida pelo “Viceministerio de Interculturalidad”, órgão que não conta com participação indígena em sua conformação. Por fim, a lei exclui do seu âmbito de aplicação as medidas administrativas e legislativas anteriores à sua entrada em vigência.

Nota-se que as dificuldades apontadas decorrem do fato de que a consulta prévia aos povos indígenas não é somente um tema teórico, ou um debate de procedimento, mas produz consequências. No caso peruano, essas consequências se explicitam a partir das políticas estatais que promovem e facilitam o investimento privado em matéria de extração de recursos naturais sem que se estabeleça mecanismo de diálogo com as comunidades e povos indígenas.

Nesse sentido, um dos informes produzidos pela sociedade civil:

É por isso que a expectativa gerada pela Lei de Consulta Prévia vem significando, por ora, uma frustração e um reclamo justificado das principais organizações nacionais representativas dos povos indígenas. A forma pela qual os funcionários estatais especializados no tema manejaram os momentos seguintes à promulgação dessa Lei tem sido decepcionante e tem retirado rapidamente as esperanças que haviam gerado, provocando um incremento da desconfiança em face de um Estado que historicamente tem excluído e reprimido as demandas desses povos. (Gamboa; Snoeck, 2012, p. 8)

A crítica anterior expressa a constatação de que a mera promulgação de uma lei regulamentadora não necessariamente garante o cumprimento do dever de consulta segundo os parâmetros estabelecidos na legislação internacional, inclusive porque a falta de lei não deve ser obstáculo para a cumprimento dessas normas.

## CONCLUSÕES

A aprovação de uma lei de consulta é, ao mesmo tempo, ponto de chegada e ponto de partida. No Peru, foi o ponto de chegada de um processo de esforço coletivo que demandava o reconhecimento dos direitos dos povos indígenas.



Não obstante, em uma perspectiva de futuro, a aprovação da lei constituiu apenas um ponto de partida de um longo processo de implementação do direito à consulta. Com efeito, a obrigação estatal de garantir o direito à consulta não se esgota com a promulgação de uma norma. É, no entanto, reconhecidamente um passo importante, mas por si só insuficiente. Cada vez que o ordenamento reconhece um direito fundamental, estabelece tacitamente três obrigações ao Estado: desenvolver instituições, desenvolver procedimentos, e designar orçamento para a real implementação do direito reconhecido.

Sem dúvida, o processo de regulamentação da Convenção nº 169 da OIT é uma necessidade no trajeto da concretização da participação efetiva e democrática dos povos indígenas em assuntos e ações de interesse público que os envolvam direta ou indiretamente. Mas é fundamental reconhecer que a Convenção nº 169 da OIT é autoaplicável quando incorporada pelos países signatários, como é o caso do Brasil. Isso significa dizer que mais importante que a regulamentação em si é o seu cumprimento de fato, obrigação que já existe para o Estado. Isso significa também que deve ser avaliado se há condições políticas para a aprovação de uma lei que atenda a todos os parâmetros internacionais.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Secretaria Nacional de Articulação Social. Processo de regulamentação dos procedimentos de consulta prévia no Brasil Convenção nº 169 OIT. 2013. Disponível em: <<http://www.cut.org.br/sistema/ck/files/consultapreviaOIT.pdf>>. Acesso em: 22 fev. 2014.

\_\_\_\_\_. 2014. Secretaria Geral da Presidência da República. Grupo de Trabalho Interministerial sobre Convenção nº 169 promove última reunião. 14.02.2014. Disponível em: <[http://www.secretariageral.gov.br/noticias/ultimas\\_noticias/2014/02/12-02-2014-grupo-de-trabalho-interministerial-sobre-convencao-169-promove-ultima-reuniao](http://www.secretariageral.gov.br/noticias/ultimas_noticias/2014/02/12-02-2014-grupo-de-trabalho-interministerial-sobre-convencao-169-promove-ultima-reuniao)>. Acesso em: 30 mar. 2014.

CHÁVARRI, Abraham García. 2011. El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas: Una breve nota con ocasión de la STC 00024-2009-PI y la Ley 29785. *Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia*. Lima. Setembro de 2011. Disponível em: <<http://www.pcs-mfc.org/documentos/jurisprudencia/sentencias/Jurisprudencia-Tribunal-Constitucional-y-Derecho-a-la-Consulta.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2014.

CLAVERO SALVADOR, Bartolomé. *Derecho Global: por una historia verosímil dos derechos humanos*. Ed. Trotta. 2014.

GAMBOA, César; SNOECK, Sébastien (Ed.). 2012. Análisis Crítico de La Consulta Previa en El Peru: Informes Sobre el Proceso de Reglamentación de la Ley de Consulta y del

Reglamento. Lima. Disponível em: <[http://servindi.org/pdf/dar\\_consulta\\_previa.pdf](http://servindi.org/pdf/dar_consulta_previa.pdf)>. Acesso em: 2 mar. 2014.

JURISPRUDÊNCIA da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Tradução da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Direitos dos Povos Indígenas. Brasília: Ministério da Justiça, 2014.

KAYSER, Hartmut-Emanuel. *Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico ao estágio atual*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010.

NAÇÕES UNIDAS. 1994. Comitê de Direitos Humanos do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Observação Geral nº 23 sobre o art. 27 do Pacto. Doc. ONU HRI/GEN/1/Rev.7 at 183.

\_\_\_\_\_. 1997. Comitê para Eliminação da Discriminação Racial. Recomendação geral nº XXIII relativa aos direitos dos Povos Indígenas. Doc. ONU CERD/C/51/Misc.13/Rev.4.

\_\_\_\_\_. Junho 2008. Relator Especial sobre a Situação dos Direitos Humanos e Liberdade Fundamentais dos Povos Indígenas. Observaciones del Relator Especial sobre la situación de derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas acerca del proceso de revisión constitucional en el Ecuador. Doc. ONU A/HRC/9/9/Add.1.

\_\_\_\_\_. Agosto 2008. Relator Especial sobre a Situação dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais dos Povos Indígenas. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Doc. ONU A/HRC/9/9.

\_\_\_\_\_. 2009. Relator Especial sobre a Situação dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais dos Povos Indígenas. La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior. Doc. ONU A/HRC/12/34/Add.6.

OIT. 2001. Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por México del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Frente Auténtico del Trabajo (FAT), GB.283/17/1; GB.289/17/3.

OIT. 2009. Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica: Un guía sobre el Convenio 169 de la OIT. Disponível em: <[http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---normes/documents/publication/wcms\\_113014.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_113014.pdf)>. Acesso em: 28 mar. 2014.

RIOS, Roger Raupp. *Direito da Antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

RUIZ, Juan Carlos Molleda. 2012. *La Consulta Previa de los Pueblos Indígenas en el Perú: Análisis y comentarios de cada artículo de la Ley de Consulta Previa y su Reglamento*. Lima, IDL. Disponível em: <<http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/publicaciones/archivo28022013-134431.pdf>>. Acesso em: 11 jan. 2014.

\_\_\_\_\_. 2011. *Guía de interpretación de la Ley de consulta previa de los pueblos indígenas (Ley n° 29785): Análisis, comentarios y concordancias de cada uno de los artículos*. Lima, IDL. Disponível em: <<http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/publicaciones/archivo16022012-135533.pdf>>. Acesso em: 25 fev. 2014.

SEITENFUS, Ricardo. *Manual das organizações internacionais*. 2. ed. rev. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

WALSH, Catherine. *Interculturalidad, estado, sociedad. Luchas (de) coloniales de nuestra época*. Quito: UASB/ Abya Yala, 2009.

Submissão em: 23.01.2016

Avaliado em: 18.02.2016 (Avaliador A)

Avaliado em: 31.01.2016 (Avaliador B)

Avaliado em: 01.03.2016 (Avaliador E)

Aceito em: 14.09.2016

# A FUNÇÃO SOCIAL DA ÁGUA NA PROPRIEDADE PRIVADA

## SOCIAL FUNCTION OF WATER ON PRIVATE PROPERTY

**Beatriz Souza Costa<sup>1</sup>**

Doutora em Direito Ambiental, Professora e Advogada

**Ana Christina de Barros Ruschi Campbell Penna<sup>2</sup>**

Mestranda em Direito Ambiental e Advogada

**ÁREA(S) DO DIREITO:** direito constitucional.

**RESUMO:** Este artigo tem como objetivo analisar a necessidade de outorga pelo Poder Público para abastecimento de água, bem como a impossibilidade do particular explorar poço artesiano, sem a devida autorização, ainda que em sua propriedade para fruição do recurso natural. A metodologia utilizada é jurídico-teórica por meio de pesquisa bibliográfica, além da consulta a doutrina, legislação e jurisprudência de cunho qualitativo. Sob o prisma do

acórdão exarado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, será examinada a água nas suas várias acepções: a competência legislativa e material sobre o tema, os diplomas legislativos que regulam a água, a crise com a falta de água, a política de recursos hídricos e as possíveis controvérsias sobre o tema. A água é um elemento essencial à vida humana, tutelada constitucionalmente como direito fundamental. Lado outro, é um bem limitado, dotado de valor econômico, portanto, passível de cobrança. A Lei nº 9.433/1997

---

<sup>1</sup> Doutora e Mestre pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professora de Direito Ambiental e Direito Constitucional da Escola Superior Dom Helder Câmara. Coordenadora do Núcleo de Pesquisa da Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte/MG. *E-mail:* biaambiental@yahoo.com.br. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/2016298022505602>.

<sup>2</sup> Mestranda de Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável da Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte/MG. Especialista em Direito Privado pela Universidade Cândido Mendes. *E-mail:* anaruschi.adv@hotmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/7535038897642409>.

trouxe mudanças significativas, com o objetivo de preservação deste recurso para gerações atuais e futuras de forma equitativa em apreço ao comando instituído pela Constituição Federal de 1988. O núcleo da questão está na gestão do abastecimento da água potável. É possível o controle pelo Poder Público deste recurso natural, limitando o acesso ao particular? É possível a cobrança dos recursos hídricos sem conflito com a função social da água? Diante das questões postas, conclui-se que a prioridade é o cumprimento da função social, ainda que haja uma limitação do direito individual.

**PALAVRAS-CHAVE:** água; direitos fundamentais; recursos hídricos; valor econômico; gestão no abastecimento da água; Poder Público.

**ABSTRACT:** *This article aims to analyze the need for grant by the government for water supply, as well as particular the impossibility explore artesian well, without proper authorization, even on your property for enjoyment of natural resources, through the development methodology and results. Under the judgment of the prism recorded by the Court of Rio Grande do Sul will be examined water in its various meanings, the legislative competence and material on the subject, statutes regulating the water, the crisis with the lack of water, water policy and possible controversies on the subject. Water is an essential element of human life, constitutionally safeguarded as a fundamental right. The other hand is limited as well, with economic value, therefore billable. Law nº 9.433/1997 brought about significant changes in order to preserve this resource for present and future generations equitably in appreciation to command established by the Federal Constitution of 1988. The core of the issue is the management of supply of drinking water. It is possible to control by the government of this natural resource, limiting private access? The collection of water resources without conflict with the social function of water is possible? On the questions posed it is concluded that the priority is the fulfillment of the social function, although there is a limitation of individual rights.*

**KEYWORDS:** *water; fundamental rights; water resources; economic value; management in water supply; public power.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Natureza jurídica da água; 2 A propriedade sobre as águas; 3 Legislações sobre a água e seus reflexos; 4 Função social da água; 5 Política de recursos hídricos; 6 Crise hídrica; 7 Caso concreto; Conclusão; Referências.

**SUMMARY:** *Introduction; 1 Legal nature of water; 2 The property on the water; 3 Legislation on water and its effects; 4 Social function of water; 5 Water resources policy; 6 water crisis; 7 Individual case; Conclusion; References.*

## INTRODUÇÃO

**E**ste artigo tem como escopo discutir o tratamento legal dispensado a este recurso essencial, bem como a gestão dos recursos hídricos em suas várias facetas. O método jurídico teórico com técnica de análise bibliográfica e jurisprudencial é utilizado para possibilitar a análise da decisão de acórdão exarado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em perfeita consonância com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a fim de verificar a posição dos Tribunais Pátrios em relação à utilização da água pelos particulares frente a atual e anunciada crise hídrica.

A propriedade é um direito fundamental resguardado pela Constituição Federal de 1988, mas é relativizada para que seja cumprida a função social em benefício da coletividade. O Estado Democrático de Direito preceitua uma série de direitos; entretanto, atribui a fruição destes ao uso consciente atrelado à boa-fé. Nesse mesmo diapasão, afasta o abuso de direito, como forma de tutelar a sociabilidade e eticidade das relações.

A água como recurso natural indispensável para a vida é um recurso de bem comum do povo. Na atualidade, é de conhecimento público que se trata de recurso finito, cuja fruição encontra-se ameaçada pelo uso abusivo e despreocupante, além da poluição dos rios, desmatamentos que impactaram de forma irremediável os mananciais e os potenciais de recursos hídricos.

O presente objeto tem como prioridade discutir a dominialidade de nascente dentro da propriedade privada e a utilização da água pelo proprietário. Com essa proposta, verifica-se a necessidade ou não de intervenção do Poder Público para fruição desse recurso.

Para tanto, inicia-se o estudo sobre a natureza jurídica da água. Logo após, verifica-se a possibilidade de direito à propriedade sobre as águas. Dentro desse contexto, expõe uma coletânea das legislações pertinentes e os seus reflexos, para que possa ser analisada a função social da água. Em seguida, delimita-se sobre a política de recursos hídricos, para discorrer sobre a crise hídrica e os seus impactos socioambientais.

O estudo finaliza com a análise de um caso concreto consubstanciado no acórdão exarado pelo TJRS em cotejo aos reflexos da decisão do STJ. A partir deste paradigma, avalia os impactos na gestão dos recursos hídricos, bem como o cumprimento do comando constitucional da função social dos recursos naturais. O diagnóstico ressalta o papel importante da proteção deste recurso

natural para assegurar a fruição para as presentes e futuras gerações em uma clara alusão ao princípio da equidade intergeracional.

## 1 NATUREZA JURÍDICA DA ÁGUA

No Direito é fundamental *a priori*, antes do estudo de caso, verificar os institutos jurídicos e a correspondente natureza jurídica. Essa constatação possibilita o entendimento e as consequências jurídicas advindas da questão posta em análise.

A água é um recurso natural finito que possui valor econômico e a cada dia torna-se mais escassa, em uma clara preocupação mundial cuja discussão inclui a privatização desse recurso. No entanto, esse dado é importante apenas para constatar que os seus limites vão além do interesse privado.

É um mineral que oferece condição essencial para a existência da vida no Planeta Terra. Valioso recurso que, por falta de planejamento, cada dia está mais escasso. Portanto, requer providências imediatas que inibam esse movimento crescente de deserção<sup>3</sup>.

A massa de água existente cobre 70% da superfície terrestre, sob a forma de mares, lagos e rios, sendo preeminente na atmosfera. Do total, 97,5% são salgadas e encontram-se nos oceanos e mares. Apenas 2,5% correspondem à água doce, e, desse total, 69% se encontram nas geleiras, 30% são águas subterrâneas, 0,9% compõem a unidade atmosférica, do solo e dos pântanos e 0,3% se encontram em rios e lagos<sup>4</sup>.

Da água doce que existe no Planeta, 73% é utilizada na agricultura, 21% na indústria e apenas 6% é água potável<sup>5</sup>.

O Brasil possui 13,8% do total mundial de águas doces, sendo o maior detentor da disponibilidade hídrica no planeta<sup>6</sup>. Não obstante, a população sofre com a falta da água e muitos municípios possuem acesso tão limitado a esse recurso que impossibilitam uma vida digna.

---

<sup>3</sup> FACHIN, Zulmar; SILVA, Deise Marcelino da. *Acesso à água potável: direito fundamental de sexta dimensão*. São Paulo: Millenium, 2010. p. 5.

<sup>4</sup> Id., p. 7.

<sup>5</sup> ALMEIDA JUNIOR, João Theotonio Mendes de. *A regulação da água – O papel da Agência Nacional de Águas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 119.

<sup>6</sup> Id., p. 118.

A água é um dos elementos do meio ambiente. Portanto, está tutelada pela CF no art. 225: “Todos tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do [...]”.

O Código Civil, no art. 99, estabelece: “São bens públicos: I – os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças [...]”. Portanto, os rios sempre foram classificados como bens de uso comum do povo<sup>7</sup>.

O Código das Águas classifica a água como águas públicas, dominiais e privadas. Portanto, refletia a política da época. Neste tempo, o Brasil deixava de ser um País essencialmente agrícola para investir na área industrial. Assim, a água era essencial para gerar energia e, conseqüentemente, alcançar o desenvolvimento por meio da industrialização. Nesta fase não havia preocupação com a proteção dos recursos naturais<sup>8</sup>.

Somente com a Lei nº 9.433/1997 a água é definida como bem econômico, refletindo uma preocupação mundial com a futura escassez dos bens naturais e o uso indiscriminado.

Pelo art. 225 da CF, se o bem ambiental é de uso comum do povo, é de interesse de toda coletividade, não pertence a ninguém, nem pessoa pública nem privada. Logo, o bem é indivisível, portanto, difuso. Esta interpretação nos possibilita fazer uma releitura dos arts. 20 e 26 da CF, quando determinam as águas como bens da União e dos Estados. Da mesma forma, o Código Civil, no art. 99, inciso I, quando classifica os bens de uso comum como espécies de bens públicos<sup>9</sup>.

Os Poderes Públicos federal e estadual são gestores da água no interesse de todos. O ente público é proprietário no sentido formal, e, na substância, é um simples gestor do bem coletivo<sup>10</sup>.

A consequência de ser considerada um bem de uso comum do povo é que o uso da água não pode ser apropriado por uma pessoa física ou jurídica,

<sup>7</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 503.

<sup>8</sup> MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 917.

<sup>9</sup> YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. *Recursos hídricos – Aspectos éticos, jurídicos, econômicos e socioambientais*. Campinas: Alínea, 2007. p. 41.

<sup>10</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 503.



excluindo outros usuários. Da mesma forma, não pode haver poluição ou agressão a esse bem.

O Poder Público pode estabelecer uma concessão ou autorização, conforme preceitua Machado<sup>11</sup>, mas é dever do mesmo estabelecer um resultado eficiente na conservação e recuperação das águas. A outorga tem como finalidade assegurar os controles quantitativo e qualitativo do uso da água e o acesso equitativo ao recurso.

## 2 A PROPRIEDADE SOBRE AS ÁGUAS

A questão que se impõe é se a água proveniente de poço artesiano dentro da propriedade privada é também considerada como bem de uso comum do povo.

A propriedade é protegida desde os primórdios. No Direito romano, a propriedade evolui, de um direito coletivo consubstanciada na cidade e na família, para um conceito individual. Essa evolução inicia com a propriedade sobre os objetos, depois os meios de trabalho e produção, até chegar na propriedade individual<sup>12</sup>.

No período feudal da Idade Média, esse conceito se modifica, permitindo a concorrência de proprietários sobre o mesmo bem. Com o feudalismo o titular do domínio útil pagava ao dono para que pudesse explorar economicamente o imóvel<sup>13</sup>.

No regime capitalista, com a Revolução francesa de 1789, há um retorno do conceito individualista da propriedade, sendo elevada a condição de direito natural constando no rol de liberdades fundamentais<sup>14</sup>.

O direito da propriedade na atualidade está ligado ao cumprimento da função social; portanto, o uso do bem está relacionado à coletividade, protegido constitucionalmente, mas sem ter caráter absoluto. A função social se espalha por todo Texto Constitucional, inclusive impondo a observação até mesmo nas atividades empresariais.

---

<sup>11</sup> Id., p. 504.

<sup>12</sup> FREITAS, Vladimir Passos de. *Águas - Aspectos jurídicos e ambientais*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2010. p. 37.

<sup>13</sup> Id., p. 38.

<sup>14</sup> Id., p. 38.

Neste contexto, encontra-se a propriedade sobre as águas. A legislação brasileira passa a se preocupar com a finitude dos recursos naturais. A água em seus múltiplos aspectos é necessária como recurso hídrico na produção de energia, mas também é um elemento indispensável ao ser humano e a suas atividades: pesca, agricultura, turismo, entre outras. Não obstante, em muitas regiões há escassez da água.

A partilha das águas referente ao seu Código era distribuída entre a União, os Estados, os Municípios e os particulares. Esta última incidia sobre as nascentes e todas as águas situadas em terrenos os quais eram proprietários, desde que não fossem públicas ou de uso comum. As Constituições alteraram esta divisão, diminuindo a parte dos Municípios e dos particulares, mas foi a CF de 1988 que alterou substancialmente esta partilha<sup>15</sup>.

Atualmente em cotejo aos arts. 20, incisos III e VIII, e 26, inciso I, a dominialidade das águas está diluída apenas entre a União e os Estados-membros. A Lei nº 9.433/1997, editada para regulamentar o inciso XIX do art. 21 da CF de 1988, que instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos e criou o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, previu o uso múltiplo das águas, reconheceu a água como recurso natural limitado com valor econômico e dispôs como um bem de domínio público<sup>16</sup>.

Essa lei também estabeleceu a necessidade de outorga para o seu uso mediante pagamento. Assim, o conceito que classificava as águas em públicas, comuns e particulares está superado. Agora a água é um bem de domínio público, não há mais águas particulares<sup>17</sup>.

Pelo novo ordenamento se permite aos particulares apenas a outorga do direito de uso das águas. Não é alienação, mas restringe-se ao direito de uso do recurso com todas as limitações decorrentes.

A grande controvérsia, segundo Freitas<sup>18</sup>, diz respeito ao direito adquirido pelos particulares antes da CF de 1988. A doutrina divide-se: uma parte da doutrina entende que não pode retroagir para atingir direito adquirido por força do art. 5º, inciso XXXVI. Corrobora o fato de que a CF preocupou-se em

---

<sup>15</sup> Id., p. 45.

<sup>16</sup> Id., p. 45.

<sup>17</sup> Id., p. 45.

<sup>18</sup> Id., p. 46.

estabelecer um extenso rol de direitos e garantias; portanto, a mesma não pode ser fundamento para desrespeitar um direito adquirido.

Lado outro, encontra-se abalizada doutrina que diverge desse entendimento, sob o fundamento de que não há direito adquirido contra a Constituição. O que prevaleceu foi que somente lei ordinária não retroage para prejudicar direito adquirido, coisa julgada e ato jurídico perfeito. A Constituição e as emendas constitucionais possuem eficácia revogatória completa desses atos. Barroso, atual Ministro do STF, afirma que a Constituição é ato inaugural do Estado; portanto, não comporta imposição de regras e limites por ordem jurídica anterior<sup>19</sup>.

### 3 LEGISLAÇÕES SOBRE A ÁGUA E SEUS REFLEXOS

Para que se possa compreender a controvérsia em relação à propriedade e à exploração da água pelo proprietário, é necessária uma digressão histórica da tutela das águas e respectivas codificações, e a evolução em relação à consciência ambiental ocorrida no mundo, que culmina na necessidade de estabelecer mecanismos de proteção.

O Código Civil de 1916 dedicou uma de suas seções a água, versando sobre a sua utilização e o seu regime. Nessa época não havia a menor preocupação com os recursos ambientais, ocasião que havia muito desperdício, pois se acreditava na sua infinitude.

O novo Código Civil também dispôs sobre a água sem abarcar uma tutela efetiva, embora nessa época já houvesse preocupação com o uso dos recursos naturais, tanto que a Constituição Federal de 1988 já havia estabelecido capítulo próprio sobre a tutela do meio ambiente.

O primeiro diploma legislativo específico que tratou sobre o direito das águas foi o Código das Águas (Decreto nº 24.643/1934). No entanto, o enfoque era sob a ótica do direito privado. O Código orienta um modelo de gerenciamento de águas pelo tipo de uso. A água era fonte de energia, utilizada no processo da industrialização. A propriedade sobre as águas era dividida entre a União, os Estados e os Municípios.

Nessa esteira, a Lei nº 6.938/1981 dispôs sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, criando mecanismos para proteção do meio ambiente,

---

<sup>19</sup> Id., p. 47-48.

melhoria e recuperação da qualidade ambiental. No art. 2º, inciso II, determina a racionalização do uso do solo, do subsolo, da água e do ar.

No entanto, é com a Constituição Federal de 1988 que a preocupação com a preservação do meio ambiente adquire *status* constitucional. O art. 225 inclui um capítulo só para tratar do meio ambiente, determinando o direito de todos a um ambiente ecologicamente equilibrado e o dever de preservá-lo para as gerações presentes e futuras. O art. 170, inciso VI, estabelece a defesa do meio ambiente como princípio da atividade econômica. As águas são alçadas a bens públicos, de uso comum do povo, colocando fim às águas comuns ou particulares.

Com o intuito de efetivar o comando constitucional, a Lei dos Recursos Hídricos, dispõe que a água é um bem de domínio público, sujeito ao regime de outorga que implica o direito de uso. Esta legislação é muito importante, pois estabelece a água como bem ambiental dotado de valor econômico. Pela primeira vez a água começa a ser vista como um bem finito. Até então o uso era irrestrito e abusivo. A cobrança pelo uso da água é um dos instrumentos de gestão dos recursos hídricos que tem por objetivo, além de estimular o uso racional da água, gerar recursos financeiros para investimentos na recuperação e preservação dos mananciais das bacias.

O princípio do desenvolvimento sustentável surge como determinação internacional na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente no Rio de Janeiro, intitulada ECO 92, em que foi confeccionado um documento com objetivos claros e determinados sob o nome de Agenda 21. Este princípio busca conciliar o crescimento econômico com a proteção ambiental, servindo de vetor interpretativo para o uso da água.

### 3.1 A FINALIDADE DA COBRANÇA DA ÁGUA

A cobrança de água, ou seja, o valor pago ao fim de cada mês à companhia de saneamento, de acordo com Freitas<sup>20</sup>, refere-se ao tratamento, à distribuição da água e à coleta de esgoto, e não ao uso do líquido em si, que ainda é gratuito. A cobrança é essencial, ressalta Freitas<sup>21</sup>, e, para criar equilíbrio entre a oferta e a procura (disponibilidade x demanda), não cabe apropriação do recurso, apenas confere o direito ao uso por meio de outorga.

---

<sup>20</sup> Id., p. 75.

<sup>21</sup> Id., p. 75.

O art. 19 da Lei nº 9.433/1997 elenca os objetivos da cobrança: reconhecer a água como bem econômico, dar ao usuário uma indicação do seu real valor, incentivar a racionalização do uso, obter recursos financeiros para financiar programas e intervenções contempladas nos planos de recursos hídricos.

A cobrança pelo uso da água, conforme indica Freitas<sup>22</sup>, é comum inclusive nos países ricos em recursos hídricos, tais como: o Canadá, os Estados Unidos, a Alemanha, a França, a Holanda, o Chile, a Argentina e o México.

Não obstante, deve-se estar atento, a água é essencial para a vida humana, precisa haver razoabilidade na cobrança, a fim de não obstar a sua fruição. Inclusive esse aspecto é bastante controvertido quando se discute o tema de privatização das águas.

O Estado possui a obrigatoriedade da prestação dos serviços públicos, situação não abarcada pela iniciativa privada que visa ao lucro. Portanto, é dever do Estado prover o acesso à água de forma igualitária, enquanto que a empresa privada é livre para gerir esse recurso natural.

Nos Países em que houve a privatização dos recursos naturais, o custo é bem mais alto e não contempla toda população como usuária do serviço.

### **3.2 PREOCUPAÇÃO AMBIENTAL NO CENÁRIO INTERNACIONAL**

O marco da preocupação ambiental ocorreu em 1972 com o primeiro encontro mundial em Estocolmo, na Suécia, a Conferência das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento e Meio Ambiente Humano. Os temas foram a preocupação com a preservação e melhora do meio ambiente, além da convivência pacífica entre os seres humanos e as nações. Nesta época, havia uma relação desigual de sobrepujança do homem em relação à natureza. Vigia o conceito dos recursos inesgotáveis de forma exploratória. A partir dessa mobilização mundial, inicia-se a conscientização da importância na preservação do meio ambiente<sup>23</sup>.

No ano de 1977, em Mar Del Plata, no Uruguai, ocorre a Conferência das Nações Unidas sobre a Água. Nesta época a preocupação com este recurso era

---

<sup>22</sup> Id., p. 75.

<sup>23</sup> CARVALHOSA, Wallace Ferreira; MONTEVERDE, Fernando Sampaio. Aspectos da Lei nº 9.433/1997 à luz dos movimentos de privatização da água. Artigo Conpedi. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=a7fddb9c43e310c9>>. Acesso em: 14 set. 2015.

latente, e o encontro teve como objetivo discutir a proteção e o acesso equitativo e qualitativo da água<sup>24</sup>.

No Rio de Janeiro, em 1992, encontraram-se representantes do mundo todo para firmarem diretrizes de proteção ao meio ambiente na ECO 92, intitulada Agenda 21. O Capítulo 18 da Agenda 21 prevê a proteção da qualidade e do abastecimento dos recursos hídricos: aplicação de critérios integrados no desenvolvimento, manejo e uso dos recursos hídricos. Verifica-se, reiteradamente, a preocupação no âmbito internacional com a qualidade e o abastecimento da água<sup>25</sup>.

Em 2000, quando a água foi definida como mercadoria no Fórum Mundial de Água, em Haia, por omissão dos governos, algumas corporações transnacionais, apoiadas pelo Banco Mundial e pelo FMI, assumiram a administração dos serviços públicos de água. Em contrapartida, 35 países se reuniram na Cúpula de água para pessoas da natureza, firmando em julho de 2001 o "Tratado para Compartilhar e Proteger a Água, o Bem Comum Planeta". Outras iniciativas surgem a fim de defender o uso da água como um direito de todos<sup>26</sup>.

#### 4 FUNÇÃO SOCIAL DA ÁGUA

Por meio da evolução histórica é possível compreender que a água pela essencialidade ultrapassa o âmbito privado, a fim de atingir e beneficiar a coletividade, por isso a importância de estabelecer a função social deste recurso natural essencial para a vida humana.

A água potável é aquela conveniente para o consumo humano. Portanto, isenta de micro-organismos nocivos. Potável é quando pode ser consumida por pessoas e animais sem risco de contaminação ou doenças. A depender do manancial, a água nem precisa ser tratada. O tratamento reduz a concentração de poluentes, a fim de não representar risco para saúde<sup>27</sup>.

O art. 225 da CF determina que todos têm direito a uma sadia qualidade de vida. A água como recurso indispensável à saúde humana está dentro deste contexto. Por meio de uma visão sistêmica do Texto Constitucional e

---

<sup>24</sup> Id.

<sup>25</sup> Id.

<sup>26</sup> MARTINS, Maria Lucia. Resenha do livro Ouro Azul. Disponível em: <<http://brasileducom.blogspot.com.br/2010/02/ouro-azul-de-maude-barlow-e-tony-clarke.html>>. Acesso em: 22 set. 2015.

<sup>27</sup> FACHIN, Zulmar; SILVA, Deise Marcelino da. *Acesso à água potável: direito fundamental de sexta dimensão*. São Paulo: Millenium, 2010. p. 74.

dos princípios que permeiam todo ordenamento jurídico, representado pela dignidade da pessoa humana, indica a função social da água.

Da mesma forma, os documentos internacionais concebem o acesso à água potável como direito humano fundamental. Preceitua o Relatório de Desenvolvimento Humano publicado pela ONU em 2006, intitulado “A água para lá da escassez: poder, pobreza e a crise mundial da água”<sup>28</sup>.

O mesmo documento, ressalta Fachin e Silva<sup>29</sup>, exorta o governo a adotar providências que visem a assegurar esse direito por meio de legislações concretizadoras do direito fundamental de acesso à água potável. Salienta a importância para a manutenção da vida e a sua relação com a desigualdade de riquezas. Além da complexidade ambiental, temos a crise que gira em torno da pobreza, que muitas vezes encontra-se privada desse recurso. Ocorre uma relação desigual com o poder e com as políticas de gestão da água deficiente, aumentando a escassez.

Dessa forma, Fachin e Silva<sup>30</sup> defendem o surgimento de uma nova dimensão de direitos fundamentais: o direito fundamental à água potável como direito de sexta dimensão. O Estado e a sociedade ficam vinculados a adotar medidas que concretizem o acesso desse recurso de forma igualitária. O legislador se compromete a elaborar leis, o Estado tem o dever de estabelecer políticas públicas e a sociedade o dever de preservar esse recurso, evitando o desperdício<sup>31</sup>.

O sistema de gestão de águas é corolário de um Estado gerencial que prima pela eficiência, visando a uma melhor prestação dos serviços públicos.

O homem não vive sem a água. O acesso equitativo aos recursos naturais deve ser assegurado tanto as gerações presentes quanto as futuras.

O ordenamento jurídico que envolve este bem essencial visa a garantir a proteção, preservação e fruição deste bem natural, de forma a assegurar o uso múltiplo das águas bem como o acesso equitativo.

---

<sup>28</sup> Id., p. 75.

<sup>29</sup> Id., p. 75.

<sup>30</sup> Id., p. 75.

<sup>31</sup> Id., p. 75.

O Papa Francisco<sup>32</sup>, na Carta Encíclica *Laudato Si* sobre o Cuidado da Casa Comum, no Capítulo 1º, número 2, versa sobre a questão da água. Vossa Santidade alerta para o esgotamento dos recursos naturais pelo uso indiscriminado e o alto consumo dos países mais desenvolvidos e dos setores mais ricos da sociedade que não se furtam a desperdiçar sem a menor preocupação com o problema da falta de água que assola as populações mais carentes e os países mais pobres.

Na encíclica, Vossa Santidade ressalta a importância da água limpa e potável para vida humana e sustento dos ecossistemas terrestres e aquáticos, do abastecimento dos setores sanitários, agropecuários e industriais. Afirma os problemas que afetam aos pobres relacionados à água contaminada com micro-organismos e substâncias químicas. Alerta que a qualidade da água piora na mesma proporção que cresce a tendência para privatizar este recurso escasso, tornando-a uma mercadoria sujeita as leis do mercado.

O Sumo Pontífice<sup>33</sup> defende que a água potável é um direito humano essencial, fundamental e universal, porque determina a sobrevivência das pessoas; portanto, é condição para o exercício dos outros direitos humanos. Conclui que o mundo tem uma dívida com os pobres sem acesso a água potável, pois isto é o mesmo que negar-lhes o direito à vida radicado na sua dignidade inalienável.

O Papa clama para um despertar dos povos para que respeitem o meio ambiente e se preocupem com os perigos em destruir a natureza, trazendo alterações significativas no clima, criando risco para todo Planeta<sup>34</sup>.

Esse despertar deve ocorrer com a tomada de consciência consubstanciada em uma “responsabilidade planetária, constituída na solidariedade entre os povos e na cooperação internacional entre os países desenvolvidos e não desenvolvidos, endossando a mesma luta contra a destruição do planeta”<sup>35</sup>.

A preocupação com o acesso à água ultrapassa fronteiras e gerações. Os conflitos dividem dois grupos: de um lado aqueles que acreditam em um serviço mais eficiente a ser prestado pela iniciativa privada, que, por meio do lucro, teria

<sup>32</sup> PAPA Francisco. *Carta Encíclica Laudato Si. sobre o Cuidado da Casa Comum*. São Paulo: Edições Paulinas, 2015. p. 27-31.

<sup>33</sup> Id., p. 27-31.

<sup>34</sup> REIS, Émillien Villas Boas; BIZAWU, Kiwonghi. A Encíclica *Laudato Si* à luz do direito internacional do meio ambiente. *Revista Veredas*, p. 32. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/598/439>>. Acesso em: 15 nov. 2015.

<sup>35</sup> Id., p. 32.



mais recursos financeiros para investir na qualidade da prestação do serviço. Lado outro, se encontram os movimentos sociais que defendem a prestação do serviço pelo Estado como forma de assegurar o acesso a todos, principalmente aos desprovidos<sup>36</sup>.

Interpretando a Encíclica, bem como os valores pregados pelo Papa, pode-se arriscar que o Vaticano comunga com a segunda corrente que prega o acesso à água por todos de forma indiscriminada, não podendo ser objeto de lucro a contemplar poucos fortunados.

## 5 POLÍTICA DE RECURSOS HÍDRICOS

Com o intuito de atender a demanda da água de forma mais igualitária, foi editada a lei que estabelece a política de recursos hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos e regulamenta o art. 21, inciso XIX, da CF de 1988.

A água é o elemento natural descomprometido com qualquer uso ou utilização. Enquanto que o recurso hídrico é a água como bem econômico.

As águas no Brasil ou são de domínio da União ou dos Estados. Mas a implementação das políticas nacional e estadual dos recursos hídricos não utilizará esse critério. A unidade territorial utilizada é a bacia hidrográfica. “A bacia hidrográfica é a unidade territorial em que a gestão normal das águas ocorre, devendo beneficiar prioritariamente os que moram, vivem e trabalham nessa unidade territorial”<sup>37</sup> (Machado, 2002, p. 34).

A gestão dos recursos hídricos deve ser descentralizada e contar com a participação do Poder Público, dos usuários e das comunidades, conforme estabelecido na lei.

Nesse sentido, para Machado<sup>38</sup> “a gestão pode ser mista, mas não pode ser totalmente privada, pois os Poderes Públicos federal e estadual possuem o domínio do recurso, portanto o controle do uso através da outorga do direito de uso”.

---

<sup>36</sup> CAVALCANTI, Erivaldo. Água e cidadania: a privatização dos recursos hídricos e os atores sociais. Disponível em: <<http://revista.unicritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/viewFile/992/683>>. Acesso em: 17 set. 2015.

<sup>37</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Recursos hídricos – Direito brasileiro e internacional*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 35.

<sup>38</sup> Id., p. 37.

O autor continua narrando que gestão é diferente de competência para legislar, pois a competência para legislar continua sendo da União, conforme determina a Constituição no art. 22, inciso IV. A descentralização é apenas na gestão<sup>39</sup>.

A própria Lei nº 9.433/1997, nos incisos I e II do art. 2º, cumpre os mandamentos constitucionais do art. 225, estabelecendo os objetivos da Política Nacional de Recursos Hídricos, tais como: assegurar à atual e às futuras gerações a necessária disponibilidade de água, em padrões de qualidade adequados aos respectivos usos; e a utilização racional e integrada dos recursos hídricos, incluindo o transporte aquaviário, com vistas ao desenvolvimento sustentável.

Dessa forma, a lei encontra-se no âmbito da sustentabilidade, invocando três aspectos: disponibilidade da água, utilização racional e utilização integrada.

A disponibilidade da água refere-se à água de boa qualidade para gerações presentes e futuras. A racionalidade diz respeito aos atos de outorga dos direitos de uso e nos planos de recursos hídricos. A gestão integrada constitui as diretrizes gerais de ação para a implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos, que são:

A gestão sistemática dos recursos hídricos, sem dissociação dos aspectos de quantidade e qualidade; a adequação da gestão de recursos hídricos às diversidades físicas, bióticas, demográficas, econômicas, sociais e culturais das diversas regiões do País; a integração da gestão de recursos hídricos com a gestão ambiental; a articulação do planejamento de recursos hídricos com o dos setores usuários e com os planejamentos regional, estadual e nacional; a articulação da gestão de recursos hídricos com a do uso do solo; a integração da gestão das bacias hidrográficas com a dos sistemas estuarinos e zonas costeiras. (Redação dada pela Lei nº 9.433, art. 3º)<sup>40</sup>

Os instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos contemplados pela Lei nº 9.433/1997 são: os planos de recursos hídricos, o enquadramento dos

---

<sup>39</sup> Id., p. 37.

<sup>40</sup> Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997. Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos. Diário Oficial da União, Brasília/DF, 1º de setembro de 1997, Seção 1, p. 470.

corpos de água, a outorga dos direitos de uso de recursos hídricos, a compensação a Municípios e o sistema de informação. Esses instrumentos visam a assegurar a fruição desse recurso de forma equitativa e qualitativa.

Assim, a ética da sustentabilidade das águas com este respaldo legal pode ser invocada ao Poder Judiciário para cumprimento destas diretrizes de acesso igualitário desse recurso tão importante.

Com o advento da Lei nº 9.984/2000, o Sistema de Gerenciamento de Recursos Hídricos passou a ser centralizado na Agência Nacional de Águas – ANA, regulamentada pelo Decreto nº 3.692/2000.

A ANA é uma autarquia especial criada em decorrência da reforma administrativa ocorrida no Estado iniciada na década de 1990 por meio do Plano Nacional de Desestatização, instituído pela Lei nº 8.031/1990. O objetivo, conforme verifica Junior<sup>41</sup>, era concretizar a autonomia das decisões técnicas retirando o caráter político e burocrático, a fim de tornar mais eficientes os serviços prestados à coletividade.

Esse novo modelo possibilitou uma nova forma de atuação do Estado na economia e diminuiu consideravelmente a participação direta na prestação de serviços, aumentando a função reguladora e fiscalizadora<sup>42</sup>.

A intenção foi propiciar um serviço ágil e eficiente, nos moldes da iniciativa privada, porém regulado e fiscalizado pela Administração Pública. Esta foi a tendência de grande parte dos serviços públicos, assim como da prestação de serviço de água.

## 6 CRISE HÍDRICA

Ainda que a reforma administrativa realizada pelo Estado tenha possibilitado uma prestação de serviço mais eficiente, gerencial, não foi suficiente para impedir que a crise hídrica se instalasse de forma contumaz; pois por muito tempo houve descaso com o uso indiscriminado deste recurso e com toda a natureza.

---

<sup>41</sup> ALMEIDA JUNIOR, João Theotonio Mendes de. *A regulação da água – O papel da Agência Nacional de Águas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

<sup>42</sup> Id.

Apesar de todas as medidas e reformas no tratamento e na distribuição da água, de acordo com Martins<sup>43</sup>, não foi suficiente para dirimir os problemas decorrentes do uso indiscriminado por tanto tempo. Além da consciência da população na finitude do recurso e no dever de economizar, a ganância de grandes grupos econômicos contribuem para o perigo de grandes secas e a falta de água.

Os peritos afirmaram que a água, de acordo com o Banco Mundial e as Nações Unidas, é uma necessidade humana, e não um direito humano.

A crise de água doce tem como um dos motivos o desrespeito ao ciclo da água e a poluição dos mananciais por agentes químicos e naturais. Um estudo feito pelo engenheiro Michal Kravcik e a ONG “Pessoas e Água”, da Eslováquia, aponta o efeito alarmante da urbanização, da agricultura industrial, do desmatamento, da pavimentação, da construção de infraestrutura e de represas nos sistemas de águas locais e em países vizinhos. As bacias hidrográficas estão ameaçadas por substâncias químicas e efluentes industriais utilizados nas lavouras que anulam o oxigênio nas vias fluviais. Da mesma forma, a utilização de grandes volumes de água nas indústrias de papéis e celulose contribui para a escassez<sup>44</sup>.

Segundo a Organização Mundial da Saúde, a questão da vulnerabilidade hídrica pode ser realizada sob os prismas quantitativo e qualitativo. Em relação à quantidade de água aproveitável para uso doméstico, é de 50 litros ao dia por pessoa. Bolson<sup>45</sup> indica que o aumento das fontes de contaminação e a diminuição da disponibilidade afetará a segurança hídrica em muitas regiões do planeta.

A ONU tem uma preocupação com essa vulnerabilidade e já alertou, por meio de divulgação de projeções, que dois terços da população irão enfrentar problemas no abastecimento de água em 2025. Longos períodos de seca, consumo mais rápido que o reabastecimento, havendo perda de grande volume de água nas bacias hidrográficas, estão entre as possíveis causas da escassez<sup>46</sup>.

---

<sup>43</sup> MARTINS, Maria Lucia. Resenha do livro Ouro Azul. Disponível em: <<http://brasileducom.blogspot.com.br/2010/02/ouro-azul-de-maude-barlow-e-tony-clarke.html>>. Acesso em: 22 set. 2015.

<sup>44</sup> Id.

<sup>45</sup> BOLSON, Simone Hegele. A vulnerabilidade hídrica no semiárido nordestino e na fronteira oeste do sul do Brasil: agravamento com as mudanças climáticas e a necessidade de um plano nacional de segurança hídrica. Artigo Conpedi. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=96dc193d7a9ab734>>. Acesso em: 14 set. 2015.

<sup>46</sup> Id.

A Unesco, afirma Bolson<sup>47</sup>, por meio do Relatório sobre o Desenvolvimento da Água no Mundo, afirma que no *ranking* mundial o Brasil ocupa o 23º lugar entre os países com maior disponibilidade de água no mundo; no entanto, é marcado por grande desigualdade. Os dados são: 75% dos mananciais estão na Região Norte, que possui menos de 10% da população; o Nordeste tem apenas 3,3% da disponibilidade hídrica, com quase um terço da população do País. Também foi constatado que o consumo de água por pessoa no Brasil dobrou nos últimos anos, embora 40 milhões de pessoas vivem em casa sem rede de abastecimento ou com deficiência do serviço público.

Por sua vez, a Agência Nacional de Água (ANA) atestou a vulnerabilidade hídrica de determinadas regiões, tais como: o Semiárido brasileiro, incluído o Nordeste e a região do Norte mineiro. Diante desse quadro, constata-se que, embora sejamos um País contemplado com um enorme manancial de águas doce, milhares de pessoas não têm acesso à água, passam sede e fome<sup>48</sup>.

## 7 CASO CONCRETO

O caso analisado contempla a decisão exarada por meio de um acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. A decisão será facilmente compreendida após as considerações realizadas por meio deste artigo, em que se procura esboçar o atual problema da crise hídrica em cotejo às legislações pertinentes.

Verifica-se que providências demoraram a ser efetivadas; portanto, atualmente deve ser mais rígida a tutela da água, ainda que em detrimento de outros direitos assegurados pelo Texto Constitucional.

A decisão exarada pela Desembargadora Relatora Maria Isabel de Azevedo Souza da 22ª Câmara Cível, encontra-se respaldada pela legislação que tutela os recursos hídricos e pelo Texto Constitucional, de forma a assegurar o acesso equitativo da água.

ÁGUA - POÇO ARTESIANO - OUTORGA - PODER PÚBLICO - RESTRIÇÕES - 1. É ilegal a exploração de água subterrânea sem prévia outorga do Poder Público. Constatado o uso ilegal, é de ser ordenado o tamponamento do poço artesiano. 2. Existindo a rede

---

<sup>47</sup> Id.

<sup>48</sup> Id.

pública de abastecimento, a ligação a esta é obrigatória, sendo vedada a exploração de outras fontes de captação de água. Art. 45 da Lei nº 11.445/2007. 3. São legais as restrições ao uso dos recursos hídricos subterrâneos constantes do art. 96 do Decreto Estadual nº 23.430/1974. Negado seguimento ao recurso.<sup>49</sup>

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Restaurante Quiosque Biergarten Ltda. contra a sentença que julgou improcedente a ação que move contra o Estado do Rio Grande do Sul para ver reconhecido o direito à exploração dos recursos hídricos subterrâneos oriundos de poço artesiano.

A Desembargadora Relatora julgou improcedente a apelação, pois a lei é clara ao determinar a necessidade de outorga do Poder Público, que tem o poder de gestão das águas, conforme disposição legal. O art. 12 da Lei nº 9.433/1997 dispõe que o uso dos recursos hídricos consubstanciado na extração de água de aquífero subterrâneo para consumo final ou insumo de processo produtivo está sujeito à outorga pelo Poder Público.

De acordo com o voto da Relatora, não há nenhuma ilegalidade no indeferimento da outorga. A Lei nº 11.445/2007 estabelece diretrizes para o saneamento básico e determina que é compulsória a ligação à rede pública de abastecimento existente, vedando a exploração de outras fontes de captação de água. Portanto, a decisão está respaldada pelo arcabouço normativo, além de estar em consonância com a atual situação de preservação dos recursos naturais.

O Superior Tribunal de Justiça tem o mesmo posicionamento, utilizando-se também da Lei nº 9.433/1997, art. 12, dispondo ser claro e constitucional o dispositivo ao determinar a necessidade de outorga para extração da água do subterrâneo. Ainda a Corte enfatiza que a restrição justifica-se pelo problema mundial de escassez da água, além de estar em consonância com a Constituição de 1988, que passou a considerar a água um recurso limitado, de domínio público e expressivo valor econômico.

No Agravo Regimental do Recurso Especial nº 1185670/RS, de relatoria do Ministro Benedito Gonçalves da 1ª Turma, e também neste mesmo sentido a decisão proferida no Recurso Especial nº 994120/RS, de relatoria do Ministro Herman Benjamin da 2ª Turma, o poço artesiano é irregular se não houver a

---

<sup>49</sup> TJRS, Apelação Cível nº 70065448060, 22ª Câmara Cível, Relatora Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 30.06.2015.

outorga do Poder Público, conforme determina os objetivos e princípios da Lei da Política Nacional de Recursos Hídricos. Ainda aduz que a competência é comum a todos os entes federativos, inclusive do Município na fiscalização do uso deste recurso.

Nesse mesmo sentido decidiu em outro recurso especial. Conforme o voto do Relator no REsp 1276689/RJ:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - RECURSO ESPECIAL - VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC - INOCORRÊNCIA - EXPLORAÇÃO DE ÁGUAS SUBTERRÂNEAS ATRAVÉS DE POÇO ARTESIANO - NECESSIDADE DE OUTORGA - 1. Trata-se de discussão acerca da necessidade de autorização legislativa para a concessão de outorga para a exploração de poço artesiano e do pagamento do preço pela utilização do respectivo poço. 2. Requer o recorrente a vedação da utilização de águas subterrâneas para consumo e higiene humanos sem que haja outorga da Administração. 3. Os órgãos julgadores não estão obrigados a examinar todas as teses levantadas pelo jurisdicionado durante um processo judicial, bastando que as decisões proferidas estejam devida e coerentemente fundamentadas, em obediência ao que determina o art. 93, inciso IX, da Constituição da República vigente. Isto não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC. Precedentes. 4. Esta Corte possui posicionamento no sentido de que “o inciso II do art. 12 da Lei nº 9.433/1997 é claro ao determinar a necessidade de outorga para a extração de água do subterrâneo. Restrição essa justificada pela problemática mundial de escassez da água e que se coaduna com o advento da Constituição de 1988, que passou a considerar a água um recurso limitado, de domínio público e de expressivo valor econômico”

(AgRg-AgRg-REsp 1185670/RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 06.09.2011). 5. Recurso especial parcialmente provido.<sup>50</sup>

No caso, discutiam-se os limites da competência fiscalizatória municipal relacionada à perfuração de poço artesiano e a sua exploração por particular. Portanto, o assunto analisado sob outro viés respalda a fundamentação da decisão da Corte nesse objeto de estudo.

O Município autuou o particular lacrando o seu poço artesiano, por não ter autorização e ter descumprido a legislação estadual que veda a exploração dos recursos hídricos, pelo particular, naquela área. O Tribunal de origem, analisando o caso, aduziu que o Município só tem competência para fiscalizar exclusivamente as questões relativas à proteção da saúde pública. Ocorre que a lacração do poço não decorreu dessa competência (a água é comprovadamente potável, sem risco para a saúde), mas sim por conta de descumprimento das normas que regem a exploração dos recursos hídricos, editadas pelo Estado. A legislação local veda a perfuração e a exploração de poço artesiano da área.

OSTJ entende que a interpretação correta se dá sob o prisma constitucional, prescrevendo que os Municípios são competentes com os demais entes federados para proteger o meio ambiente e fiscalizar a exploração dos recursos hídricos (art. 23, VI e XI, da Constituição).

O Ministro ainda ressalta o avanço da Lei da Política Nacional de Recursos Hídricos, que deve ser interpretada segundo seus objetivos e princípios. Aponta que são três os objetivos da lei: a preservação da disponibilidade quantitativa e qualitativa de água, para as presentes e futuras gerações; a sustentabilidade dos usos da água, admitidos somente os de cunho racional; e a proteção das pessoas e do meio ambiente contra os eventos hidrológicos críticos, desiderato que ganha maior dimensão em época de mudanças climáticas. Corroborando esse entendimento a principiologia da lei que dispõe a respeito da dominialidade pública da água, a finitude do recurso e a gestão descentralizada e democrática.

O Ministro assegura que a perfuração indiscriminada e desordenada de poços artesianos tem impacto direto no meio ambiente e na disponibilidade de recursos hídricos para o restante da população, de hoje e de amanhã. Feita sem controle, também põe em risco a saúde pública, por ausência de tratamento, quando for de rigor.

<sup>50</sup> STJ, REsp 1276689/RJ, 2ª Turma, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Julgado em 06.12.2011.



Finaliza a decisão com o estabelecimento da competência do Município para fiscalizar a exploração de recursos hídricos, superficiais e subterrâneos, em seu território, o que lhe permite, por certo, também coibir a perfuração e exploração de poços artesianos, no exercício legítimo de seu poder de polícia urbanístico, ambiental, sanitário e de consumo.

Verifica-se que a decisão proferida pelo TJRS, da relatoria da Desembargadora Maria Isabel de Azevedo Souza, da 22ª Câmara Cível em junho de 2015, está em perfeita consonância com o entendimento uniforme do STJ pela impossibilidade de o particular explorar água subterrânea por meio de poço artesiano sem a devida outorga pelo Poder Público.

A decisão tanto do Tribunal de Justiça quanto do Superior Tribunal de Justiça corrobora o entendimento da função social dos recursos naturais, evitando que possam ser fruídos por uma pessoa em detrimento da coletividade. Cabe aos entes federados zelar pela utilização racional dos recursos. Sendo assim, o argumento de poços artesianos dentro de propriedade privada sob o prisma de bem individual cede espaço para bem essencial à sadia qualidade de vida de toda coletividade.

Ambas as decisões fornecem um panorama do arcabouço jurídico e jurisprudencial sobre o tema que trará reflexos nos demais temas afetos a esse assunto, pois de antemão já estabelece parâmetros do tratamento protetivo ao meio ambiente, que inclui suas várias facetas, todas importantes para a sobrevivência do Planeta e da espécie humana. Portanto, tema de grande relevância.

## CONCLUSÃO

A função social da água foi demonstrada ao longo do texto, tendo sido verificado que a preocupação tanto da legislação quanto dos Tribunais é assegurar a fruição desse recurso por toda população. A par das garantias da propriedade privada, a própria Constituição, no art. 170, que cuida da ordem econômica, vincula o direito ao dever de cumprir a função social. Então, ainda que o poço artesiano esteja dentro de uma propriedade privada, o uso desse recurso está adstrito à outorga do Poder Público, a fim de garantir o uso para o maior número de pessoas.

Nesse diapasão, também é preocupação assegurar o recurso natural para as presentes e futuras gerações, conforme prevê o art. 225 do Texto Constitucional, por isso que a gestão da água encontra-se sob o poder da Administração, a fim

de evitar o desperdício, comprometendo os mananciais e o abastecimento de água para coletividade.

O problema da falta de água, como ficou demonstrado, afeta o Planeta, trazendo consequências desastrosas. Dessa forma, analisando o caso concreto, no arcabouço jurídico que embasa as decisões de nossos Tribunais, a gestão da água pelo Poder Público existe para garantir a função social.

O Estado gerencial delega para as concessionárias a prestação do serviço público e por meio da autarquia especial, ANA - Agência Nacional de Águas, normatiza e fiscaliza o abastecimento e a gestão das águas para possibilitar o acesso equitativo e qualitativo ao maior número de pessoas.

A escassez da água legitima a cobrança pelo seu uso. A Lei nº 9.433/1997, ao instituir a água como recurso finito, por isso dotado de valor econômico, legitima a cobrança pela utilização do recurso natural, com o fim de limitar o uso e preservar o recurso.

Assim, não se mostra legítimo que o indivíduo que possua um poço artesianos dentro de sua propriedade possa usá-lo sem controle, pois o uso indiscriminado causa impacto em todo lençol freático, comprometendo o abastecimento desse recurso. Desta forma, cabe ao Poder Público assegurar o acesso equitativo com qualidade do recurso indispensável para a sobrevivência humana. Além da proteção legal, a necessidade de outorga pelo Poder Público visa ao cumprimento da função social no uso do recurso.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA JUNIOR, João Theotonio Mendes de. *A regulação da água - O papel da Agência Nacional de Águas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BOLSON, Simone Hegele. A vulnerabilidade hídrica no semiárido nordestino e na fronteira oeste do sul do Brasil: agravamento com as mudanças climáticas e a necessidade de um plano nacional de segurança hídrica. Artigo Conpedi. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=96dc193d7a9ab734>>. Acesso em: 14 set. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1185670/RS, 2010/0046183-5, 1ª Turma, Relator Ministro Benedito Gonçalves, Julgado em 01.09.2011. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21083515/agravo-regimental-no-agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-agrg-no-resp-1185670-rs-2010-0046183-5-stj>>. Acesso em: 14 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 994120/RS, (2007/0234852-0), 2ª Turma, Relator Ministro Hermam Benjamin, Julgado em 25.08.2009. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19114484/recurso-especial-resp-994120-rs-2007-0234852-0/inteiro-teor-19114485>>. Acesso em: 14 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1276689/RJ, 2011/0165178-8, 2ª Turma, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Julgado em 06.12.2011. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21024127/recurso-especial-resp-1276689-rj-2011-0165178-8-stj/relatorio-e-voto-21024129>>. Acesso em: 14 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997. Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos. Diário Oficial da União, Brasília/DF, 1º de setembro de 1997, Seção 1, p. 470.

CARVALHOSA, Wallace Ferreira; MONTEVERDE, Fernando Sampaio. Aspectos da Lei nº 9.433/1997 à luz dos movimentos de privatização da água. Artigo Conpedi. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=a7fddb9c43e310c9>>. Acesso em: 14 set. 2015.

CAVALCANTI, Erivaldo. Água e cidadania: a privatização dos recursos hídricos e os atores sociais. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/viewFile/992/683>>. Acesso em: 17 set. 2015.

FACHIN, Zulmar; SILVA, Deise Marcelino da. *Acesso à água potável: direito fundamental de sexta dimensão*. Campinas/São Paulo: Millennium, 2010.

FREITAS, Vladimir Passos de. *Águas – Aspectos jurídicos e ambientais*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

\_\_\_\_\_. *Recursos hídricos – Direito brasileiro e internacional*. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARTINS, Maria Lucia. Resenha do livro Ouro Azul. Disponível em: <<http://brasileducom.blogspot.com.br/2010/02/ouro-azul-de-maude-barlow-e-tony-clarke.html>>. Acesso em: 22 set. 2015.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70065448060, 22ª Câmara Cível, Relatora Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 30.06.2015. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/205041479/apelacao-civel-ac-70065448060-rs/inteiro-teor-205041514>>. Acesso em: 14 set. 2015.

PAPA Francisco. *Carta Encíclica Laudato Si. sobre o Cuidado da Casa Comum*. São Paulo: Edições Paulinas, 2015.

REIS, Émillien Villas Boas; BIZAWU, Kiwonghi. A Encíclica Laudato Si à Luz do Direito Internacional do Meio Ambiente. *Revista Veredas*. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/598/439>>. Acesso em: 15 nov. 2015.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. *Recursos hídricos – Aspectos éticos, jurídicos, econômicos e socioambientais*. Campinas: Alínea, 2007.

Submissão em: 23.11.2015

Avaliado em: 16.06.2016 (Avaliador A)

Avaliado em: 16.06.2016 (Avaliador B)

Avaliado em: 12.07.2016 (Avaliador C)

Aceito em: 14.09.2016



# A DOCTRINA DO “RIGHT TO BE FORGOTTEN” PELA PERSPECTIVA DAS RELAÇÕES ENTRE PRIVADOS

## THE DOCTRINE OF THE “RIGHT TO BE FORGOTTEN” FROM THE PERSPECTIVE OF RELATIONSHIP BETWEEN CITIZENS

**Clarissa Carello<sup>1</sup>**

Professora da Graduação em Direito da UniRitter

**Maria Cláudia Cachapuz<sup>2</sup>**

Professora da Graduação em Direito da UFRGS

**ÁREA(S) DO DIREITO:** direitos fundamentais; direito civil; ilicitude e responsabilidade civil; reflexos dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas.

**RESUMO:** O direito ao esquecimento vem sendo difundido no Brasil, especialmente após dois recentes julgamentos pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), sendo que um deles possui conteúdo de repercussão geral e aguarda pronunciamento do Supremo Tribunal Federal (STF). Todavia, a matéria em questão ainda não conta com legislação

específica, mesmo tendo origens da década de 1930. Por meio do presente artigo pretende-se fazer um breve histórico sobre o direito ao esquecimento e os seus precedentes nos Estados Unidos e na Europa, para, logo após, adentrar-se nos julgados nacionais e no conflito de princípios constitucionais invocados pelas partes e pelos julgadores. Na parte final, o objetivo é trazer ensinamentos de doutrinadores como Jürgen Habermas e Robert Alexy sobre o tema, em especial sobre a autonomia e o princípio da igualdade.

<sup>1</sup> Advogada. Mestranda do Curso de Direito e Sociedade do Unilasalle. *E-mail:* clarissacarello@hotmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/0184515340775668>.

<sup>2</sup> Magistrada com atuação no TJRS. Doutora em Direito Civil pela UFRGS. Professora do Mestrado em Direito e Sociedade do Unilasalle. *E-mail:* mcmcachapuz@tj.rs.gov.br. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/3260788695302203>.

**PALAVRAS-CHAVE:** direito ao esquecimento; liberdade de imprensa; colisão de princípios constitucionais; responsabilidade civil; autonomia.

**ABSTRACT:** *The right to be forgotten has been widespread in Brazil, especially after two recent judgments by the Superior Court of Justice (STJ), one of which has general repercussions content and is awaiting pronouncement of the Supreme Court (STF). However, this subject does not have a specific legislation, even though the origins in the 1930s. Through this article is intended to make a brief background on the right to be forgotten and their precedents in the United States and Europe, as soon after, enters on national and judged the conflict of constitutional principles invoked and judges. In the final part, the goal is to bring scholars of Jürgen Habermas and Robert Alexy on the subject, in particular the autonomy and the principle of equality.*

**KEYWORDS:** *right to be forgotten; freedom of the press; collision constitutional principles; civil responsibility; autonomy.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Direito ao esquecimento: origem e precedentes internacionais; 2 Direito ao esquecimento sob a perspectiva do Direito brasileiro; 3 A proteção à pessoa na perspectiva de responsabilidade civil: o conflito das normas aplicáveis na espécie; Considerações finais; Referências.

**SUMMARY:** *Introduction; 1 Right to be forgotten: source and international precedents; 2 The right to be forgotten in the Brazilian system; 3 The right to privacy and liability: the conflict of the rules applicable in concrete; Final considerations; References.*

## INTRODUÇÃO

Tratar da doutrina do “*right to be forgotten*”, traduzida academicamente pelo direito brasileiro na expressão do “direito ao esquecimento” – ainda que possibilitada a compreensão na modalidade passiva, como um “direito a ser esquecido” –, permite, na sociedade contemporânea, diversos enfoques em relação ao tema do acesso e da divulgação de informações. Isto assim se configura em razão da associação que o assunto proporciona em relação ao conceito de *autodeterminação informativa*, quando discutidas situações corriqueiramente levadas à apreciação dos Tribunais: seja pela ideia de exercício de um direito à manifestação livre do pensamento, seja pelo enfrentamento da tutela da privacidade quando em discussão o registro, o armazenamento e a transmissão de dados pessoais. A questão de fundo é, na

essência, o problema do “impulso à autoexposição”<sup>3</sup>, não apenas porque a pessoa participa de uma vida comum com os demais, compartilhando experiência tecnológica e informações próprias a seu tempo, mas, fundamentalmente, porque também o indivíduo deseja *aparecer* e, em determinada medida, fazer-se visto, “por feitos e palavras”<sup>4</sup>, pelos demais<sup>5</sup>.

A ação e reação sistemática ao avanço da ciência, especialmente em áreas de maior desenvolvimento tecnológico, revela a tendência do homem contemporâneo de aprender a lidar com a sua individualidade sem necessariamente abdicar de um benefício científico que lhe facilita o contato com uma esfera pública de relacionamento. Paul Virilio menciona o exemplo de uma pessoa que, “para lutar contra os fantasmas que pareciam persegui-la”<sup>6</sup>, instala câmeras de vídeo na residência, possibilitando que os visitantes de seu espaço de divulgação na rede virtual possam auxiliá-la no combate a eventuais fantasmas, em um exercício não muito diferente daquele usufruído por quem explora a própria imagem em espaços destinados a efetivos diários de confissão pública, como o *Facebook*. Questiona-se, portanto, em que medida a esfera pública – ou aquilo que a representa no mundo das aparências – traduz-se em um espaço de reflexão ao indivíduo – na essência, resguardado ao privado –, ou mesmo até que ponto se pode reconhecer uma nova concepção de liberdade para o desenvolvimento (livre) da personalidade na sociedade contemporânea.

O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, em sentença de 15 de dezembro de 1983<sup>7</sup>, ao analisar a extensão de questionamento possível ao cidadão por meio de uma legislação censitária, reconheceu a possibilidade de reconhecimento de uma autodeterminação informativa a todo indivíduo, de forma que toda e qualquer informação pessoal só se tornasse pública se tutelada por um determinado interesse público, porque conhecida do titular a sua existência e com quem é compartilhada. Isso significa compreender que

<sup>3</sup> Nesse sentido, conferir o posicionamento de Hannah Arendt pelo exame que apresenta em relação às esferas do público e do privado (ARENDR, Hannah. *A vida do espírito: o pensar, o querer, o julgar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1993. p. 28).

<sup>4</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>5</sup> Ver estudo sobre liberdade e acesso à informação, pela análise da “autodeterminação informacional”, em Tércio Sampaio Ferraz Júnior (FERRAZ JR., Tércio Sampaio. A liberdade como autonomia de acesso à informação. In: GRECO, Marco Aurélio; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). *Direito e Internet: relações jurídicas na sociedade informatizada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001).

<sup>6</sup> VIRILIO, Paul. *A bomba informática*. São Paulo: Estação Liberdade, 1999. p. 61.

<sup>7</sup> BVerfGE 65,1.



informações compartilhadas só podem permanecer públicas porque existente o conhecimento do titular acerca de sua extensão e a justificação por um interesse público específico. Ainda assim, a liberdade de autorização individual ao que se faz divulgado permite restrições, considerando o Tribunal Constitucional que

a autodeterminação é uma condição elementar de funcionamento de uma comunidade democrática fundada sobre capacidade de agir conjuntamente de seus cidadãos. [...] A informação, ainda quando relacionada a pessoa, apresenta uma figuração da realidade social, a qual não pode ser exclusivamente subordinada ao afetado.<sup>8</sup>

Ao afirmar a liberdade de conduta, embora esta não se encontre insuscetível de restrição, o Tribunal Constitucional permite, abstratamente, uma reciprocidade de conduta na esfera pública (confiança externa) para conhecer e tornar conhecido o que é íntimo e privado. Possibilita o Tribunal Constitucional que se compatibilizem princípios de liberdade e de dignidade humana, reconhecendo tanto o livre arbítrio ao indivíduo – e, assim, a possibilidade de discutir uma vontade no âmbito público – como a proteção ao que é de sua essência (a dignidade). Daí a possibilidade de se “*garantizar la esfera personal estricta de la vida y la conservación de sus condiciones básicas*”<sup>9</sup>, sem que se afaste de uma concepção igualmente ampla de liberdade ao indivíduo e, mais especificamente, de livre desenvolvimento de sua personalidade.

A concepção de autodeterminação informativa, nos termos como acolhida pelo Tribunal alemão – e, aqui, proposta para aplicação ao sistema jurídico brasileiro –, autoriza, então, que se identifique um critério de objetivação da vontade em relação à conduta de tornar público aquilo que pertence, com exclusividade e reserva, ao indivíduo. Segue, de forma muito próxima, a condição de universalização da conduta, como critério de igualdade em um plano ideal, a fim de justificar, por uma figura abstrata, a restrição de um direito de liberdade individual. Ou seja, persegue a ideia de que, para agir de forma livre, é necessário que o indivíduo possa determinar a sua ação em uma esfera pública – o que só se torna possível na medida em que exista também uma autolimitação<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> BVerfGE 65,1, em tradução livre da versão alemã.

<sup>9</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. Madrid: CEPC, 2001. p. 356.

<sup>10</sup> Seguindo o pensamento de Galuppo, “isso reconduz, inevitavelmente, à questão do imperativo categórico: devemos buscar aquilo que universalmente pode ser reconhecido como direito de todos

A possibilidade de restrição à liberdade assegurada em abstrato – ainda que exigida uma ponderação por razões sérias a toda a restrição que seja efetuada –, em outras palavras, é o que assegura a efetiva possibilidade de exercício de um direito de liberdade, potencializando a autonomia do indivíduo<sup>11</sup>. Em um espectro mais amplo, é o que garante a não violação de direitos humanos, na medida em que permite, a todo o momento, o exame de uma gênese crítica pela reserva do espaço próprio ao pensar.

Como a concepção de uma autodeterminação informativa reforça a estrutura das esferas para o exame do que é privado também em relação às informações referentes à personalidade, o destaque conferido à situação de um direito mais concreto – acesso, armazenamento, cruzamento e transmissão de dados informativos –, entre os demais direitos de personalidade, contribui para a precisão de conceitos indeterminados e cláusulas gerais hoje presentes nas codificações civis (Consumidor e Civil) e permite analisar, de forma específica, a situação empírica que corriqueiramente se dispõe, cada vez mais, à análise dos Tribunais. No exame específico da doutrina do “direito ao esquecimento”, a matéria possibilita que tanto se aborde a questão do acesso à informação disposta em bancos de dados públicos e a extensão de manipulação de dados possível quanto, inclusive, que se discuta quanto à possibilidade de permitir que fatos do passado deixem de ter um caráter público, a fim de que sejam esquecidos frente a um direito de acesso geral.

Para a denominação que ora é pretendida ao estudo, tem-se que os primeiros dados históricos referentes ao denominado “direito ao esquecimento” datam do princípio dos anos 30, quando, nos Estados Unidos, foi requerido por uma cidadã o direito à ressociação, de forma que terceiros não tivessem o acesso às informações referentes à sua vida pretérita. Outro precedente, conhecido como “Caso Lebach”, ocorreu na Alemanha, já na década de 70. No

---

para fundamentar a limitação da liberdade, que só pode ser, como já disse, *autolimitação*, pois esta limitação surge exatamente para garantir a coexistência de direitos legítimos, que só podem ser os direitos universalizáveis” (GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença*. Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 95).

<sup>11</sup> É o que acentua Gadamer, referindo-se à tarefa assumida pelo Direito na realização de uma ideia de justiça: “El ‘derecho’ es, en el fondo, el gran ordenamiento creado por los hombres que nos pone límites, pero también nos permite superar la discórdia y, cuando no nos entendemos, nos malinterpretamos o incluso maltratamos, nos permite reordenar todo de nuevo e insertarlo numa realidade común. Nosotros no ‘hacemos’ todo esto, sino que todo esto nos sucede” (GADAMER, Hans-Georg. *Histórica y lenguaje: una respuesta*. In: KOSELLECK, Reinhart; GADAMER, Hans-Geor. *Historia y hermenéutica*. Barcelona: Ediciones Piados, 1997. p. 102).

Brasil, a evocação a um direito ao esquecimento é bastante recente, quando discutida a veiculação, em programa de televisão, de informações referentes a envolvimento de pessoas em delitos ocorridos no passado, sem que houvesse a autorização prévia dos envolvidos a tanto. O aspecto central da discussão, nos dois casos levados a julgamento no Superior Tribunal de Justiça, partia de uma ausência de contemporaneidade dos fatos então noticiados, que serviram, sob a ótica dos envolvidos, apenas para revolver informações passadas sem qualquer interesse público relevante para o momento atual. Em decorrência de uma exposição desautorizada, os diretamente envolvidos nos fatos pediram, judicialmente, indenização pelos danos experimentados em razão dessa divulgação. O ponto comum entre os precedentes internacionais e os casos brasileiros está na ausência de norma específica que possa estabelecer, *a priori*, limites de aplicação à concepção de um direito ao esquecimento como freio à liberdade de imprensa ou de ampla manifestação do pensamento.

A preocupação, portanto, centra-se em estudar o que hoje se compreende como um direito ao esquecimento e que reflexos, inclusive em perspectiva comparada, podem ser estendidos da experiência do Direito Comparado aos casos levados à discussão nas Cortes brasileiras. Feita essa contextualização, inclusive com o confronto das razões de decidir das decisões do STJ, passa-se ao exame do que segue disposto no ordenamento jurídico brasileiro sobre a matéria, inclusive para compreender a extensão de exame do problema sob a ótica de aplicação de um princípio de dignidade da pessoa humana. De resto, oferece-se ainda um teste dos argumentos apresentados nas decisões do STJ para que, de forma crítica, seja possível verificar-se a correção do decidido à luz do ordenamento jurídico posto.

## **1 DIREITO AO ESQUECIMENTO: ORIGEM E PRECEDENTES INTERNACIONAIS**

A ideia de um direito ao esquecimento aparece, pela primeira vez, em um caso em que defendido o direito à ressocialização por uma cidadã norte-americana em plena década de 1930. A ação foi ajuizada por Gabrielle Darley Melvin, que trabalhava como prostituta, após ter sido absolvida da acusação de prática de um delito – no caso, um homicídio – associado ao seu meio de sustento econômico. Quando busca retomar a vida, casando-se e formando uma família, é surpreendida pelo lançamento de um filme que retrata a sua vida pregressa, no qual seu nome e sua imagem reais são veiculados ao longo da trama. Somado a este fato, foram incluídas no filme cenas reais do seu julgamento.

Discutido judicialmente o caso, a Corte de Apelação do Estado da Califórnia reconheceu que a autora tinha o direito a buscar um ideal de felicidade – não chegando, expressamente, a ser referido o direito ao esquecimento –, o qual estaria proclamado na declaração de independência dos Estados Unidos da América. Este entendimento foi extraído da constatação de que ocorrera a utilização indevida de seu nome e de sua imagem, ausente uma autorização específica a tanto. A restrição observada a um direito de divulgação de informações pretéritas não alcançou integralmente a pretensão da autora da demanda. Relativamente ao filme ter retratado fatos ligados à acusação que sofrera de assassinato, compreendeu a Corte norte-americana que, por tratar-se de dados que estavam inseridos em registros públicos – acessível a todos os interessados, portanto –, não caberia qualquer limitação à divulgação específica.

O próprio fato dos incidentes constarem em um registro público basta para negar a ideia de que a sua publicação seria uma violação do direito à privacidade. Quando os incidentes de uma vida são tão públicos a ponto de serem postos em público, passam ao conhecimento e posse de todos, deixando de ser privados.<sup>12</sup>

Outro precedente histórico relacionado ao direito ao esquecimento, conhecido como “Caso Lebach”, ocorreu na Alemanha, em 1973. O julgado do Tribunal Constitucional alemão trata de hipótese em que um réu, envolvido no assassinato de quatro soldados alemães, opõe-se à pretensão de divulgação, por uma rede de televisão local, de informações vinculadas sobre a sua pessoa em relação ao crime cometido. Como estava às vésperas de deixar a prisão após cumprir pena de seis anos de reclusão, ajuizou ação inibitória contra o canal de televisão, para que o programa não fosse ao ar, impedindo, assim, que a sua imagem fosse exposta por meio de fotos e demais registros feitos na época do

<sup>12</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte de Apelação do Quarto Distrito do Estado da Califórnia, Apelação, Apelante: Gabrielle Darley Melvin, Apelada: Dorothy Davenport Reid, Relator John Bernard Marks, 28 de fevereiro de 1931. Disponível em: <<https://casetext.com/case/melvin-v-reid>>. Acesso em: 28 jun. 2015. Originalmente: “From the foregoing it follows as a natural consequence that the use of the incidents from the life of appellant in the moving picture is in itself not actionable. These incidents appeared in the records of her trial for murder which is a public record open to the perusal of all. The very fact that they were contained in a public record is sufficient to negative the idea that their publication was a violation of a right of privacy. When the incidents of a life are \*291291 so public as to be spread upon a public record they come within the knowledge and into the possession of the public and cease to be private. Had respondents, in the story of “The Red Kimono”, stopped with the use of those incidents from the life of appellant which were spread upon the record of her trial, no right of action would have accrued”.

assassinato. No julgamento, a Corte alemã entendeu não haver mais interesse dos espectadores na notícia sobre o caso, ausente uma atualidade da notícia, ponderando, *a contrario sensu*, um prejuízo, de maior peso ao autor da ação, com a divulgação dos fatos na oportunidade.

Em face do noticiário atual sobre delitos graves, o interesse de informação da população merece em geral prevalência sobre o direito de personalidade do criminoso. Porém, deve ser observado, além do respeito à mais íntima e intangível área da vida, o princípio da proporcionalidade: Segundo este, a informação do nome, foto ou outra identificação do criminoso nem sempre é permitida. A proteção constitucional da personalidade, porém, não admite que a televisão se ocupe com a pessoa do criminoso e sua vida privada por tempo ilimitado e além da notícia atual, p. ex. na forma de um documentário. Um noticiário posterior será, de qualquer forma, inadmissível se ele tiver o condão, em face da informação atual, de provocar um prejuízo considerável novo ou adicional à pessoa do criminoso, especialmente se ameaçar sua reintegração à sociedade (re-socialização).<sup>13</sup>

Neste caso, a precedência de uma proteção à personalidade foi observada em relação à liberdade de informação, observada uma proporcionalidade em concreto, quando conferido maior peso de argumentação à necessidade de fazer prevalecer um direito mais amplo de ressocialização ao preso. Sobre o mesmo caso, em 1996, outra tentativa de trazer à tona os fatos que culminaram no assassinato dos soldados foi intentada, desta vez, cuidando os documentaristas em alterar o nome das pessoas envolvidas, evitando, ainda, a veiculação de suas imagens. Neste que é conhecido como “Caso Lebach II”, a “liberdade comunicativa” da empresa foi contestada pelos réus originais, que utilizaram argumentação semelhante à trabalhada no caso pretérito. Os argumentos, pelas peculiaridades da forma como pretendida a divulgação das informações, desta vez não foram considerados tão relevantes pela Corte Constitucional alemã para afastar a possibilidade de divulgação.

<sup>13</sup> SCHWAB, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Trad. Beatriz Hening et al. Montevidéu: Konrad Adenauer - Stiftung, 2005. p. 486-488.

A intensidade da violação ao direito fundamental dos criminosos, no Caso Lebach-1, era sensível porquanto o programa de televisão da ZDF conferira um caráter sensacionalista ao fato, com a exposição do nome e de fotografias dos envolvidos. A veiculação do documentário, à época, prejudicaria e muito a ressocialização dos condenados. No programa da SAT 1, no entanto, é inadequado encontrar tal nível de interferência no direito ao desenvolvimento da personalidade dos autores da reclamação constitucional. Passaram-se 30 anos da ocorrência do crime (de 1969; o acórdão é de 1999) e os riscos para a ressocialização foram bastante minorados.<sup>14</sup>

Mais recentemente, o direito ao esquecimento ressurgiu no debate da comunidade europeia, agora sob o prisma de uma sociedade preocupada com o problema da virtualização das informações. Novamente na Alemanha e também sob os argumentos trazidos no julgamento do primeiro “Caso Lebach”, no ano de 2009, um jogador de futebol, envolvido com uma denúncia de estupro e condenado por tal delito, postulou a exclusão da rede Web de informações que o vinculassem ao fato. O Tribunal Constitucional alemão, defendendo a aplicação de um princípio de veracidade em relação às informações trabalhadas, efetuou a ponderação para o caso e mitigou a proteção à vida privada do jogador, compreendendo como possível a divulgação.

Uma adequada ponderação entre os interesses constitucionalmente protegidos, posto que em colisão direta. Segundo os juízes constitucionais, a proteção das expressões da sexualidade humana ocupa uma zona central na proteção à vida privada, não interessando a terceiros o que o indivíduo faz ou deixa de fazer nesse âmbito. No entanto, a cobertura jornalística de um fato verídico e criminoso, ainda que no âmbito das relações sexuais, mesmo que sem uma sentença definitiva, não pode ser obstada sob o fundamento da preservação da vida privada. Ressaltou-se, ainda, que a cobertura

---

<sup>14</sup> RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Não há tendências na proteção do direito ao esquecimento. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-25/direito-comparado-nao-tendencias-pro-tecao-direito-esquecimento#author>>. Acesso em: 28 jun. 2015.

foi permanente e não tópica ou após a conclusão do processo.<sup>15</sup>

Em um precedente ainda mais recente, apreciando matéria bastante próxima, um cidadão espanhol ajuizou ação contra a empresa norte-americana “Google”, requerendo que determinados indicadores de consulta não fossem apresentados na rede mundial de computadores por aqueles que buscassem informações a seu respeito, em especial às informações relacionadas à venda de um imóvel de sua propriedade, por meio de um leilão, em decorrência de dívidas. O Tribunal de Justiça da União Europeia<sup>16</sup>, em 13 de maio de 2014, proferiu decisão em que o direito ao esquecimento na Internet foi tutelado, considerando inadequados os dados “não pertinentes ou não mais pertinentes do ponto de vista dos fins para os quais foram tratados e do tempo transcorrido”. Por meio da decisão, os sítios eletrônicos que propiciam buscas na Internet, como o próprio Google, devem disponibilizar a seus usuários ferramentas que possibilitem que as suas informações pessoais, processadas e armazenadas pelos seus respectivos servidores, sejam apagadas<sup>17</sup>.

## **2 DIREITO AO ESQUECIMENTO SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO BRASILEIRO**

No Brasil, dois casos recentemente julgados pelo STJ enfrentaram, de forma direta, o tema do direito ao esquecimento. O primeiro processo, ajuizado originariamente por Jurandir Gomes de França, invocou o direito ao esquecimento em face da veiculação de seu nome e de sua imagem em programa jornalístico da Rede Globo de Televisão, denominado “Linha Direta”. Na discussão judicial proposta, o autor referiu ter sido acusado de participação no episódio denominado “chacina da Candelária”, ocorrida no Rio de Janeiro, em meados da década de 1990, quando, após a instrução do processo criminal, restou sumariamente absolvido. Aduz, em síntese, que, em virtude de ter sua imagem e seu nome mostrados ao longo do programa, trouxe à memória de inúmeras pessoas, que já tinha esquecido o ocorrido, fatos do passado, renovando os sentimentos de repúdio à sua pessoa. No julgamento do caso, restou reconhecida a possibilidade de manutenção de uma proteção à intimidade e à vida privada,

---

<sup>15</sup> Idem.

<sup>16</sup> Tribunal de Justiça da União Europeia. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2013-06/cp130077en.pdf>>. Acesso em: 29 jun. 2015.

<sup>17</sup> UOL. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2014/05/1453527-tribunal-europeu-decide-a-favor-do-direito-de-ser-esquecido-no-google.shtml>>. Acesso em: 21 maio 2015.



na medida em que necessária a tutela específica a um direito de ser esquecido ou de ser relacionado com os fatos desabonadores do passado. No voto, o direito ao esquecimento restou traduzido como o “direito de não ser lembrado contra a sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores, de natureza criminal, nos quais se envolveu, mas que, posteriormente, fora inocentado”<sup>18</sup>. Na ponderação formulada, compreendeu ainda o voto condutor do julgamento que um princípio à liberdade de imprensa não pode ser considerado absoluto, compreendendo-se que esteja igualmente sujeito a restrições.

Na mesma sessão de julgamento, outro caso<sup>19</sup>, em que também restou invocado um direito ao esquecimento, foi apreciado pelo STJ, resultando em compreensão diversa acerca da extensão de uma proteção específica ao caso. Na hipótese, os irmãos de vítima de violência no final dos anos 50 postularam indenização em decorrência do uso do nome e da imagem da irmã no documentário “Linha Direta Justiça” sem que houvesse a autorização deles para tanto. Apreciado o caso, os fundamentos para o afastamento, em concreto, da pretensão indenizatória foram os seguintes: a) a ausência de contemporaneidade da notícia de fatos passados não pode ser invocada, pois inviável recontar um crime histórico, como o que vitimou a irmã dos autores, sem mencionar a própria; b) o significado que pode alcançar a recordação de crimes passados, inclusive para permitir que se conheça a evolução social, “revelando, de certo modo, para onde está caminhando a humanidade e a criminologia”; c) o caso em comento está inserido nas exceções decorrentes de crimes com ampla publicidade e a veiculação do caso, passados cinquenta anos depois da morte da irmã dos autores, não poderia gerar abalo moral que ensejasse o dever de indenizar; e d) a imagem da vítima não foi utilizada de forma indevida, pois sua imagem real foi veiculada no programa em apenas uma cena, sendo as demais dramatizadas por atores contratados. Ao longo da decisão há análise da legislação pátria aplicável ao feito, bem como doutrina e jurisprudência nacional e internacional.

<sup>18</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1.334.097/RJ, Recorrente: Globo Comunicações e Participações S/A, Recorrido: Jurandir Gomes de França, Relator Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília, 10 de setembro de 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 20 maio 2015.

<sup>19</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1.335.153/RJ, 4ª Turma, Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, p. 48, 28 maio 2013. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1237428&num\\_registro=201100574280&data=20130910&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1237428&num_registro=201100574280&data=20130910&formato=PDF)>. Acesso em: 25 maio 2015.



Entre os votos vencidos<sup>20</sup>, chamaram a atenção os argumentos referentes a uma expressa violação da norma contida no art. 20 do Código Civil, especialmente pelo fato de os irmãos da vítima terem notificado extrajudicialmente a empresa em oposição à veiculação da reconstituição dos fatos que vitimaram sua irmã na década de cinquenta. A divergência de posicionamento, em um e em outro caso apreciados pelo STJ, de certa forma, é explicada pela ausência de uma disposição normativa expressa acerca do direito de esquecimento no Direito brasileiro, permitindo, no conflito de liberdades, a ponderação em concreto. Nem por isso a matéria deixou de ser apreciada por enunciado proposto e aprovado junto às Jornadas de Direito Civil, permitindo que se reconheça uma linha interpretativa bastante segura quanto à possibilidade de aplicação, pelo teste de racionalidade a cada novo caso de análise, da ponderação<sup>21</sup>.

### **3 A PROTEÇÃO À PESSOA NA PERSPECTIVA DE RESPONSABILIDADE CIVIL: O CONFLITO DAS NORMAS APLICÁVEIS NA ESPÉCIE**

O problema verificado nos casos referidos repousa na ausência de norma específica que resolva especificamente o conflito entre a proteção à intimidade e à vida privada da pessoa e a tutela da liberdade conferida aos meios de comunicação e a divulgação de fatos quando alegado um direito ao esquecimento. Uma situação previsível, face à complexidade dos fatos, justamente porque se está a tratar de liberdades igualmente valoradas e observadas, no Texto Constitucional, quando evidenciada a proteção a direitos fundamentais.

Sob o enfoque da Constituição Federal de 1988, em seu art. 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana é considerada como direito fundamental. O Texto Constitucional assegura ainda, em seu art. 5º, os incisos V, IX e X, em que protegido o direito de resposta proporcional ao agravo, além da correspondente

---

<sup>20</sup> Idem, p. 45-50.

<sup>21</sup> Justificativa à aplicação do art. 11 do CC brasileiro: Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar os fatos ou reescrever a própria -história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados (BRASIL. Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. VI Jornada de Direito Civil. Enunciado nº 531. A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Coordenador-Geral Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília, 12 de março de 2013. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br>>. Acesso em: 25 maio 2015).

indenização por danos morais, materiais ou de imagem, bem como a liberdade de expressão, sem censura, e, por fim, a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, sendo igualmente assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação<sup>22</sup>. A leitura conjugada dos artigos, à luz do também disposto nos arts. 220, § 1º, e 221, inciso IV, da CF, remete à ideia de que sempre podem existir restrições ao direito de informação, justamente porque proposta uma ponderação em face de uma violação concreta à intimidade ou à vida privada de alguém<sup>23</sup>.

Nos casos apreciados no STJ, é oportuno ressaltar que, nas razões recursais da emissora de televisão, um dos aspectos trazidos para o debate foi a impossibilidade de criar-se qualquer impedimento à divulgação dos fatos, na medida em que tratavam os programas de divulgação de acontecimentos públicos e notórios, não cabendo, portanto, restrições de qualquer natureza. No cerne do argumento trabalhado estava o receio de que se pudesse, com a restrição, gerar-se ato de censura à livre expressão do pensamento. Um temor que é esclarecido, na doutrina de Ingo Sarlet, explica-se pela vivência de período fortemente autoritário em passado recente<sup>24</sup>. E, de fato, compreende-se

<sup>22</sup> “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

[...]

<sup>23</sup> “Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:

[...]

IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.”

<sup>24</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 63.

que o espírito do legislador não foi de conferir uma liberdade irrestrita – e até irresponsável, poderia se afirmar – aos meios de comunicação. O entendimento comum dos julgados é de que a notícia, em que pese verdadeira, não autoriza que seja conferido um caráter absoluto em relação à proteção a uma liberdade de imprensa, justamente porque passível, como direito em concreto, de ser sujeita a uma ponderação. Tal é a compreensão, ademais, alcançada no Recurso Especial nº 1.334.097<sup>25</sup>.

Já, no Recurso Especial nº 1.335.153<sup>26</sup>, a solução restou encaminhada em sentido diverso, justamente porque distintas eram as peculiaridades do caso a autorizarem uma ponderação igualmente diversa entre as condições fáticas e jurídicas do caso.

O direito ao esquecimento que ora se reconhece para todos, ofensor e ofendidos, não alcança o caso dos autos, em que se reviveu, décadas depois do crime, acontecimento que entrou para o domínio público, de modo que se tornaria impraticável a atividade da imprensa para o desiderato de retratar o caso Aida Curi, sem Aida Curi. [...] No caso de familiares de vítimas de crimes passados, que só querem esquecer a dor pela qual passaram em determinado momento da vida, há uma infeliz constatação: na medida em que o tempo passa e vai se adquirindo um “direito ao

---

<sup>25</sup> Do texto: “A cláusula constitucional da dignidade da pessoa humana garante que o homem seja tratado como sujeito cujo valor supera ao de todas as coisas criadas por ele próprio, como o mercado, a imprensa e até mesmo o Estado, edificando um núcleo intangível de proteção oponível *erga omnes*, circunstância que legitima, em uma ponderação de valores constitucionalmente protegidos, sempre em vista os parâmetros da proporcionalidade e razoabilidade, que algum sacrifício possa ser suportado, caso a caso, pelos titulares de outros bens e direitos. [...] Com efeito, no conflito entre a liberdade de informação e direitos da personalidade – aos quais subjaz a proteção legal e constitucional da pessoa humana –, eventual prevalência pelos segundos, após realizada a necessária ponderação para o caso concreto, encontra amparo no ordenamento jurídico, não consubstanciando, em si, a apontada censura vedada pela Constituição Federal de 1988” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1.334.097/RJ, 4ª Turma, Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, p. 6, 28 maio 2013. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1239004&num\\_registro=201201449107&data=20130910&formato=pdf](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1239004&num_registro=201201449107&data=20130910&formato=pdf)>. Acesso em: 25 maio 2015).

<sup>26</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1.335.153/RJ, 4ª Turma, Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, p. 48, 28 maio 2013. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1237428&num\\_registro=201100574280&data=20130910&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1237428&num_registro=201100574280&data=20130910&formato=PDF)>. Acesso em: 25 maio 2015.

esquecimento”, na contramão, a dor vai diminuindo, de modo que, lembrar o fato trágico da vida, a depender do tempo transcorrido, embora possa gerar desconforto, não causa o mesmo abalo de antes.<sup>27</sup>

Na colisão de direitos fundamentais, a forma como devem ser interpretadas as disposições constitucionais para o caso concreto, levando-se em consideração a ponderação de princípios, viabiliza ao intérprete que haja flexibilidade decisória para o atendimento da complexidade das situações sociais que hoje demandam apreciação por parte do julgador. Isto, contudo, não significa reconhecimento de hipótese de discricionariedade judicial, na medida em que vinculado o intérprete a uma pretensão de correção à decisão e de coerência ao sistema jurídico. Situação suficientemente acolhida pelo discurso jurídico como método de interpretação para situações de complexidade no exame de conflitos de liberdades e igualdades. Nesse sentido é o ensinamento de Robert Alexy:

O princípio de direito fundamental afetado negativamente exige, enquanto mandamento de otimização, que não seja reconhecida nenhuma discricionariedade cognitiva. Se esse fosse o único fato relevante, um direito fundamental só poderia ser restringido em virtude de premissas empíricas cuja veracidade fosse certa. Se essa veracidade não puder ser comprovada, seria autorizado partir apenas das premissas empíricas que forem mais vantajosas ao direito fundamental, que são aquelas sobre cuja base a intervenção ou a não-garantia de proteção não tem como ser justificada.<sup>28</sup>

Quando se remete a decisão, portanto, exclusivamente à aplicação de um princípio da dignidade da pessoa humana, pouco se enfrenta da efetiva colisão de princípios, na medida em que necessário o enfrentamento da colisão de liberdades propriamente dita, o que só é possível ocorrer quando confrontadas as liberdades em análise a uma possibilidade de liberdade negativa em sentido contrário<sup>29</sup>. A liberdade negativa deve ser entendida como uma condição

<sup>27</sup> Idem, p. 40-41.

<sup>28</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 614.

<sup>29</sup> Nesse sentido, a doutrina de Alexy: “Uma das principais objeções contra a ideia de um direito geral de liberdade é aquela que afirma que um tal direito seria vazio de conteúdo, sem substância, e que não

necessária, mas não absoluta, se analisada sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana. Sob o aspecto de construção de um juízo deontológico, tem-se como dever-ser o que é correto, e não necessariamente o que é melhor. Sob este prisma, o fato de divulgar fatos pretéritos, desde que contextualizados, seja pelo caráter histórico, ou por força da ideia de informação, não enseja, de forma automática, um dever de indenizar. Todavia, quando essa divulgação é realizada contrariando a vontade expressa da pessoa ou de quem o represente, ou mesmo faça que fatos do passado remoto sejam trazidos novamente à cena, o dever de reparação pode ocorrer, conforme as condições fáticas e jurídicas analisadas para o caso<sup>30</sup>.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito ao esquecimento, mesmo com precedentes internacionais de mais de oitenta anos sobre o tema, ainda carece de regulamentação específica e, porque não dizer, de uma melhor compreensão do seu efetivo conteúdo. Os avanços tecnológicos e o modo fugaz como tudo “vira” notícia dá margem a uma ampla exploração sobre o assunto. Todavia, o aspecto onde se verifica a maior dificuldade quando os casos concretos são trazidos à baila é justamente o conflito entre o público e o privado e, conjuntamente, à liberdade de imprensa. Sob o aspecto daquilo que pertence “a todos” e o que cabe “apenas” ao indivíduo, existe a proteção à dignidade da pessoa humana como princípio basilar do direito constitucional pátrio.

---

haveria, por isso, nenhum parâmetro para se decidir sobre a admissibilidade de restrições à liberdade. Seria um “direito de liberdade sem suporte fático de liberdade”. Aquilo que o direito garantiria não decorreria de um “conteúdo de liberdade”, mas tão somente das “restrições (permitidas) às intervenções legais na liberdade”. Ao invés de liberdade de ação, seria possível falar apenas de uma liberdade contra intervenções. Assim, o direito geral de liberdade transformar-se-ia em um direito fundamental à constitucionalidade da totalidade da ação estatal” (Idem, p. 345).

<sup>30</sup> Como já referido anteriormente, “assim se vê exemplificativamente, em relação ao enunciado normativo proposto no art. 5º, inciso IV, da Constituição Federal, que dispõe sobre o direito de livre expressão do pensamento. Tomada qualitativamente como regra, a norma jurídica vale como comando universal, exigindo a sua adoção de forma absoluta, como uma determinação definitiva em relação ao seu cumprimento. A adesão requerida aos sujeitos de direito é a de obediência a uma determinação de respeito ao direito de livre expressão do pensamento. O mesmo enunciado, quando elevado ao nível dos princípios, permite apenas que se considere a existência *a priori* de sua observância estrita. É que, como princípio, exige um cumprimento na melhor medida possível, sem descartar a possibilidade de que seja submetido a um confronto, por meio de uma ponderação, a princípios opostos, como, por exemplo, o direito à preservação da intimidade e da vida privada” (CACHAPUZ, Maria Cláudia. *Intimidade e vida privada no novo Código Civil brasileiro: uma leitura orientada no discurso jurídico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006. p. 160).

Verificou-se, ao longo desse estudo, que a aplicação da mesma norma no “Caso Lebach II” teve resultado totalmente diferente, com interpretação do precedente de 1973 de forma desfavorável ao apelante, pois o entendimento que prevaleceu foi justamente da veracidade da notícia, o seu caráter informativo e o requerente ser pessoa pública. De igual modo, nos dois julgados brasileiros, em que pese tenham páginas idênticas de seus respectivos acórdãos, a interpretação dada quando presente o conflito entre as normas do Texto Constitucional e o direito de indenização pleiteado pelos autores em ambos os processos foi diametralmente diferente.

Sopesando os valores, o julgador realizou a interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais, bem como a aplicação dos princípios e as ponderações cabíveis na espécie. Porém, em suas razões de decidir, mesmo havendo manifestação expressa dos interessados em não verem novamente fatos trágicos envolvendo familiar tragicamente assassinada, na década de 50, o entendimento que prevaleceu foi de que não houve excesso por parte da empresa que veiculou o programa. Vale referenciar que, nos termos do Enunciado nº 531 do CJF, recentemente criado, em consonância com as disposições constitucionais e infraconstitucionais, percebe-se que as informações, as imagens e os dados relativos aos fatos, históricos ou não, para que sejam expostos, deverão observar regras, posto que a liberdade de informação não é absoluta.

Privacidade, honra e intimidade devem ser protegidas e, conforme as peculiaridades de cada caso, a exposição sem autorização ou contexto – seja histórico ou como dado de cultura e evolução da sociedade, por exemplo – enseja o direito à indenização pelos danos decorrentes dessa violação. Na solução de conflitos dessa natureza, em especial pelos diversos meios de divulgação de dados existentes na atualidade – Internet, redes sociais, mídia eletrônicas –, medidas normativas devem ser estabelecidas pelo próprio intérprete à luz de fontes mais amplas de aplicação e justificação do Direito, de forma a abarcarem situações complexas no campo dos direitos de personalidade como hoje identificadas em relação a um direito ao esquecimento.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009.

ARENDT, Hannah. *A vida do espírito: o pensar, o querer, o julgar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1993.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília/DF: Senado, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 29 jun. 2015.

\_\_\_\_\_. Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. VI Jornada de Direito Civil. Enunciado nº 531. A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Coordenador-Geral Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília, 12 de março de 2013. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br>>. Acesso em: 25 maio 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1.334.097/RJ, Recorrente: Globo Comunicações e Participações S/A, Recorrido: Jurandir Gomes de França, Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 10 de setembro de 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 20 maio 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1.335.153/RJ, 4ª Turma, Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, p. 48, 28 de maio de 2013. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1237428&num\\_registro=201100574280&data=20130910&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1237428&num_registro=201100574280&data=20130910&formato=PDF)>. Acesso em: 25 maio 2015.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. *Intimidade e vida privada no novo Código Civil brasileiro: uma leitura orientada no discurso jurídico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte de Apelação do Quarto Distrito do Estado da Califórnia, Apelação, Apelante: Gabrielle Darley Melvin, Apelada: Dorothy Davenport Reid, Relator John Bernard Marks, 28 de fevereiro de 1931. Disponível em: <<https://casetext.com/case/melvin-v-reid>>. Acesso em: 28 jun. 2015.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. A liberdade como autonomia de acesso à informação. In: GRECO, Marco Aurélio; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). *Direito e Internet: relações jurídicas na sociedade informatizada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GADAMER, Hans-Georg. Histórica y lenguaje: uma respuesta. In: KOSELLECK, Reinhart; GADAMER, Hans-Geor. *Historia y hermenêutica*. Barcelona. Ediciones Piados, 1997.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, v. 3, 2010.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença*. Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. Organização e introdução de Patrick Savidan; tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2004.



RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Não há tendências na proteção do direito ao esquecimento. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-25/direito-comparado-nao-tendencias-protECAo-direito-esquecimento#author>>. Acesso em: 28 jun. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988: uma análise na perspectiva da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel (Org.). *Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: JusPodivm, 2011.

SCHWAB, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Trad. Beatriz Hening et al. Montevideu: Konrad Adenauer – Stiftung, 2005.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2013-06/cp130077en.pdf>>. Acesso em: 29 jun. 2015.

UOL. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2014/05/1453527-tribunal-europeu-decide-a-favor-do-direito-de-ser-esquecido-no-google.shtml>>. Acesso em: 21 maio 2015.

VIRILIO, Paul. *A bomba informática*. São Paulo: Estação Liberdade, 1999.

Submissão em: 29.05.2016

Avaliado em: 10.06.2016 (Avaliador A)

Avaliado em: 09.06.2016 (Avaliador B)

Avaliado em: 18.06.2016 (Avaliador C)

Aceito em: 14.09.2016





# **SOCIOLOGICAL JURISPRUDENCE E REALISMO JURÍDICO - A FILOSOFIA JURÍDICA NORTE-AMERICANA NA PRIMEIRA METADE DO SÉCULO XX<sup>1</sup>**

**SOCIOLOGICAL JURISPRUDENCE AND LEGAL REALISM - NORTH-AMERICAN LEGAL PHILOSOPHY IN THE FIRST HALF OF THE TWENTIETH CENTURY**

**Eugênio Facchini Neto<sup>2</sup>**

Doutor em Direito Comparado (Florença/Itália)

**Ana Paula Martini Tremarin Wedy<sup>3</sup>**

Mestre em Direito na PUCRS

**ÁREA(S) DO DIREITO:** filosofia e história do direito.

**RESUMO:** O presente ensaio aborda a evolução da filosofia jurídica norte-americana na primeira metade do século XX, quando se abandona o formalismo jurídico, difunde-se a escola sociológica do direito e desemboca-se no movimento do realismo jurídico.

Analisa-se especialmente a contribuição da *sociological jurisprudence* para o realismo jurídico, com destaque para a influência de Oliver Wendell Holmes, Jr.

**PALAVRAS-CHAVE:** *sociological jurisprudence*; realismo jurídico; Holmes.

**ABSTRACT:** *The essay discusses the evolution of American legal philosophy in*

<sup>1</sup> O presente texto foi originariamente escrito pela coautora Ana Paula M. T. Wedy como atividade inerente ao seu Mestrado em Direito junto ao PPGD da Faculdade de Direito da PUCRS. Referido texto original, com 17 laudas, foi inicialmente reduzido pelo coautor Facchini para 15 laudas e posteriormente por ele aumentado, com suas próprias contribuições, até as 44 laudas de sua feição definitiva (no formato texto, pré-impressão). Assim, pode-se dizer que se trata de texto efetivamente escrito a quatro mãos.

<sup>2</sup> Mestre em Direito Civil (USP). Professor Titular dos Cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS. Professor e ex-diretor da Escola Superior da Magistratura/Ajuris. Desembargador do TJRS. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/6714748405905770>.

<sup>3</sup> Juíza Federal Substituta do TRF da 4ª Região. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/2940168453092379>.

*the first half of the 20th century, when it departs from the legal formalism, goes through the sociological jurisprudence of law and ends in the legal realism movement. It analyzes in particular the contribution of sociological jurisprudence to legal realism, with emphasis on the influence of Oliver Wendell Holmes, Jr.*

**KEYWORDS:** *sociological jurisprudence; legal realism; Holmes.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 A escola sociológica do direito; 2 Oliver Wendell Holmes, Jr. – Jurista; 3 Oliver Wendell Holmes, Jr. – Magistrado; 4 O realismo jurídico norte-americano; Considerações finais; Referências.

**SUMMARY:** *Introduction; 1 Sociological jurisprudence; 2 Oliver Wendell Holmes, Jr. – Jurist; 3 Oliver Wendell Holmes, Jr. – Magistrate; 4 The north american legal realism; Final considerations; References.*

## INTRODUÇÃO

O movimento do Realismo Jurídico<sup>4</sup> norte-americano sucedeu à *sociological jurisprudence*, sendo que ambas representaram um movimento acadêmico e forense em reação ao pensamento jurídico clássico, também conhecido por formalismo langdelliano<sup>5</sup>, predominante na

<sup>4</sup> A denominação Realismo Jurídico é comum ao movimento contemporâneo fundado na Escandinávia pelo filósofo sueco Axel Hägerström (1868-1939), e desenvolvido principalmente pelo jusfilósofo Karl Olivecrona (1897-1980), também sueco, e pelo jusfilósofo dinamarquês Alf Ross (1899-1979). Ambas as correntes procuram explicar o que o Direito realmente é e como funciona praticamente. Não se procura compreendê-lo a partir das lições doutrinárias e de princípios abstratos. Mas, afora esse ponto em comum, as duas escolas não possuem praticamente outros pontos de contato. A vertente escandinava procura destruir as influências distorcidas da metafísica sobre o pensamento legal, ao passo que o movimento norte-americano tem outras características, que serão abordadas no texto. Uma erudita e aprofundada análise do pensamento de Hägerström e de Ross encontra-se no livro *Contributi ao Realismo Giuridico* (org. por Enrico Pattaro, Milano: Giuffrè, 1982, p. 5 a 167 – sobre Hägerström; e 173 a 293 – sobre A. Ross).

<sup>5</sup> O pensamento jurídico clássico norte-americano ou formalismo langdelliano é associado a Christopher Columbus Langdell (1826-1906), diretor da Universidade de Harvard no período de 1870 a 1895. Apesar de ser criticado pela sua vinculação ao formalismo, a contribuição de Langdell ao estudo do direito, nos EUA, é inestimável. Até hoje, os cursos jurídicos daquele país seguem a metodologia (*case method*) e o currículo por ele introduzido. O método socrático por ele instituído é desde então utilizado em todas as faculdades de direito norte-americanas. Tanto o *case method* (em que o professor da disciplina seleciona a jurisprudência mais relevante e pertinente ao curso que ministrará, devendo esse material ser lido pelos alunos, antes das aulas) quanto o método socrático (por meio do qual o professor, em vez de ministrar aulas, tais como nós a concebemos, vai indagando os alunos a partir da prévia leitura do material fornecido, forçando-os a extraírem conclusões a partir de princípios por eles identificados nos casos analisados) foram por ele introduzidos na relevantíssima reforma dos estudos jurídicos da Harvard Law School, no período em que ele foi Diretor.

academia jurídica dos Estados Unidos, com reflexos nos posicionamentos jurisprudenciais, na segunda metade do século XIX até o início do século XX. O formalismo defendia a autonomia do Direito, que teria soluções predeterminadas para todos os casos possíveis, pregando a utilização de métodos objetivos, dentro de um sistema lógico fechado. Consoante a visão formalista, os princípios gerais do Direito deveriam ser extraídos de precedentes, dos quais sempre seria possível deduzir soluções para os casos futuros<sup>6</sup>.

Entre as tendências que sucederam ao formalismo, talvez uma importância maior deva ser dada ao Realismo Jurídico, por ter possibilitado uma visão interdisciplinar no estudo do Direito e uma aproximação do Direito com a realidade social. Com isso, abriu-se espaço para o fortalecimento de várias escolas do pensamento jurídico focadas em uma abordagem mais pragmática do Direito<sup>7</sup>. Essa visão multidisciplinar do Direito acolheu *insights* oriundos da sociologia, da economia e da psiquiatria, entre outros ramos da ciência, em nítida oposição ao formalismo.

Os maiores nomes do Realismo Jurídico norte-americano, Karl Llewellyn e Jerome Frank, reconhecem ter sofrido a influência de prévio movimento de pensamento norte-americano, a escola sociológica, que teve por nomes mais significativos o de Roscoe Pound e o de Oliver Wendell Holmes. Este, por

---

Eis como importantes autores referem seu legado ao ensino do Direito: “Langdell transformou a Faculdade de Direito de Harvard em inúmeras formas. Como condição de matrícula na Faculdade, ele exigiu dos interessados que ou apresentassem um título de bacharel (*baccalaureate*) em um prévio *College* (como ainda hoje se exige) ou que fossem aprovado num exame de seleção (exigências inexistentes até então); estendeu o curso de Direito de dois para três anos; criou tanto o método socrático como forma básica de ensino como seu auxiliar indispensável, o *casebook*; introduziu a necessidade de aprovação em exames finais nas diversas disciplinas; criou a *Harvard Law Review* (a primeira e mais importante Revista Jurídica norte-americana); empregou professores de tempo integral, no lugar de juristas práticos horistas, como era a regra até então; aumentou tanto o número como a qualidade dos estudantes, bem como o valor das anuidades; aumentou o tamanho da Faculdade; expandiu a biblioteca; e, mais importante, impregnou de forma permanente a ideologia de que o Direito era uma ciência” (HALL, Kermit L.; WIECEK, William M.; FINKELMAN, Paul. *American Legal History – Cases and Materials*. 2. ed. New York: Oxford University Press, 1996. p. 337).

<sup>6</sup> GRECHENIG, Kristoffel; GELTER, Martin. A divergência transatlântica no pensamento jurídico: o direito e economia norte-americano *vs.* o doutrinalismo alemão. Tradução de Gustavo Sampaio de Abreu Ribeiro. *Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE). Annual Papers*. Publication date: 26.04.2010. Disponível em: <<http://escholarship.org/uc/item/5rh8f1vf>>. Acesso em: 25 jan. 2016. p. 16-18.

<sup>7</sup> GICO JR., Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: TIM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

meio de seus livros *The Common Law*<sup>8</sup> e *The path of the Law*, bem como de suas decisões, mesmo que em grande parte vazadas em votos vencidos (não à toa foi cognominado de *The Great Dissenter*), proferidas enquanto *Associate Justice* da Suprema Corte norte-americana, no período de 1902 a 1932, influenciou grandemente o postulado básico do movimento Realista, principalmente por sua máxima “a vida do Direito não tem sido lógica: mas experiência” (“*The life of the law has not been logic; it has been experience*”).

Neste ensaio, pretendemos analisar a superação do pensamento formalista e as influências da escola sociológica sobre a escola realista, com destaque para o pensamento e legado de Holmes.

## 1 A ESCOLA SOCIOLÓGICA DO DIREITO

A Escola norte-americana da *sociological jurisprudence* tem suas raízes na filosofia do também norte-americano William James, conhecida como pragmatismo<sup>9</sup>. Em seus escritos sobre o pragmatismo, W. James afirmava que uma das distinções mais importantes na filosofia era a existente entre racionalismo e empirismo. O racionalista seria um “devoto de princípios abstratos e eternos”; já o empirista seria um “amante dos fatos em toda a sua

---

<sup>8</sup> Para salientar a importância desse livro, cito o seguinte trecho: “*His Common Law was the first American work to have examined legal institutions and conceptions exclusively with a view to their historical development. For the first time, an American Jurist viewed the law as anthropologists might view it – as an organic part of the culture within which it grew up*”. “*This was the book that was to change both Holmes’s life and the course of American law*”. Nesses termos: SCHWARTZ, Bernard. “Main Currents in American Thought”, trecho inserido na obra *The Spirit of American Law*, editada por George Grossman, capítulo denominado “Justice Oliver Wendell Holmes Jr” (Boulder/Colorado: Westview, 2000, p. 187).

<sup>9</sup> A origem mais remota do pragmatismo filosófico é associada aos artigos de Charles Sanders Peirce de 1878: “The Fixation of Belief” e “How to Make Our Ideas Clear”. O artigo “Philosophical Conceptions and Practical Results”, publicado em 1898 por William James, engrandeceu o movimento. A Escola do Pensamento pragmatista, capitaneada também por John Dewey, foi fundamental para o pragmatismo tornar-se a principal tendência da filosofia norte-americana. No entanto, apenas no final do século XX, o movimento do pragmatismo ultrapassou a filosofia para abranger as ciências sociais (sociologia e ciência política), o direito e a literatura. Os elementos constitutivos do pragmatismo filosófico são: antifundacionalismo (no sentido de ser apenas um método de pensamento, sem dogmas, sem doutrina), consequencialismo (método empírico e experimentalista: as consequências práticas como critério de escolha das diferentes possíveis interpretações) e contextualismo (experiência humana, crenças, valores, tradições são fundamentais para o resultado das investigações científicas e filosóficas). Sobre esses aspectos, v. POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo: teoria social e política*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005. p. 10-14.

crua variedade”. O racionalista crê na eternidade da razão; o empirista, na variedade da experiência<sup>10</sup>.

Na verdade, pode-se remontar as influências sobre a escola sociológica norte-americana até o utilitarismo de Bentham e Stuart Mill. Arthur Kaufmann<sup>11</sup>, por exemplo, refere a influência do utilitarismo em Holmes e Pound, esclarecendo que “o *pragmatismo* de Charles S. Peirce (1839-1914) só dificilmente poderá ainda ser descrito como utilitarismo”.

Na verdade, o contraste entre racionalismo e empirismo foi o campo de batalha da filosofia jurídica norte-americana nas primeiras décadas do século XX. O século anterior foi dominado pelo pensamento racionalista e idealista. A filosofia do direito natural dominava o pensamento dos juristas. Considerava-se a *Common Law* como um sistema racional, encarnação da razão transcendental, que continha em si todos os elementos necessários para a decisão de qualquer caso particular.

No campo estritamente jurídico, coube à Escola Sociológica do Direito, que incorporou a filosofia do pragmatismo, capitanear o ataque ao pensamento formalista até então dominante, que nos Estados Unidos atende, por vezes, pelo nome de *analytical jurisprudence* ou *legal positivism*.

Não há consenso sobre o que realmente se entende por formalismo jurídico nos Estados Unidos. Em interessante ensaio sobre o tema, Martin Stone referiu nada menos do que sete ideias sobre o que caracterizaria um ‘formalista’, indicando os autores que as adotam. Segundo essas variações, um formalista seria alguém que:

*1) defends the equal right of all persons to own property and to exchange their property and labour with others through contract (Ernest Weinrib); 2) seeks to gain theoretical information and/or practical guidance concerning law through attention to its “form” as opposed to its (historically and geographically variable) content, and hence without regard for the detailed findings of history, sociology, anthropology,*

<sup>10</sup> JAMES, William. Pragmatism (1907) apud BODENHEIMER, Edgar. *Teoria del Derecho*. Trad. Vicente Herrero. 2. ed. México: FCE, 1994. p. 348/349.

<sup>11</sup> KAUFMANN, Arthur. “A problemática da filosofia do direito ao longo da história”. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Trad. Marcos Keel e Manuel S. de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 90.

*and so on (Judith Shklar); 3) fails to decide legal cases in light of social policy; or adheres to a legal rule without regard to its background reasons, or denies that courts should have the power to make exceptions to rules in light of the purposes they serve (H. Hart, Larry Alexander, F. Schauer, R. Unger, R. Summers); 4) maintains that there are cases in which the application of a legal rule is clear without interpretation, or asserts that the law affords a basis for resolving some cases without appeal to “policy” or “morality” (Stanley Fish, R. Unger, H. Hart, Mark Tushnet, D. Kennedy, G. Peller, Thomas Grey); 5) believes that all cases are legally regulated (that the law is complete and univocal), or that a judge need never go outside the law and exercise a law-creating power in order to make a decision (H. Hart, Grey, M. Horowitz, B. Leiter, D. Lyons, R. Summers); 6) asserts that legal validity is content-independent, or that the law can be identified on the basis of distinct sources, without recourse to moral or political argument (A. Sebok, Shklar); 7) denies that the law, or some region of it, is to be understood as an instrument of social policy (E. Weinrib, O. W. Holmes).<sup>12</sup>*

Um dos juristas mais atacados tanto pela Escola Sociológica quanto pelos realistas, por encarnar como ninguém a visão clássica de Direito, foi Christopher Columbus Langdell. Langdell era um positivista. Estava convencido de que os juristas deveriam utilizar-se dos mesmos métodos usados pelas ciências da natureza para o estudo de sua ciência. Ele achava que as bibliotecas e as coleções de jurisprudência constituíam o “laboratório dos juristas”. Por meio do estudo dos casos jurisprudenciais, o jurista poderia extrair os princípios gerais e as ideias básicas da *common law*. Como o número de casos jurisprudenciais já era grande, naquela época, ele defendia que ao professor competia fazer a seleção daqueles casos que realmente importavam, separando-os daqueles irrelevantes.

---

<sup>12</sup> STONE, Martin. “Formalism”. In: COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott (Ed.). *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*. New York: Oxford University Press, 2002. p. 170-171.

A reunião daqueles se dava por meio do *case-book*. Ele mesmo elaborou um importante *case-book* em matéria de contratos<sup>13</sup>.

O porta-voz mais destacado da reação ao pensamento formalista foi Roscoe Pound<sup>14</sup>. Pound segue William James na atitude de “deixar de lado as coisas primeiras, os princípios, categorias” e “examinar as coisas últimas, frutos, consciências, fatos”. Nega ele a existência de princípios jurídicos eternos e imutáveis. O Direito, segundo afirma, é fluido e muda quando mudam as condições sociais que lhe dão vida. A verdade de seus princípios é relativa, não absoluta. A ciência do Direito nada mais é do que uma espécie de “engenharia social” (*social engineering*), ou seja, um instrumento para a melhoria da ordem social e econômica por meio de um esforço consciente e inteligente. É um instrumento da civilização.

Pound admite que outras instituições, como a família, igreja, escola, associações profissionais, organizações sociais, etc., também desempenham um papel no processo de “engenharia social”, mas afirma que “*the brunt of the task falls on the legal order*” (o peso principal da tarefa recai sobre a ordem jurídica), com seu aparato político da regulação e coerção<sup>15</sup>.

A correta compreensão de sua visão de *social engineering*, porém, pressupõe uma prévia classificação do “fator normativo” e de uma prévia classificação dos “interesses”. Pound dedicou-se longamente, e em mais de uma oportunidade, a esses temas<sup>16</sup>. Segundo Pound, o *fator normativo* seria constituído por (1º) *rules* (regras), ou seja, proposições que ligam precisas consequências

<sup>13</sup> Uma síntese de sua contribuição para o direito norte-americano nos é dada por GALLO, Paolo. *Grandi Sistemi Giuridici*. Torino: Giappichelli, 1997. p. 302/304.

<sup>14</sup> Roscoe Pound (1870-1964) foi um dos maiores juristas norte-americanos de todos os tempos. De 1916 a 1936, foi Diretor da Faculdade de Direito de Harvard. Sua concepção mais conhecida é a do Direito como espécie de *social engineering* (engenharia social). Sua vinculação com o pragmatismo fica nítida por meio de algumas de suas máximas, como aquela segundo a qual *Law is experience developed by reason and applied continually to further experience* (Direito é experiência desenvolvida pela razão e aplicada continuamente a ulteriores experiências), ou esta outra: *Law must be stable, but it must not stand still* (O direito deve ser estável, mas não pode permanecer imóvel).

<sup>15</sup> POUND, Roscoe. “*A Theory of Social Interests*” (1921), citado por KELLY, J. M. *A Short History of Western Legal Theory*. New York: Oxford University Press, 1996. p. 364.

<sup>16</sup> A classificação comparece, inicialmente, no livro de Pound intitulado “*An Introduction to the Philosophy of Law*” (New Haven, 1922, p. 115-120), sendo posteriormente reelaborada no ensaio “*Hierarchy of Sources and Forms in Different Systems of Law*”, publicado na *Tulane Law Review*, v. VII, 1933, p. 475 e ss., especialmente entre as páginas 482-486.



jurídicas a precisas situações de fato; (2º) *principles* (princípios), que são privilegiados pontos de partida para o raciocínio jurídico, invocáveis quando os conflitos de interesse não são ou não são claramente resolvidos pelas regras; (3º) *conceptions* (conceitos), são categorias legalmente autorizadas, nas quais podem ser subsumidos os casos ou situações em debate, extraíndo-se as consequências jurídicas pertinentes; (4º) *doctrines* (doutrinas), que são agrupamentos de regras, princípios e conceitos vinculados a situações subjetivas específicas, ou a determinados aspectos da organização social, articulados em vista de uma função argumentativa; (5º) *standards*, ou protótipos de conduta, prescritos a partir de uma fonte de conhecimento situada fora da norma.

Já os interesses se dividiriam, na visão de Pound, em individuais, públicos e sociais, que ele especifica especialmente no livro *Outlines of Lectures in Jurisprudence*. Segundo ele, os interesses emergem historicamente e são historicamente mutáveis e relativos. Historicamente mutável é também a qualificação cultural dos interesses como sendo individuais, públicos ou sociais, sendo que também esses interesses, de tanto em tanto, apresentam-se, no campo normativo, sob a forma de regras, ou princípios, ou como conceitos, doutrinas ou *standards*<sup>17</sup>.

Essa visão, segundo a qual o Direito não consistiria na dedução lógica das soluções a partir de princípios apresentados *a priori*, sendo necessário procurar os resultados socialmente úteis, “equilibrando” os interesses em presença (*balancing of interests*), chegou a ser equiparada, por Batiffol<sup>18</sup>, à *Interessen jurisprudenzen* dos alemães<sup>19</sup>.

Uma das grandes contribuições de Pound ao pensamento jurídico, influenciando grandemente o posterior movimento do Realismo Jurídico, foi sua distinção entre “Law in Books and Law in Action” (denominação de um célebre artigo publicado em 1910, na revista *American Law Review*, v. 44), em que afirma que “podemos estar certos de que a *law in the books* frequentemente tende

<sup>17</sup> Uma excelente síntese do pensamento de Pound é fornecida por TARELLO, Giovanni. *Cultura giuridica e política del diritto*. Bologna: Il Molino, 1988. p. 387/390, especialmente as p. 388/389.

<sup>18</sup> BATIFFOL, Henri. *A filosofia do direito*. Lisboa: Editorial Notícias, s/d. p. 46.

<sup>19</sup> Essa aproximação entre as duas tradições jurídico-filosóficas também é feita por Roberto Lyra Filho: “Pound é, talvez, a figura mais influente e complexa de todo o sociologismo americano e um dos autores mais divulgados entre nós, como na Europa. Ele desenvolve uma construção aparentada à ‘jurisprudência dos interesses’ e ao teleologismo de Ihering” (*A filosofia jurídica nos Estados Unidos da América: Revisão Crítica*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1977. p. 57).

a ser muito diferente da *law in action*” (*we may be sure that law in the books will often tend to be very different from the law in action*)<sup>20</sup>.

Em 1931, Roscoe Pound publica um breve artigo denominado “The Call for a Realist Jurisprudence”<sup>21</sup>, no qual procura traçar as características principais do movimento do Realismo Jurídico então nascente. Esse artigo provocou alentada resposta de Karl N. Llewellyn, que publicou, no mesmo ano, um artigo denominado “Some Realism About Realism – Responding to Dean Pound”<sup>22</sup>. Esses dois artigos são considerados essenciais para a compreensão do pensamento jurídico norte-americano naquele período histórico.

Outro grande nome da *american sociological jurisprudence* foi Benjamin Nathan Cardozo<sup>23</sup> (1870-1938), igualmente um dos maiores juristas norte-

<sup>20</sup> Entre os inúmeros exemplos que ele cita em seu artigo, para demonstrar essa discrepância entre a “realidade dos livros” e a vida real, o primeiro consiste no dogma afirmado em todos os livros, no sentido de que todas as dúvidas devem ser resolvidas em favor da constitucionalidade de uma lei (*all doubts are to be resolved in favor of the constitutionality of a statute*) – e que os tribunais não reconhecerão que uma lei está em conflito com a constituição salvo na presença de evidências claras e indubitáveis. Todavia, disse ele, a prática jurisdicional se afasta de tal teoria, afirmando que “*the courts in practice tend to overturn all legislation which they deem unwise*” (os tribunais, na prática, tendem a derrubar toda legislação que eles repute insensata). E na sequência, cita texto do Prof. Dodd: “*The courts have now definitely invaded the field of public policy and are quick to declare unconstitutional almost any law of which they disapprove, particularly in the fields of social and industrial legislation*”. O texto foi lido na coletânea organizada por FISHER III, William W.; HORWITZ, Morton J.; REED, Thomas A. (Ed.). *American Legal Realism*. New York: Oxford University Press, 1993. p. 39 e ss.

<sup>21</sup> Na *Harvard Law Review*, v. 44 (1931), p. 697-711. Esse artigo foi também incluído na coletânea anteriormente referida: FISHER III, William W.; HORWITZ, Morton J.; REED, Thomas A. (Ed.). *Op. cit.*, p. 59 e ss., em que foi acessada.

<sup>22</sup> Publicado na *Harvard Law Review*, v. 44 (1931), p. 1222 e ss., igualmente reproduzida na coletânea anteriormente citada, p. 68 e ss.

<sup>23</sup> Benjamin Nathan Cardozo (1870-1938), oriundo de uma família judia, tornou-se membro da justiça estadual de Nova Iorque em 1914, quando passou a integrar a New York Court of Appeals (equivalente, grosso modo, aos nossos Tribunais de Justiça, embora com composição substancialmente menor), a qual passou a presidir a partir de 1926 até sua nomeação para o cargo de *Justice* da Suprema Corte em 1932, em que permaneceu até alguns meses antes de falecer em 1938.

Enquanto integrava a justiça de Nova Iorque, tornou-se o mais destacado juiz da *common law*, tendo dado duradouras contribuições para o desenvolvimento do direito privado norte-americano. Na área da responsabilidade civil (*tort law*), expandiu o espectro das pessoas civilmente responsáveis, por meio de decisões memoráveis, como *MacPherson v. Buick* (1916), que constitui a base sobre a qual desenvolveu-se posteriormente a responsabilidade dos produtores. Em outra decisão (*Ultramares Corporation v. Touche*), em 1931, contribuiu para aumentar a proteção de terceiros não contratantes. Na área contratual, desenvolveu doutrinas visando à introdução da ideia de lealdade contratual (*fairness*) nas relações negociais. O contrato, dizia ele, não pode ser encarado como gerador de comportamento puramente competitivo (*purely competitive behavior*) entre as partes, mas sim deve pressupor a

-americanos de todos os tempos. Cardozo afirmava que a sentença não representa apenas um processo de revelação do Direito, mas também – em grau considerável – um processo de criação. O juiz interpreta a consciência social e a concretiza em suas decisões, mas, ao assim fazer, também contribui para formar e modificar a consciência que interpreta. Concordava com os postulados essenciais da escola sociológica e do pragmatismo filosófico ao qual se vinculava, no sentido de ver no Direito uma ciência que possuía relação íntima com os fatos e realidades da vida social, bem como o fato de o Direito ser um produto das forças sociais e não uma mera decorrência do poder formal do soberano<sup>24</sup>.

Tal como Pound, Cardozo admite que princípios podem colidir entre si. Quando isso acontece, os juízes são forçados a escolher qual deles aplicar. Todavia, diferentemente de Pound, Cardozo não se limita a essa constatação. Ele insiste ser necessário compreender como os juízes fazem essa escolha, ou seja, por que os juízes dão mais valor a um princípio do que a outro que com aquele colida no caso concreto. Para ilustrar como isso ocorre, Cardozo recorre

---

existência de um comportamento reciprocamente cooperativo (*mutually cooperative behavior*) entre as partes. Possuía uma visão aberta do fenômeno jurídico, defendendo que o direito devia ser entendido pelos seus fins e pela sua função, e não como algo puramente conceitual ou formal.

Quando Oliver Wendell Holmes aposentou-se, gerou-se um sentimento unânime e generalizado entre todos os operadores jurídicos e a imprensa no sentido de que a vaga daquele outro gigante da magistratura norte-americana deveria ser ocupada por Cardozo. O Presidente Herbert Hoover não teve outra escolha senão nomeá-lo.

Segundo avaliação de Bernard Schwartz, depois de Holmes, Cardozo foi o segundo mais importante e proeminente magistrado americano da primeira metade do século XX. “O que foi Holmes para o direito público, foi Cardozo para o direito privado” (SCHWARTZ, Bernard. *Algunos artifices del derecho norteamericano*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1989. p. 147 – a obra original, *Some Makers of American Law*, foi escrita em 1985).

De acordo com outro grande jurista norte-americano, Grant Gilmore, os livros *The Common Law*, de O. W. Holmes, e *The Nature of the Judicial Process*, de Benjamin N. Cardozo, “são os dois livros mais célebres na história da doutrina jurídica americana” (GILMORE, Grant. *Le grandi epoche del diritto americano*. Trad. ital. de Ilaria Mattei. Milano: Giuffrè, 1991. p. 73).

Costuma-se dizer, porém, que as maiores contribuições de Cardozo para o direito norte-americano ocorreram quando ele pontificou na Corte de Apelações de Nova Iorque. Discorrendo sobre a importância de um de seus julgamentos, Ronald Dworkin refere que “*A judge reasoning from the inside-out will rarely find either the time or the need to undertake long, laborious research or argument. Sometimes, however, he will. Benjamin Cardozo felt that necessary in MacPherson v. Buick Motor Co., and he changed the character of our law*”. Tal necessidade de uma argumentação mais extensa e profunda foi por ele sentida porque ele buscou arrimo em um “*principle that had not been recognized in the past*” (DWORKIN, Ronald. *Justice in Robes*. Cambridge/Mass.: Belknap Press of Harvard University Press, 2006. p. 55 e 63).

<sup>24</sup> Uma ótima síntese da escola sociológica, com análise do pensamento de Pound, Holmes e Cardozo, encontra-se em BODENHEIMER, Edgar. *Teoria del Derecho*. Trad. Vicente Herrero. 2. ed. Mexico: FCE, 1994. p. 348 a 360, de onde extraímos várias ideias e as informações expostas no texto.

a um caso que fora julgado pela Corte de Apelações de Nova Iorque em 1889 – o caso *Riggs v. Palmer*. O caso envolvia a discussão sobre se poderia um neto continuar sendo herdeiro testamentário de seu avô, apesar de tê-lo assassinado para ficar com a herança. Não havia qualquer norma legal que o afastasse da herança ou que rompesse o testamento em razão do assassinato. Havia alguns princípios colidentes a respeito. Um deles sustentava a plena validade e eficácia de um testamento feito de acordo com as normas vigentes. Outro princípio da *common law* sustentava que uma corte civil não poderia acrescentar outros efeitos às penas impostas na esfera criminal. Todavia, os julgadores optaram por retirar a eficácia ao testamento, invocando o princípio segundo o qual ninguém pode se locupletar da própria torpeza. Cardozo se pergunta por que os juízes optaram por esse princípio, em detrimento dos outros que com ele colidiam, respondendo que foi porque o princípio aplicado *led to justice* (conduzia à justiça). Esse princípio, segundo o qual era mais importante evitar que um criminoso tirasse vantagem de seu ato do que garantir o direito à propriedade, atendia mais profundamente ao interesse social<sup>25</sup>.

No livro *The Nature of the Judicial Process*, que reúne a série de conferências que Cardozo proferiu em 1920, junto à Yale Law School, ele se dedica a analisar o problema do procedimento que um juiz deve seguir ao decidir um caso. Ele refere que somente ocasionalmente o processo decisional comporta um ato criativo por parte do juiz; neste caso, deve o juiz considerar o que ele chamava “método” da filosofia, da história, da tradição e da sociologia. Com a expressão “método da sociologia”, ele queria dizer que, em uma situação em que o juiz não encontra arrimo em qualquer base jurídica, deve ele levar em consideração os efeitos socioeconômicos de sua decisão (*insight* aceito também pelo movimento realista e, posteriormente, pela *economic analysis of law*). Na sua última conferência, relatando o que definiu como “angústia judicial”, a partir de sua experiência como magistrado, ele assim se exprimiu:

Durante os meus primeiros anos de magistratura, o meu espírito esteve profundamente desconcertado diante à insuperabilidade do oceano em que me aventurei. Eu procurava a certeza: fui oprimido e desencorajado quando me dei conta que a minha procura era fútil. [...]

<sup>25</sup> Essa análise foi extraída de DUXBURY, Neil. *Patterns of American Jurisprudence*. New York: Oxford University Press, 1997. p. 217-218.

Com o passar dos anos, refleti cada vez mais sobre a natureza do processo judicial e me reconciliei com a incerteza, porque me resignei a vê-la como inevitável. Percebi que o processo não é descoberta, mas criação; e que as dúvidas e as apreensões, as esperanças e os temores fazem parte do trabalho da mente.<sup>26</sup>

Para Cardozo, a tarefa do juiz consistia em adaptar a experiência do passado de modo que servisse melhor aos interesses do presente. Cardozo sustentava que, enquanto os juízes se limitam a ser meros porta-vozes da legislação, atuando o que ela determina, a sua atividade, no essencial, é de se considerar meramente administrativa – e não judicial. Esta, propriamente, só cobra existência quando intervém a dúvida, a mesma dúvida em razão da qual puderam criar o direito, o pretor, em Roma, e o chanceler, na Inglaterra<sup>27</sup>.

Na Suprema Corte, Cardozo também foi um grande defensor da liberdade de pensamento como condição fundamental para o exercício de todas as demais liberdades. No importante caso *Palko v. Connecticut* (1937), ele afirmou que “*freedom of speech was the matrix, the indispensable condition, of nearly every other form of freedom*”<sup>28</sup>.

Referiremos, agora, alguns trechos de sua obra doutrinária, em que expõe uma visão do mundo jurídico e forense à qual permanecerá fiel durante sua vida, e que revelam o quanto tal filosofia influenciou o realismo jurídico [depois de distinguir as motivações conscientes daquelas por ele denominadas de subconscientes, diz ele que]:

“Maissutissãoasforçascolocadastãoabaixodasuperfície que não podem, razoavelmente, ser classificadas senão como subconscientes. Muitas vezes, é através delas que os juízes se mantêm coerentes consigo próprios e incoerentes em relação aos outros. Recordamos William James [...], que cada um de nós tem, na verdade, uma

---

<sup>26</sup> CARDOZO, Benjamin Nathan. *The Nature of the Judicial Process* (1921), apud GILMORE, Grant. Op. cit., p. 74.

<sup>27</sup> CARDOZO, Benjamin N. *Selected Writings*, p. 257, apud BRUTAU, José Puig. *A jurisprudência como fonte do direito*. Porto Alegre: Coleção Ajuris, 1977. p. 75.

<sup>28</sup> Citado por FRIEDMAN, Lawrence M. *American Law - An Introduction*. 2. ed. New York: Norton, 1998. p. 223.

filosofia básica de vida [...]. Há, em cada um de nós, uma torrente de tendências [...] que dá coerência e direção ao pensamento e à ação. Os juízes não podem escapar a essa corrente mais do que outros mortais. Durante suas vidas, forças que não reconhecem e não podem nomear os estiveram impulsionando continuamente – instintos herdados, crenças tradicionais, convicções adquiridas; e a resultante é uma visão da vida, uma concepção das necessidades sociais, um sentido – [...] que pode determinar [...] onde deverá recair a escolha”. [...] “Podemos tentar ver as coisas tão objetivamente quanto desejamos. Não obstante, nunca podemos vê-las com outros olhos exceto os nossos próprios”<sup>29</sup>.

“Atrás dos precedentes estão as concepções judiciárias básicas, os postulados do raciocínio judicial, e ainda mais atrás os hábitos de vida, as instituições sociais que originaram essas concepções”<sup>30</sup>.

“Nada é estável. Nada absoluto. Tudo é fluído e passível de modificação. Há um interminável ‘vir a ser’”. E mais adiante: “a interpretação de uma lei de maneira alguma deve permanecer para sempre a mesma. Falar de uma interpretação exclusivamente correta, que seria o verdadeiro sentido da lei, desde o início até o fim de seus dias, é inteiramente errôneo”<sup>31</sup>.

“A causa final do direito é o bem-estar da sociedade. A regra de direito que falha a esta finalidade não pode justificar permanentemente sua existência. Considerações éticas não podem mais ser excluídas da administração da justiça, que é o fim e o propósito de todas as leis civis”<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> CARDOZO, Benjamin Nathan. *A natureza do processo e a evolução do direito*. Trad. e notas de Leda Boechat Rodrigues. 3. ed. Coleção Ajuris/9. Porto Alegre: AGE, 1978. p. 53.

<sup>30</sup> Idem, p. 57.

<sup>31</sup> Idem, p. 62 e 100.

<sup>32</sup> Idem, p. 89.

“Não é mais nos textos ou em sistemas derivados da razão que devemos procurar a fonte do direito: é na utilidade social, na necessidade de que certas conseqüências estejam ligadas a determinadas hipóteses. [...] Quando se trata de fixar o sentido dessas regras, onde deveremos pesquisar? Manifestamente, na sua fonte; o que vale dizer, nas exigências da vida social”<sup>33</sup>.

“O juiz, mesmo quando livre, não o é totalmente. Ele não pode inovar a seu bel-prazer. Não é um cavaleiro-errante, vagando à vontade em busca de seu próprio ideal de beleza ou de bondade. Deve extrair sua inspiração de princípios consagrados. Não deve ceder ao sentimento espasmódico, à benevolência indefinida e desgovernada. Deve exercer uma discricção informada pela tradição, disciplinada pelo sistema e subordinada ‘à necessidade primordial de ordem na vida social’ (Gény)”<sup>34</sup>.

“Muitas vezes perturbei-me, nos meus primeiros anos de exercício da magistratura, ao descobrir quão pouco navegado era o oceano sobre o qual eu embarcara. [...] À medida que os anos passaram, refleti mais e mais sobre a natureza da função judicial e reconciliei-me com a incerteza, porque, amadurecido, vi-a como inevitável. Amadurecido, vi que o processo em seu apogeu não é descobrimento, mas criação; as dúvidas e suspeitas, as esperanças e temores constituem parte do trabalho do espírito, das ânsias da morte e do nascer, nas quais os princípios que serviram a seus dias expiram e novos princípios nascem. Já valei das forças de que os juízes confessadamente se valem para dar forma e conteúdo a seus julgamentos. Raramente são de todo conscientes.

---

<sup>33</sup> Idem, p. 124.

<sup>34</sup> Idem, p. 134/135.



[...] Profundamente abaixo da consciência estão outras forças, as simpatias e antipatias, as predileções e prevenções, o complexo de institutos, emoções, hábitos e convicções que fazem o homem, seja ele litigante ou juiz”<sup>35</sup>.

“O espírito da época [...] é, muito frequentemente, apenas o espírito do grupo em que os acidentes do nascimento, da educação, da profissão ou da companhia nos colocaram. Nenhum esforço ou revolução do espírito removerá totalmente e para sempre o império dessas fidelidades subscientes. ‘As nossas crenças e opiniões’, diz James Harvey Robinson, ‘assim como os nossos padrões de procedimento, vêm-nos insensivelmente como produto da nossa convivência com outros homens, não como resultado da nossa experiência pessoal e das inferências que nós próprios tiramos, individualmente, das nossas próprias observações. Somos constantemente mal induzidos pela nossa extraordinária faculdade de racionalização – isto é, de imaginar argumentos plausíveis para aceitar aquilo que nos é imposto pelas tradições do grupo a que pertencemos. Somos abjetamente crédulos por natureza e aceitamos instintivamente as sentenças do grupo. [...] estamos sempre de novo ouvindo a vozinha tranquila do rebanho e prontos a defender e justificar suas instruções e conselhos, aceitando-os como maduros resultados do nosso próprio raciocínio”<sup>36</sup>.

“[...] quando tivermos atingido a certeza, devemos lembrar-nos que ela não é o único bem; podemos comprá-la por preço excessivamente alto, pois há tanto perito na aquiescência perpétua quanto no movimento

---

<sup>35</sup> Idem, p. 151/152.

<sup>36</sup> Idem, p. 156.



perpétuo: a harmonia deve ser encontrada num princípio de evolução”<sup>37</sup>.

“Onde há decisões em conflito só poderá haver escolha inteligente se estivermos informados sobre qual destas decisões na prática provou ser mais eficiente e mais útil. Alguns dos erros dos tribunais têm sua origem no conhecimento imperfeito das consequências econômicas e sociais da decisão, ou das necessidades econômicas e sociais a que ela deverá responder”<sup>38</sup>.

Como vimos, a jurisprudência sociológica nega que o Direito possa ser compreendido sem considerar os fatos e as realidades da vida social humana. Um juiz que deseja cumprir satisfatoriamente sua missão tem que ter um conhecimento íntimo dos fatores sociais e econômicos que modelam o Direito e influem sobre o mesmo. E é aqui que entra em cena a figura central de Oliver Wendell Holmes Jr. (1841-1936), que já na primeira página de seu clássico *The Common Law* (publicado em 1881) afirma que:

A vida do Direito não tem sido a lógica, mas sim a experiência. As necessidades sentidas da época, as teorias políticas e morais predominantes, as intuições sobre o interesse público – confessadas ou inconscientes –, inclusive os preconceitos que os juízes compartilham com seus concidadãos, têm tido muito mais influência que o silogismo na determinação das normas pelas quais os homens devem ser governados.<sup>39</sup>

Sobre sua notável contribuição para o direito norte-americano – tanto doutrinariamente quanto jurisprudencialmente –, discorreremos na sequência.

---

<sup>37</sup> Idem, p. 175.

<sup>38</sup> Idem, p. 237.

<sup>39</sup> HOLMES JR., Oliver Wendell. *The Common Law*. New York: Dover Publications Inc., 1991. O texto citado, traduzido livremente, está na página 1 do seu livro, já a partir de sua quinta linha.

## 2 OLIVER WENDELL HOLMES, JR.<sup>40</sup> – JURISTA

Nascido em 1841 e criado em Boston, as credenciais de seu pai, Oliver Wendell Holmes<sup>41</sup>, professor de medicina na Universidade Harvard e um dos

<sup>40</sup> Holmes foi o mais idoso *Justice* a ocupar a Suprema Corte (na qual assumiu suas funções em 1902, aos 61 anos de idade). Aposentou-se em 1932, aos 90 anos, ainda perfeitamente lúcido, havendo consenso no sentido de ter sido ele um dos mais brilhantes magistrados norte-americanos de todos os tempos. Para os padrões norte-americanos, sua produção de votos ao longo de seus trinta anos de judicatura junto à Suprema Corte é impressionante – e até hoje restou imbatido: foram 873 *opinions* proferidas em três décadas (segundo informação colhida em HALL, Kermit L.; PATRICK, John J. *The Pursuit of Justice – Supreme Court Decisions that Shaped America*. New York: Oxford University Press, 2006. p. 84). Do ponto de vista quantitativo, porém, esse número é muitíssimo inferior à quantidade de acórdãos redigido por qualquer magistrado brasileiro de segunda ou terceira instância em um único ano! Se essa diferença numérica impressiona, impressiona ainda mais, porém, o fato de que, do ponto de vista qualitativo, tais votos até hoje são festejados, celebrados e muitos deles continuam regendo importantes setores da sociedade americana, coisa que raramente se poderá dizer de qualquer acórdão proferido em terra brasilis há cem anos atrás.

Na introdução à reimpressão, em 1991, de sua grande obra doutrinária, *The Common Law*, escrita originariamente em 1881, o Professor Sheldon M. Novick assim se referiu à obra de Holmes: “O livro *The Common Law*, de Oliver Wendell Holmes, tem sido identificado como a maior obra jurídica da doutrina americana e uma das maiores peças intelectuais da América do século XIX. *The Common Law* teve um considerável impacto no direito contratual e da responsabilidade civil, tanto nos Estados Unidos quanto na Grã-Bretanha; mais amplamente, *The Common Law* foi uma das pedras fundamentais, talvez a mais importante, das escolas ‘sociológica’ e ‘realista’ de pensamento jurídico, que dominaram a doutrina e a academia norte-americana no século vinte; e Holmes conseqüentemente foi considerado o líder da sua geração na ‘revolta contra o formalismo’” (p. III). (HOLMES JR., Oliver Wendell *The Common Law...*, 1991 [1881], p. 3.

Sua outra obra doutrinária famosa, *The Path of the Law*, originou-se de uma conferência que ele fez em 1897, na Boston University School of Law, por ocasião da inauguração de uma nova ala. Nessa obra, Holmes mostra um pensamento mais conservador, afirmando que “*Law was not a question of morality or ethics, but a system of codified behavior. The function of law was to establish rules. [...] Judges are far less free than legislators to determine what the law should be. [...] Judges may only enforce the law that is*”. Um boa apreciação dessa obra, suas origens, seu impacto e sua crítica encontra-se em COHEN, Jeremy. *Congress Shall make no law – Oliver Wendell Holmes, the First Amendment, and Judicial Decision Making*. Ames: Iowa State University Press, 1989. p. 61 a 68. O historiador de direito Lawrence Friedman, depois de criticar amargamente o estilo de redação das *opinions* dos juízes norte-americanos, inclusive os da Suprema Corte, por serem demasiadamente longas, empoladas e sem estilo, refere que “talvez a mais proeminente exceção e talvez o mais famoso de todos os justices da Suprema Corte, foi Oliver Wendell Holmes Jr.”, referindo que “*no one more brilliant and protean has ever graced the Supreme Court*” (FRIEDMAN, Lawrence M. *American Law in the 20th Century*. New Haven: Yale University Press, 2002. p. 277).

<sup>41</sup> O fato de seu pai ter sido uma figura extremamente bem sucedida e admirada no seu tempo acarretou a Holmes Jr. dificuldades para afirmação de uma personalidade própria. É o que se extrai do seguinte trecho de uma comparação entre ambos: “*His father was not merely a competent physician and well-known poet but also a leading public figure of his time; he loved publicity, social companionship, and good conversation, and his public reputation was thereby so deeply entrenched that when the younger Holmes was appointed to the Supreme Court in 1902, at age sixty-one, he was chiefly described as Dr. Holmes’s son. Holmes reacted early*

mais conhecidos escritores norte-americanos do século XIX, permitiram-lhe conviver com a elite do pensamento norte-americano, a exemplo de Charles Sanders Peirce e William James, com quem veio a fundar o Clube Metafísico de Harvard, base do desenvolvimento do pragmatismo filosófico<sup>42</sup>.

Holmes lutou pela abolição da escravatura, servindo ao Exército da União por três anos na guerra civil norte-americana<sup>43</sup>. Em 1866, graduou-se em direito na Harvard Law School, nos quinze anos seguintes, dedicou-se ao exercício da advocacia e ao ensino do Direito. Publicou vários ensaios jurídicos, artigos, sumários, críticas literárias e, finalmente, o livro *The Commow Law* (1881), em que critica o formalismo e o método do ensino jurídico inserido em Harvard por Christopher Columbus Langdell.

Em 1883, foi nomeado juiz da Suprema Corte Judicial de Massachusetts, onde trabalhou por vinte anos, sendo os últimos três como Chief Justice. Publicou o artigo *The Path of the Law*, em 1897, no qual criticou o pensamento jurídico formalista e a perspectiva lógico-histórica adotados na construção do

---

*and sharply against the stature and impact of his father. He was a solitary and self-preoccupied as his father was garrulous; as serious and introspective as his father was effervescent and glib. Dr. Holmes thought his son given to 'looking at life as a solemn show where he is only a spectator' [...]. For his part, Holmes thought his father 'largely distracted into easy talk and occasional verse'; had Dr. Holmes been 'less popular', said his son, 'he might have produced a great work'" (nesses termos: WHITE, G. Edward. *The American Judicial Tradition* – Profiles of Leading American Judges. New York: Oxford University Press, 1988. p. 156).*

Também costuma ser referido que seu pai não se entusiasmou quando Holmes Jr. manifestou sua decisão de se matricular em uma faculdade de direito, pois achava impossível que um advogado pudesse vir a ser um “grande homem”. Mais tarde, já reconhecido como um grande jurista, Holmes Jr. teve a oportunidade de dizer, como espécie de resposta tardia ao seu pai: “Eu digo – e agora o digo sem sombra de dúvidas – que no Direito se pode viver com grandeza, tal como alhures; que aqui como alhures o pensamento pode realizar a sua unidade em uma perspectiva sem limites; que aqui como alhures podemos satisfazer a nossa sede de viver, beber o amargo cálice do heroísmo, consumir o espírito na busca do inalcançável” (*Collected Legal Papers*, p. 30, citado por Carmelo Geraci, na sua *introduzione* a HOLMES, Oliver Holmes. *Opinioni Dissenzienti*. Milano: Giuffrè, 1975. p. XXV).

<sup>42</sup> GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. O Realismo Jurídico em Oliver Wendell Holmes Jr. Disponível em: <<http://www.arnaldogodoy.adv.br/artigos/holmes.htm>>. Acesso em: 25 nov. 2015.

<sup>43</sup> A experiência militar de Holmes foi marcante e efetiva. Ele lutou em grandes batalhas e foi seriamente ferido por três vezes. Seus biógrafos referem que sua participação na guerra “afetou substancialmente toda sua posterior visão de mundo”. Sua experiência na guerra “o curou de ilusões sociais [...] e o conduziu à aceitação da vontade predominante na sociedade que ele jurou servir”, o que explica sua doutrina da *judicial self-restraint*, destinada a ser o principal elemento da filosofia judicial de Holmes – Nesses termos: SCHWARTZ, Bernard. “Main Currents in American Thought”, trecho inserido na obra *The Spirit of American Law*, editada por George Grossman, capítulo denominado “Justice Oliver Wendell Holmes Jr”. Boulder/Colorado: Westview, 2000, p. 186/187.

*common law*, enfatizando que o Direito deveria ser construído à luz dos objetivos sociais que se propõe a alcançar.

Em 1902, aos sessenta e dois anos de idade, foi nomeado Associate Justice para a Suprema Corte pelo Presidente Theodore Roosevelt. Enquanto membro da Suprema Corte, no período de 1902 a 1932, foi consagrado como o mais importante prolator de votos vencidos de toda história jurídica dos Estados Unidos, em razão de seus votos dissidentes, que, embora vencidos, geralmente antecipavam grandes guinadas na jurisprudência norte-americana.

Holmes era cético sobre a habilidade das leis para proverem a solução para os casos concretos e enfatizou a influência de fatores externos à lei na tomada da decisão judicial, concepção mais tarde adotada como fundamento máximo do Realismo Jurídico.

No ensaio *The Path of the Law* (1897), Holmes desenvolveu a “teoria da predição” (*prediction theory*), ou alegoria do homem mau (*bad man*), teoria depois adotada como um dos pressupostos do Realismo Jurídico, segundo a qual, na interpretação do Direito, os juristas deveriam focar na previsão de como os tribunais decidirão:

O que é o Direito? Vocês encontrarão autores que dirão que é algo diverso do que é decidido por tribunais de Massachusetts ou da Inglaterra, que é um sistema racional, que é uma dedução a partir de princípios éticos ou de axiomas consolidados, que pode ou não coincidir com o que foi decidido por aqueles tribunais. Mas se nós pegarmos o ponto de vista do nosso amigo, o homem mau (*bad man*), nós perceberemos que ele não dá a mínima para princípios ou axiomas ou deduções. O que ele quer saber é como as cortes de Massachusetts ou da Inglaterra realmente decidirão seu caso. E eu concordo com essa visão. *Profecias sobre o que as cortes efetivamente farão, e nada mais pretensioso do que isso, é o que entendo por Direito.*<sup>44</sup>

<sup>44</sup> HOLMES, Oliver Wendell. *The path of the Law*. Harvard Law Review, 10: 457 (1897). Também disponível em: <<http://www.gutenberg.org/files/2373/2373-h/2373-h.htm>>. Acesso em: 25 jan. 16. O ensaio

Ou seja, Holmes adota a perspectiva de um hipotético bandido (*bad man theory*) que, quando processado, está apenas interessado nas consequências jurídicas decorrentes da violação da lei. Ele não tem preocupações morais. Apenas deseja saber como será julgado. Para Holmes, conhecer o Direito é prever como os juízes irão julgar determinados casos.

Influenciado por John Dewey, William James e Charles S. Peirce, Holmes concebia o direito como “experiência”, e que o conhecimento do mundo somente é possível por meio da experimentação. Segundo ele, o Direito é “constituído por práticas contextuais, situadas, radicadas nos costumes e nas expectativas compartilhadas”. Defendia a opinião de que “a continuidade com o passado não é um dever, mas somente uma necessidade”<sup>45</sup>.

Enquanto magistrado, os votos dissidentes de Holmes concederam prestígio e popularidade às opiniões vencidas da Suprema Corte, possibilitando a concepção atual dos votos dissidentes como importantes métodos da expressão judicial. Suas decisões judiciais são caracterizadas não apenas pelo emprego de metáforas como instrumento estilístico distintivo<sup>46</sup>, mas também pela brevidade, inovação e franqueza da linguagem empregada, pela insistência

---

foi publicado pela primeira vez em 1897, no volume 10 da Harvard Law Review (p. 457). O trecho, no original é: “*What constitutes the Law? You will find some text writers telling you that it is something different from what is decided by the courts of Massachusetts or England, that it is a system of reason, that it is a deduction from principles of ethics or admitted axioms or what not, which may or may not coincide with the decisions. But if we take the view of our friend the bad man we shall find that he does not care two straws for the axioms or deductions, but that he does want to know what the Massachusetts or English courts are likely to do in fact. I am much of his mind. The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law*”.

<sup>45</sup> Trechos da obra de Holmes, citados por MINDA, Gary. *Teorie postmoderne del diritto*. Trad. de Cristina Colli. (1995). Bologna: Il Mulino, 2001. p. 33 e 34.

<sup>46</sup> Apesar de sua própria afirmação no sentido de que “o direito não é lugar para o artista ou para o poeta”, Holmes tinha “a alma do artista e do poeta”, que empregava as palavras como ferramentas para adaptar o direito às necessidades contemporâneas e, ao fazê-lo, enriquecer tanto o idioma inglês quanto a jurisprudência. Como disse um colega seu, “desejaria poder fazer que meus casos soassem tão simples e fáceis como Holmes faz soar os seus” (as duas últimas citações são do *Justice Stone*). Citando Cardozo, diz B. Schwartz que, “como estilista e construtor de frases, Holmes não foi segundo para ninguém. Quem mais foi capaz de condensar a totalidade de uma filosofia jurídica em um parágrafo?” Estilisticamente, Holmes somente pode ser comparado com Voltaire, por sua capacidade para comprimir profundos pensamentos em epigramas e aforismos (SCHWARTZ, Bernard. “Oliver Wendell Holmes”. In: *Algunos artifices del derecho norteamericano...*, p. 133 e 134).

em ser específico e não formalista, em identificar valores e políticas ao invés de invocar fórmulas<sup>47</sup>.

Analisaremos, a seguir, alguns votos célebres de Holmes, que demonstram a coerência entre suas ideias filosóficas e sua aplicação jurisprudencial.

### 3 OLIVER WENDELL HOLMES, JR. – MAGISTRADO

Holmes acreditava que os juízes precisam transcender suas próprias convicções. Sustentava que suas opiniões políticas não interferiam no desempenho de seu papel enquanto membro da Suprema Corte. Conscientemente ele resistiu à pressão dos partidos políticos e da opinião pública, concentrando-se mais no desenvolvimento das estruturas fundamentais do Direito. Para Holmes, o mais importante era definir como o caso seria julgado e não quem ganharia a disputa<sup>48</sup>.

Analisaremos, a seguir, alguns dos mais importantes casos julgados por Holmes, no qual sua filosofia jurídica encontra aplicação prática.

#### 3.1 OTIS V. PARKER, 187 US 606 (1903) – EM DEFESA DA CONTENÇÃO JUDICIAL

Trata-se de um dos primeiros casos julgados por Holmes, poucos meses após assumir o cargo de *Justice* da Supreme Court. Nele, teve Holmes a oportunidade de expor o fundamento básico de sua filosofia hermenêutica, sustentando suas ideias sobre tolerância e equidistância judicial.

Em determinado trecho do acórdão, afirmou Holmes que,

ainda que os tribunais devam julgar de modo autônomo, isso não significa que seja inválida toda a lei que os juízes considerem excessiva ou incôgrua relativamente ao que parece ser seu escopo, ou fundada em concepções morais que não sejam por eles compartilhadas. É preciso deixar considerável espaço para pontos de vista diferentes.<sup>49</sup>

---

<sup>47</sup> POSNER, Richard A. *The essential Holmes: selections from the letters, speeches, judicial opinions and other writings of Oliver Wendell Holmes*. University of Chicago Press, 1992.

<sup>48</sup> AICHELE, Gary Jan. *Oliver Wendell Holmes Jr. – Soldier, scholar, judge*. Twayne Publishers, 1989. p. 136-140.

<sup>49</sup> Acórdão traduzido e incorporado na obra HOLMES, Oliver Wendell. *Opinioni dissenzienti...*, p. 23/29.

### 3.2 LOCHNER V. NEW YORK (1905) - EM DEFESA DE UMA CONSTITUIÇÃO ABERTA E PLURAL

O tristemente famoso caso *Lochner v. New York*, julgado em 17 de abril de 1905 pela Suprema Corte norte-americana, por escassa maioria de 5 a 4, simbolizou durante três décadas o conservadorismo da maioria dos membros daquela Corte, acolhendo e reforçando o chamado *substantive due process of law* (devido processo legal substantivo). Eis os fatos subjacentes: na última década do século XIX inicia-se um movimento social que buscava algumas reformas sociais por meio da legislação de alguns Estados, visando, entre outros objetivos, garantir maior proteção a alguns trabalhadores – especialmente mulheres, crianças e trabalhadores em atividades insalubres ou perigosas. Constatou-se, então, que, diante da inexistência de legislação restritiva, os padeiros que trabalhavam no Estado de Nova Iorque costumavam trabalhar mais de cem horas semanais, normalmente em condições as mais insalubres possíveis (locais quentes e abafados no verão e frios no inverno), com potenciais danos à sua saúde. Esse movimento logrou convencer os políticos a editarem uma lei – o *Bakeshop Act* –, em 1895, que vedava o trabalho de padeiros por períodos superiores a dez horas diárias ou sessenta dias por semana. Os pequenos proprietários de padarias, que empregavam poucos padeiros e não obtinham muitos lucros, sentiram-se especialmente prejudicados pela nova legislação. Um desses pequenos padeiros, chamado Joseph Lochner, foi multado em 50 dólares, com base em tal legislação, por ter um padeiro trabalhando por mais de sessenta horas semanais. Ele recorre à justiça estadual nova-iorquina, sustentando a inconstitucionalidade da legislação, mas perde em todas as instâncias estaduais. Seu advogado consegue, então, levar o caso até a Suprema Corte norte-americana, alegando violação da 14ª Emenda Constitucional, pois fora ele privado de sua liberdade e propriedade sem o devido processo legal.

A noção clássica de *due process of law*, prevista desde a Emenda Constitucional nº 5 (integrante do *Bill of Rights* proposto em 1789 e aprovado em 1791, estabelecendo que o governo federal não poderia privar ninguém da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal) e reproduzida na Emenda Constitucional nº 14, de 1868 (que estendeu também aos Estados-membros a obrigação de respeitar o devido processo legal), sempre fora entendida como uma obrigação imposta a todos os entes governamentais de operar de acordo com o princípio da legalidade, usando procedimentos justos. Ou seja, tratava-se de um devido processo legal de natureza processual ou procedimental. Todavia, já a partir dos anos oitenta do século XIX, uma corrente conservadora passou a



sustentar a existência de limites maiores à atuação governamental, advogando-se um devido processo legal de natureza substancial ou substantiva (*substantive due process of law*). Segundo tal posicionamento, da Constituição Federal e de suas emendas se extrairiam limites àquilo que poderia ser editado como lei pelo Legislativo, ou ao menos impor a observância de determinados requisitos procedimentais. Tal ideia sustentava a possibilidade de as cortes judiciais analisarem o conteúdo da legislação emanada, bem como a validade dos meios adotados para sua implementação, principalmente quando essa “legislação econômica e social” entrava em potencial conflito com algum direito previsto na Constituição. Essa ideia já estava sendo adotada para derrubar a legislação estadual reguladora das ferrovias e veio a se consolidar no caso *Lochner*, quando a maioria dos juízes da Suprema Corte entendeu que o benefício público decorrente de tal legislação não justificava a privação dos padeiros do seu direito de trabalhar sob os termos e as condições contratualmente estabelecidos.

O direito constitucional que teria sido violado pelo Bakeshop Act nova-iorquino de 1895 seria a *liberty of contract*. Tal direito não fora previsto diretamente na constituição ou em suas emendas posteriores, mas estava sendo “construído” pela jurisprudência das cortes judiciais a partir de uma leitura ampliada da 14ª Emenda à Constituição Federal, pois se sustentava que a *liberty* protegida pela *due process clause* incluía “*the right to pursue an ordinary trade or calling*” (como sustentado já em 1873 no voto dissidente do Justice Stephen Field, nos célebres *Slaughterhouse cases*). A partir dos anos oitenta do século XIX, a doutrina da *liberty of contract* vinha sendo recorrentemente usada pelas cortes estaduais para defender que a Constituição protegia o direito de estabelecer relações contratuais livres de qualquer interferência governamental desarrazoada. A Suprema Corte, porém, só havia aplicado tal entendimento uma única vez, no caso *Allgeyer v. Louisiana*, em 1897. O redator do caso *Allgeyer*, Justice Rufus Peckham, foi também o redator do caso *Lochner*. Ele expande e reforça os argumentos já anteriormente adotados, afirmando que a legislação nova-iorquina necessariamente interferiria com os direitos contratuais entre empregadores e empregados. Ele textualmente afirmou que a liberdade garantida pela 14ª Emenda à Constituição incluía o direito de comprar e vender trabalho (“*included the right to purchase and sell labor*”)<sup>50</sup>. Portanto, qualquer legislação interferindo com esse direito seria considerada inválida, a não ser que

<sup>50</sup> *Lochner v. New York* (198 U.S. 45-1905). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/198/45/case.html>>. Acesso em: 29 nov. 2014.



houvesse circunstâncias especiais e relevantes. Seu voto recebeu a adesão de outros quatro *justices*, formando a maioria.

Em um dos quatro votos dissidentes, o *Justice* John Marshall Harlan sustentou que a maioria havia baseado sua argumentação em uma presunção equivocada. Harlan acreditava que, quando a validade de uma lei era questionada em termos de sua compatibilidade constitucional, dever-se-ia partir da presunção de sua constitucionalidade. Em suas palavras, tomadas de posição legislativa deveriam ser acolhidas, “*unless they are plainly and palpably beyond all question in violation of the fundamental law of the Constitution*” (em tradução livre: a não ser que sua violação a normas fundamentais da Constituição fosse clara e manifesta). Harlan foi acompanhado pelos *Justices* White e Day. Com argumentação um pouco diversa, posicionou-se o quarto dissidente, Oliver Wendell Holmes, sustentando que uma lei estadual deveria ser tida como constitucional a não ser que violasse princípios fundamentais do ordenamento jurídico ou das tradições vigentes, segundo a percepção de uma pessoa racional. Holmes também criticou acerbamente a maioria vencedora, afirmando que a doutrina por ela acolhida nada mais fazia do que refletir teorias de darwinismo social e da economia do *laissez-faire*. Em suas famosas palavras: “*A constitution is not intended to embody a particular economic theory. It is made for people of fundamentally differing views*” (em tradução livre: “uma constituição não pretende incorporar uma particular teoria econômica. Ela é feita para pessoas de diferentes pontos de vista fundamentais”).

Holmes condenou a visão político-libertária da Suprema Corte e assim se manifestou sobre a interpretação da XIV Emenda da Constituição e a cláusula do devido processo legal<sup>51</sup>: “*Proposições gerais não decidem casos concretos (general propositions do not decide concrete cases)*. A decisão dependerá mais de

---

<sup>51</sup> Na verdade, em 1891, quando ainda integrava a Corte Suprema de Massachusetts, Holmes já havia manifestado seu pensamento, divergindo da maioria no caso *Commonwealth v. Perry*. Naquele caso, aquela corte estadual fora acionada para apreciar a legitimidade, frente à Constituição de Massachusetts, de uma lei daquele Estado que proibia cláusulas contratuais permitindo desconto do salário dos empregados da indústria têxtil em razão de imperfeições identificadas nas peças fabricadas. A maioria dos juízes entendeu que, ainda que não houvesse uma vedação constitucional expressa, a lei violava o direito natural e inviolável do cidadão de “adquirir, possuir e defender sua propriedade”, direito esse que abrangia o direito de estipular “contratos razoáveis”. Holmes, ainda que admitindo uma ampla liberdade contratual, alertou para o perigo de tal cláusula contratual para o contratante mais vulnerável, o que justificava a intervenção do legislador. – Sobre esse caso, reproduzindo parte do voto vencido de Holmes, v. HOLMES, Oliver Wendell. *Opinioni dissenzienti...*, p. 5/8.

uma escolha fundada em uma sutil intuição do que de qualquer premissa maior bem articulada”<sup>52</sup>.

Apesar das críticas veementes feitas não só pela minoria vencida, em fundamentados votos, mas também por boa parte dos juristas, políticos e a sociedade em geral, as ideias acolhidas pela maioria no caso *Lochner* continuaram a exercer forte influência sobre toda a jurisprudência norte-americana durante as três décadas seguidas, chamadas de *Era Lochner*. Entre 1905 e 1937, quando a Corte, com a mudança de sua composição, finalmente alterou seu posicionamento, no caso *West Coast Hotel v. Parrish*, um sem-número de leis estaduais (e algumas federais) foi derrubada com base no precedente do caso *Lochner*<sup>53</sup>.

O mesmo raciocínio e a mesma divergência foi exposta por Holmes alguns anos mais tarde, ao julgar o caso *Adkins v. Children’s Hospital*, em 1923. A diferença ficou por conta de que, no caso *Lochner*, tratava-se da constitucionalidade ou não de lei que fixava jornada máxima de trabalho (naquele caso, para os padeiros de Nova Iorque), ao passo que no caso *Adkins* tratava-se da constitucionalidade ou não de uma lei do Congresso que fixava um salário-mínimo para as trabalhadoras do Distrito de Colúmbia (distrito federal, capital dos EUA). Em determinado trecho de sua dissidência, Holmes, coerente com sua filosofia de autorrestrição judicial, afirmou que “o critério de constitucionalidade a seguir não consiste em saber se, ao nosso juízo, a lei responda ou não ao bem público”.

Neste contexto, umas das bandeiras do Realismo Jurídico era a oposição à jurisprudência *laissez-faire*, característica da era *Lochner*. Para tanto, valeu-se da concepção desenvolvida por Holmes, de que Direito é experiência e não lógica, para lançar a teoria da indeterminação do Direito<sup>54</sup>.

<sup>52</sup> Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/198/45/case.html>>. Acesso em: 29 nov. 2014.

<sup>53</sup> Informações sobre o contexto histórico desse caso e seus desdobramentos encontra-se no verbete “*Lochner v. New York*”, elaborado por Paul Kens, para *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, editado por HALL, Kermit L. (Ed.). *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*. New York: Oxford University Press, 1992.

Outra boa fonte de informações sobre o caso, seu contexto histórico, com reprodução do voto dissidente de Holmes e análise das consequências do julgamento, consiste no livro editado por Mark Tushnet, *I Dissent – Great Opposing Opinions in Landmark Supreme Court Cases*. Boston: Beacon Press, 2008. p. 81-92.

<sup>54</sup> GRECHENIG, Kristoffel; GELTER, Martin Gelter. A divergência transatlântica no pensamento jurídico: o direito e economia norte-americano vs. o doutrinalismo alemão. Trad. Gustavo Sampaio de

### 3.3 COPPAGE V. KANSAS (1915) – EM DEFESA DAS EXPERIMENTAÇÕES SOCIAIS

Os votos dissidentes de Holmes são reconhecidos por manifestarem uma política de moderação judicial (*judicial restraint*). Holmes continuamente reiterou que a responsabilidade por determinar que medidas eram necessárias para enfrentar os problemas econômicos e sociais recaía sobre o povo e seus representantes eleitos, e não nos juízes (caso *Baldwin v. Missouri*, julgado em 1930). O enfoque de Holmes baseava-se na convicção de que era algo terrível denegar um ato dos representantes eleitos do povo e que o poder de fazê-lo não deveria ser exercido senão quando as circunstâncias estivessem claramente além de qualquer dúvida.

No entanto, contrapondo-se à postura ativista adotada pela Suprema Corte no período, a deferência ao legislador como argumento de seu voto dissidente, proferido no caso *Coppage v. Kansas* (1915), não evitou que a Suprema Corte declarasse a inconstitucionalidade de uma lei que visava a proteção de empregados do Estado do Kansas, considerando ilícita a pactuação de cláusulas contratuais que impedissem os empregados de filiarem-se a sindicatos. Referida norma foi declarada inconstitucional ao fundamento de que a proibição legal violava o direito constitucional ao devido processo legal dos empregadores e que não era dever do Estado assegurar equivalentes poderes de barganha entre empregadores e empregados.

Não obstante, apesar de vencido, a fundamentação de Holmes reiterando seu entendimento de que não compete ao Judiciário decidir se os políticos devem ou não optar por uma legislação progressista e com preocupações sociais, e que a Constituição não proíbe tais escolhas, até hoje é invocada quando se pretende defender uma postura de contenção judicial<sup>55</sup>.

De fato, acórdãos da Suprema Corte da década de 1970 invocam seu nome para afirmar que “os pontos de vista opostos de política pública, relativos a negócios, economia e assuntos sociais, constituem matéria de escolha legislativa” (caso *North Dakota Board of Pharmacy v. Snyder’s Drug Store*, 1973), ou, que “as cortes devem deferência às opções legislativas, a menos que

---

Abreu Ribeiro. Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE). Annual Papers. Publication date: 26.04.2010. p. 38.

<sup>55</sup> Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/236/1/case.html>>. Acesso em: 2 abr. 2015.

se demonstre sua arbitrariedade ou irracionalidade” (caso *Duke Power Co. v. Carolina Environmental Study Group*, 1978), ou, ainda, “o poder judicial não deve estabelecer-se como uma super-legislatura para julgar a sabedoria ou as vantagens de determinadas políticas legislativas... na esfera econômica local, somente o ato totalmente arbitrário é que não se deve tolerar” (caso *New Orleans v. Dukes*, 1976).

Como pontua Posner<sup>56</sup>,

*judicial modesty or self-restraint, understood as the rejection of judicial activism in the sense of judicial aggrandizement at the expense of the other branches of government, is not a legalist idea but a pragmatic one. The notion of Holmes and Brandeis that the states are laboratories for social experimentation is at once quintessentially pragmatic in exalting experimentation over a priori judgments and a keystone of a policy of judicial modesty.*

### 3.4 A DOCTRINA DO CLEAR AND PRESENT DANGER E O CASO SCHENCK V. UNITED STATES (1919)

O caso *Schenck v. United States* abre a série de casos ligados à Primeira Guerra Mundial, envolvendo a Lei de Espionagem, de 15.06.1917 (alterada e ampliada pela Sedition Act de 16.05.1918), que incriminava qualquer conduta que pudesse representar incitamento à obstrução de recrutamento, insubordinação militar ou redução da produção bélica.

A importância do caso reside no fato do conflito de tal vedação com a liberdade de manifestação de pensamento. Nesse caso, é formulada, pela primeira vez, a doutrina do *clear and present danger*.

Tratava-se de recurso de réus condenados sob tal legislação, por terem elaborado e divulgado panfletos contra o recrutamento e arrolamento de soldados durante a Primeira Guerra Mundial. O recurso dos condenados era apoiado na liberdade constitucional de palavra e de imprensa.

Ao julgar esse caso, Holmes concluiu que a supressão legal do discurso contrário à guerra não violava a cláusula constitucional da liberdade de

<sup>56</sup> POSNER, Richard A. *How Judges Think*. Cambridge/Massachusetts: Harvard University Press, 2008. p. 287/288. Mais adiante, Posner completa seu posicionamento a respeito: “*To foreclose social experiments adopted by elected legislatures is not only unpragmatic, it is undemocratic*” (p. 339).

expressão, ao fundamento de que a nação em guerra tem o direito de suprimir o discurso que seria tolerável em tempos de paz. Ele também ressaltou que o *freedom of speech*, embora constitucionalmente protegido, não era um direito absoluto, ilustrando seu pensamento com uma frase destinada a ser invocada incontáveis vezes depois daquele julgamento:

o caráter de cada ação depende das circunstâncias em que ela é realizada [...] *A mais rigorosa garantia da liberdade de expressão não protegeria quem, em um teatro, gritasse “fogo”, causando pânico entre os expectadores [...].* O problema consiste em saber se as palavras são usadas em circunstâncias tais e são de tal natureza que criam o *perigo claro e iminente* do dano substancial que o Congresso tem o poder de impedir. É um problema de gradação.

A prova do *clear and present danger* serve para indicar a liberdade de expressão em uma sociedade livre, mas também para enfatizar que seu exercício deve ser compatível com a preservação de outras liberdades essenciais para uma democracia, garantidas constitucionalmente. Quando esses outros atributos de uma democracia são ameaçados por meio da palavra, a Constituição não nega poder ao governo para restringi-la.

No caso *Schaefer v. United States* (1920), Holmes sustentou que “*clear and present danger*” não é um *standard*, nem um absoluto matemático – “é uma questão de proximidade e grau”; portanto, sua aplicação variará caso a caso e dependerá das particulares circunstâncias que se apresentem. Discursos que seriam inócuos se dirigidos a uma plateia esclarecida poderiam produzir um resultado inteiramente diferente em bairros onde uma leve fagulha poderia ser suficiente para acender uma chama<sup>57</sup>.

### 3.5 O CASO ABRAMS V. UNITED STATES (1919) - EM DEFESA DA LIVRE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO

A dissidência de Holmes no caso *Abrams* estabelece o fundamento da Primeira Emenda à Constituição norte-americana como sendo o de um “livre

---

<sup>57</sup> Esse posicionamento de Holmes tem clara inspiração em John Stuart Mill, que, em seu celebrado ensaio *On Liberty*, formulou exemplo bastante assemelhado, segundo Bernard Schwartz, *Algunos artifices del derecho norteamericano...*, p. 130 (a obra original, *Some Makers of American Law*, foi escrita em 1985).

mercado de ideias”, que, por meio da competição para sua aceitação pelo povo, propicia o melhor teste para a verdade<sup>58</sup>.

No caso *Abrams v. United States*, a Suprema Corte manteve a condenação de seis imigrantes russos pela prática do crime de conspiração, previsto no Espionage Act de 1917. Em 1918, os réus escreveram e distribuíram panfletos em Nova Iorque em que criticavam o governo norte-americano por enviar tropas para a Sibéria (em apoio às forças reacionárias que resistiam à Revolução Russa) e incitavam os trabalhadores a realizarem uma greve geral em apoio à revolução bolchevique.

Em seu voto dissidente, Holmes analisou de forma mais criteriosa a intenção dos réus e o real impacto que o discurso proibido na Lei de Espionagem poderia causar nos leitores, concluindo pela impossibilidade de supressão e criminalização da liberdade de expressão no caso.

Holmes, nesse caso, ofereceu, pela primeira vez na história da Corte, uma poderosa defesa da liberdade de expressão. Excepcionando a postura de contenção judicial por ele tradicionalmente adotada, enfatizou a proteção ao “livre mercado de ideias” como essencial ao desenvolvimento do processo democrático:

Quando a humanidade perceber que o tempo tem estremecido muitos dos valores pelos quais lutam, talvez possam acreditar [...] que o maior bem comum desejável é melhor alcançável pelo livre mercado de ideias: que o melhor teste da verdade é o poder do pensamento ser aceito no mercado competitivo, e que a verdade é único fundamento sobre o qual seus desejos podem ser realizados de forma segura.

Influenciado por e citando John Milton e J. Stuart Mill, Holmes enfatizou a capacidade da verdade para vencer em um mercado intelectual livre. Para que isso se desse, era imprescindível que houvesse o livre intercâmbio de ideias.

Alguns anos mais tarde, em 1925, Holmes novamente divergiu da maioria, em caso envolvendo liberdade de expressão. Tratava-se do caso *Gitlow v. New York* (268 U.S. 652), que envolvia a legalidade da condenação, em 1919, de Benjamin Gitlow, um dos líderes extremistas do movimento socialista norte-

<sup>58</sup> Nesses termos, SCHWARTZ, Bernard. *A History of the Supreme Court*. New York: Oxford University Press, 1993. p. 221.

-americano, por ter divulgado um “manifesto da esquerda”, incentivando a “anarquia criminal”, o que seria incriminado por uma lei nova-iorquina (Criminal Anarchy Act, de 1902). A maioria da Suprema Corte, esposando ideias contrárias àquelas de Gitlow, manteve a condenação, considerando o “manifesto” um incitamento à concreta e imediata ação revolucionária. O dissenso de Holmes, acompanhado de Brandeis, novamente invoca a doutrina do *clear and present danger*. Holmes esclarece que

toda ideia é um incitamento à ação. Essa se oferece como credo e, se acolhida, faz estrada, a menos que um outro credo suplante o anterior ou uma insuficiência de energia sufoque o movimento em seu nascedouro. A única diferença entre a expressão de uma opinião e um incitamento está na paixão de quem fala. A eloquência pode dar foco à razão.

Em correspondência que manteve com o jurista inglês Pollock, explicitou que, quando defendia a liberdade de pensamento, “não estava se referindo à liberdade de pensamento para aqueles que pensam como nós, mas sim liberdade para o pensamento que odiamos”<sup>59</sup>. Coerente com esse pensamento, no caso *United States v. Schwimmer* (1928), que envolvia a condenação de um líder do partido comunista norte-americano, que defendia ideias tradicionalmente odiadas pelos americanos, Holmes sustentou que “se a longo prazo as crenças depositadas na ditadura do proletariado estão destinadas a serem aceitas pelas forças dominantes da comunidade, o único significado da liberdade de expressão é que se lhes dê oportunidade de se manifestarem”.

Porque a liberdade de palavra constitui verdadeiro pressuposto para qualquer noção de liberdade, Holmes estava muito mais disposto a identificar abusos legislativos ou executivos nessa área do que em outras, como no opinável campo das reformas econômicas. Ainda que a chamada Preferred Position Doctrine (uma doutrina criada jurisprudencialmente que sustenta a possibilidade de hierarquizar os direitos e as liberdades previstos na constituição, entre os quais encontra lugar privilegiado a liberdade de pensamento e opinião) tenha sido formulada inicialmente na década de 1940, pelo *Justice Harlan Stone*, no caso *Jones v. City of Opelika*, não há dúvida de que tal *doctrine* encontrou forte inspiração nos votos de Holmes.

---

<sup>59</sup> SCHWARTZ, Bernard. *Algunos artífices del derecho norteamericano...*, p. 127 (a obra original, *Some Makers of American Law*, foi escrita em 1985).



### 3.6 O CASO OLMSTEAD V. UNITED STATES (1928) – EM DEFESA DA PRIVACY

O caso Olmstead envolvia a condenação de integrantes de uma rede de contrabandista de bebidas alcoólicas, em razão da interceptação telefônica de suas conversas, feitas clandestinamente por agentes federais. A defesa invocava a quarta e quinta emendas constitucionais para invalidar a interceptação e, com isso, anular todas as provas dela derivadas. A maioria dos *justices* manteve as condenações. Holmes e outros colegas divergiram. Em um trecho de seu voto dissidente, Holmes afirmou que

devidos ter em mente duas coisas igualmente desejáveis, mas que não podemos ter juntas, o que nos compele a fazer uma escolha. É certamente desejável que os delinquentes sejam descobertos e punidos e que toda e qualquer prova existente seja utilizada para tal fim, mas também é desejável que o governo não se utilize de provas obtidas mediante um crime. [...]. É preciso escolher e, quanto a mim, prefiro que alguns delinquentes escapem da justiça do que o governo empregue condutas ignóbeis.<sup>60</sup>

Vera Fradera, em interessante artigo sobre a *sociological jurisprudence*<sup>61</sup>, identifica traços que aproximam tal movimento da Escola alemã da Jurisprudência dos Interesses, especialmente quanto ao pressuposto de que a ordem jurídica está repleta de lacunas, “cabendo ao julgador ‘achar’ a solução justa para o caso não previsto”.

Encerrando esse capítulo sobre a *sociological jurisprudence* e sobre as contribuições de Holmes, é de se referir que ela acabou influenciando o movimento do realismo jurídico norte-americano, sobre o qual falaremos na sequência.

Por meio da influência de Dewey, indiretamente Holmes também acabou influenciando uma das maiores preocupações da escola da análise econômica do direito, qual seja a das consequências econômicas das tomadas de decisões, legislativas ou judiciais. Segundo Dewey,

<sup>60</sup> Acórdão traduzido e incorporado na obra HOLMES, Oliver Wendell. *Opinioni dissenzienti...*, p. 145/147.

<sup>61</sup> FRADERA, Vera Maria Jacob de. “A jurisprudência sociológica nos Estados Unidos da América do Norte”. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, v. 1, n. 28, p. 123-133, 1992.



a lógica dedutiva deve ser substituída por um tipo de lógica que, em vez de partir dos antecedentes, tenha seu centro de gravidade na consideração das consequências. Os princípios jurídicos gerais devem ser considerados somente como hipóteses de trabalho e, nessa condição, necessitam ser constantemente verificados, sob o critério de exame dos efeitos que produzem, ao serem aplicados às situações concretas.<sup>62</sup>

#### 4 O REALISMO JURÍDICO NORTE-AMERICANO

Se o formalismo representa, de alguma forma, o correspondente norte-americano de movimentos como a Escola francesa da Exegese e a Escola alemã das Pandectas, o realismo jurídico norte-americano pode ser aproximado aos movimentos antiformalistas europeus, como a Escola Científica do francês Geny, e as escolas alemãs da jurisprudência dos interesses (Ihering) e a do direito livre, de Kantorowicz<sup>63</sup>.

O movimento do Realismo Jurídico veio na sequência da escola sociológica, foi influenciado por ela, mas radicalizou alguns aspectos, especialmente em sua crítica ao formalismo jurídico. Segundo Renato Treves<sup>64</sup>, “o movimento do realismo jurídico, que teve seu maior desenvolvimento na década de 1930, foi estritamente ligado aos ensinamentos de Holmes e Pound”. Também B. Schwartz<sup>65</sup> aponta Holmes como o mais relevante precursor e inspirador do movimento do realismo jurídico.

<sup>62</sup> DEWEY, John. Logical Method and Law. *Cornell Law Review*, X, 1924, apud HERKENHOFF, João Baptista. *Como aplicar o direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 63.

<sup>63</sup> Nesse sentido, GALLO, Paolo. Op. cit., p. 307. Aliás, a própria escola da *sociological jurisprudence* pode ser aproximada às escolas europeias do mesmo período histórico. Basta lembrar que Cardozo, no seu “A Natureza do Processo”, referiu expressamente os nomes dos líderes dessas escolas, aceitando seus fundamentos: “O juiz, como intérprete do sentimento do direito e da ordem da comunidade, deve suprir as omissões, corrigir as incertezas e harmonizar os resultados com a justiça, por meio do método de livre decisão – “*libre recherche scientifique*”. Este é o ponto de vista de Gény, Ehrlich, Gmelin e outros”. E um pouco mais adiante, cita expressamente Kantorowicz: “Da cultura do juiz depende, em última análise, todo o progresso da evolução do direito” (CARDOZO, Benjamin Nathan. Op. cit., p. 55 e 56, n.r. 10).

<sup>64</sup> TREVES, Renato. *Sociologia do Direito*. Trad. Marcelo Branchini. 3. ed. Barueri/SP: Manole, 2004. p. 142.

<sup>65</sup> SCHWARTZ, Bernard. *Algunos artífices del derecho norteamericano...*, p. 131 (a obra original, *Some Makers of American Law*, foi escrita em 1985).

Jerome Frank<sup>66</sup>, um dos maiores expoentes do realismo jurídico, adotando a metáfora do “*bad man*” de Holmes, chegou a dizer que “*Holmes’s bad man will, sooner or later, compel all intelligent persons to acknowledge that the centre of the legal world is not in the rules but in specific court decisions (i.e. judgments, orders, and decrees) in specific lawsuits*”.

Há quem afirme que o momento inicial do realismo jurídico tenha se dado com a publicação do artigo “*What is the Law?*”, de J. W. Bingham, na *Michigan Law Review*, em 1912. Todavia, existe consenso no sentido de que o movimento atingiu seu ápice na primeira metade da década de 1930<sup>67</sup>.

De fato, segundo G. Tarello, em sua excelente obra sobre o realismo jurídico norte-americano, por volta dos anos trinta, um grupo de juristas passou a submeter as doutrinas e normas tradicionalmente aceitas a uma crítica do ponto de vista do seu “realismo” (ou seja, de sua real capacidade descritiva). Esses críticos se diziam “realistas” e foram assim denominados pelos seus colegas. Coube a Karl Llewellyn, porém, em artigo doutrinário publicado em 1931 (“*Some realism about realism. Responding to dean Pound*”), usar a expressão “realismo jurídico” (*legal realism*) para designar o conjunto de juristas americanos que, nos anos precedentes, ainda que sob perspectivas e finalidades distintas, havia submetido a uma crítica que podia ser descrita como realista, uma série de conceitos, noções, processos mentais, técnicas argumentativas próprias do pensamento jurídico tradicional. Havia pontos em comum entre esses vários juristas, mas também havia divergências importantes sobre aspectos fundamentais. Por essa razão nunca foi usada a palavra “Escola” para designar o movimento. O próprio Llewellyn afastou categoricamente a existência de uma escola orgânica de pensamento. Isso não impede de reconhecer que, entre os integrantes do movimento realista, houvesse afinidades importantes, como o envolvimento com alguns problemas jurídicos típicos, o uso de determinadas premissas metodológicas, bem como a obtenção de alguns resultados comuns. Entre os integrantes do movimento, Tarello inclui Thurman Arnold, Joseph W. Bingham, Felix Cohen, Walter Cook, William O. Douglas, Jerome Frank, Leon Green, Karl Llewellyn, Herman Oliphant, Max Radin e Hessel Yntema, justificando a inclusão desses nomes. A maior parte das contribuições desses

<sup>66</sup> FRANK, Jerome (1889-1957), artigo publicado na *Cornell Law Quarterly* 17 (1932), p. 578, reproduzido por KELLY, J. M. Op. cit., p. 367.

<sup>67</sup> STONE, Julius. *The Province and Function of Law*. London, 1947, p. 385 apud BRUTAU, José Puig. Op. cit., p. 25.

autores deu-se entre 1925 e 1940, “havendo razões para considerar o realismo jurídico americano como um capítulo encerrado no período posterior a 1940”<sup>68</sup>.

É possível distinguir dois grupos de realistas – o do realismo jurídico radical (integrado por Felix Cohen, Walter Wheeler Cook e Robert Hale, entre outros) e o do realismo jurídico progressista, que representaria um desenvolvimento do pragmatismo de Holmes, capitaneado por Karl Llewellyn<sup>69</sup>. O realismo progressista aceita a ideia fundamental da teoria langelliana, segundo a qual “o direito é uma ciência”, mas pondera que se trata de uma ciência social; abandona o conceitualismo dos formalistas e se utiliza de abordagens sociológicas para suas análises jurídicas, levando em conta as finalidades perseguidas pelo Direito.

O movimento em questão surgiu juntamente com as transformações que marcaram a primeira metade do século XX, recebendo influxos do pragmatismo na filosofia. Propôs uma visão interpretativa do direito integrada à realidade e necessidades sociais, enaltecendo o papel do juiz na criação do Direito<sup>70</sup>.

Quanto à última afirmação, de fato, K. Llewellyn sustentava que o Direito é o que fazem aqueles que estão encarregados de aplicá-lo, e não o que eles dizem que fazem, nem o que os livros dizem que devem fazer<sup>71</sup>. Realmente, nenhuma outra corrente soube dar o devido destaque à criação do Direito pelos juízes, como o realismo jurídico<sup>72</sup>. E a razão disso nos é dada por Jerome Frank, segundo o qual os argumentos relativos à interpretação e à analogia somente servem para encobrir que, na verdade, a interpretação retira do código exatamente aquilo que nele de antemão colocou, pois “o intérprete cria os princípios, e, ao depois, para revesti-los de autoridade, atribui-os ao legislador”. Ou, então, em outra passagem, sustenta que, acima ou à margem da lógica, o que decide o caso é a escolha das premissas – a tarefa autêntica do juiz seria a de selecionar uns princípios, segundo o seu critério do que é justo (premissa maior), e, a seguir, selecionar os fatos que, qualificados como provados, formarão a premissa menor. Em outras palavras, a consequência resultará não da confrontação entre

<sup>68</sup> TARELLO, Giovanni. *Il realismo giuridico americano*. Milano: Giuffrè, 1962. p. 3 a 8.

<sup>69</sup> Segundo MINDA, Gary. Op. cit., p. 50.

<sup>70</sup> ARRUDA, Thais Nunes. *Juízes & Casos Difíceis: o pragmatismo de Richard Posner e a Crítica de Ronald Dworkin*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 59/60.

<sup>71</sup> Um dos artigos semanais de Llewellyn, em que ele divulga os fundamentos do movimento, apareceu em 1930, com o nome de *A Realistic Jurisprudence - The Next Step*, publicado na *Columbia Law Review*, v. 431 (1930), p. 432 e ss. Uma seleção dos trechos mais significativos encontra-se em – FISHER III, William W.; HORWITZ, Morton J.; REED, Thomas A. (Ed.). Op. cit., p. 53 e ss.

<sup>72</sup> Segundo BRUTAU, José Puig. Op. cit., p. 27.

duas premissas – a maior e a menor –, mas da tarefa prévia a esta operação pretensamente lógica, que é a de assentar quais serão essas premissas. Em síntese, “a seleção das premissas constitui a tarefa mais importante do julgador”. Vale dizer: sob a aparência de raciocínios lógicos, e contrariamente ao que sobradas vezes se pretende, escondem-se juízos de política judiciária<sup>73</sup>.

Aliás, já o civilista e comparatista francês Raymond Saleilles, por primeiro havia afirmado que “se começa por querer o resultado para só depois procurar-se o princípio que o justifica: essa, a gênese de toda a interpretação judicial”. Jerome Frank, posteriormente, foi na mesma direção, sustentando que

o juízo, na mente do julgador, costuma iniciar-se com uma conclusão mais ou menos vagamente formulada, para buscar ao depois as premissas capazes de sustentá-la. O advogado, ao contrário, trabalha desde logo com a hipótese do resultado favorável ao seu cliente, recolhendo e ordenando os fatos com vistas ao resultado pretendido, para oferecê-los ao tribunal.<sup>74</sup>

Foi dito anteriormente que o Realismo Jurídico não constitui propriamente uma “Escola” jurídica, mas sim um “movimento”, pois não foi integrado por um grupo de juristas identificados por um credo comum e um programa unificado. Segundo José Ramón Cossío Díaz<sup>75</sup>, “*por realismo jurídico se comprende una amplia corriente de pensamiento o movimiento y no una teoría acabada sobre el derecho*”.

A razão da dificuldade, ou impossibilidade, de identificar no movimento realista uma verdadeira escola prende-se a três dificuldades: “muitas das ideias propostas por jovens *scholars* do início do movimento derivavam do pensamento de velhos dissidentes; os realistas discordavam entre si em relação a inúmeros temas; e eles nunca se agruparam numa organização profissional de ‘*legal realists*’”<sup>76</sup>.

<sup>73</sup> FRANK, Jerome. *Law and the Modern Mind*. New York: Brentano’s Inc, 1930. p. 66 e 191 apud BRUTAU, José Puig. Op. cit., p. 32, 35 e 36.

<sup>74</sup> FRANK, Jerome. *Law and the Modern Mind...*, p. 101 apud BRUTAU, José Puig. Op. cit., p. 40.

<sup>75</sup> DÍAS, José Ramón Cossío. *Derecho y análisis económico*. México: Fondo de Cultura Económica, 2014. p. 287.

<sup>76</sup> Nesses termos se manifestaram os organizadores de notável obra, que reúne os principais textos que influenciaram o realismo (especialmente Holmes e Pound, mas também Dewey e Cardozo) e os mais relevantes textos dos “realistas”, em todas as áreas jurídicas em que eles se envolveram (K. LLewellyn, L. Fuller, R. Hale, M. Cohen, L. Jaffe, M. Radin, H. Oliphant, J. Frank, W. Cook e outros) – FISHER III, William W.; HORWITZ, Morton J.; REED, Thomas A. (Ed.). Op. cit., p. XIII.

Além disso, não há consenso sequer sobre quem são todos os integrantes de tal movimento ou que o influenciaram. Basta atentar que Karl Llewellyn, indiscutivelmente um dos líderes do movimento, referiu que o movimento se distinguia não só da tradição do formalismo jurídico, como também das iniciativas protorealistas de Holmes, Cardozo, Gray e Pound. Esses nomes, aliás, jamais foram incluídos nas listas publicadas ou não, elaboradas por Llewellyn e J. Frank, contendo a nominata dos adeptos do movimento. “A razão de tal exclusão permanece um mistério”<sup>77</sup>.

O que o caracteriza o movimento é um método peculiar de focar os problemas jurídicos. Os pensadores realistas consideram o direito mais como um corpo de decisões judiciais do que como um corpo de normas. Afirmam que as regras jurídicas tem uma influência relativamente pequena sobre as decisões dos juízes, destacando enfaticamente a importância do elemento humano no processo judicial – como os preconceitos, os instintos herdados, a opinião pública, bem como as fraquezas, as qualidades de caráter e a bagagem cultural dos juízes.

Para os realistas, os juízes primeiramente decidem e depois aperfeiçoam modelos de dedução lógica. Neste contexto, os juízes decidem de acordo com o que os fatos provocam em seus ideários, e não em função de regras gerais que levariam a resultados particulares. Os juízes respondem mais fortemente aos fatos (*fact-responsives*) do que às leis (*rule-responsives*)<sup>78</sup>.

Uma boa síntese da contraposição da corrente realista com a teoria normativista (formalista) nos é dada por Giuseppe Lumia<sup>79</sup>:

Para a teoria normativista, é válida a norma criada pelo legislador em conformidade com as regras ditadas para tal fim, ainda que, de fato, tal norma não seja jamais aplicada ou seja somente de forma escassa; para a teoria realista, é válida a norma que, com toda a probabilidade, será aplicada pelos juízes. Uma dirige sua atenção ao momento produtor do Direito, em que

<sup>77</sup> DUXBURY, Neil. Op. cit., p. 77.

<sup>78</sup> GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. O realismo jurídico norte-americano, a tese de Charles Beard e a experiência constitucional internacional contemporânea. Disponível em: <<http://portalrevistas.ucb.br/index.php/RDIET/article/viewFile/4478/2787>>. Acesso em: 24 nov. 2014.

<sup>79</sup> LUMIA, Giuseppe. “Empirismo logico e positivismo giuridico”. Milano: Giuffrè, 1963, p. 117 apud DÍAZ, Elías. *Sociología y Filosofía del Derecho*. Madrid: Taurus, 1988. p. 118.

a norma é criada pelo legislador; a outra enfatiza o momento executivo do direito, em que a norma é aplicada pelo juiz. O realismo jurídico identifica a validade de cada norma com sua eficácia; o normativismo rechaça essa identificação.

Um dos expoentes de tal corrente, Karl Llewellyn (1893-1962), em paradigmático artigo doutrinário publicado em 1930<sup>80</sup>, indicou nove traços que caracterizariam tal movimento. Entre eles, destacaremos os cinco que reputamos os mais importantes:

*1) the conception of Law in flux, of moving Law, and of judicial creation of law; 2) the conception of law as a means to social ends and not as an end in itself; 3) the conception of society in flux, and in flux typically faster than the law...; 5) distrust of traditional rules and concepts insofar as they purport to describe what either courts or people actually doing...; 6) ... distrust of the theory that traditional prescriptive rule formulations are the heavily operative factor in producing court decisions...*

No ano seguinte (1931), Llewellyn publica outro importante artigo doutrinário, rebatendo ensaio de R. Pound. Nesse artigo, denominado “Some Realism about Realism – Responding to Dean Pound” (44 Harvard Law Review, p. 1222), ele elenca o que entende serem os sete pontos principais do movimento:

- 1) os realistas concebem o direito como algo em contínua evolução e admitem um papel criativo do juiz;
- 2) concebem o direito como um meio para se atingir finalidades sociais;
- 3) entendem que a sociedade evolui mais rapidamente do que o direito;
- 4) afirmam que frequentemente a motivação do juiz é apenas uma racionalização *a posteriori* das verdadeiras razões de decidir, que permanecem ocultas;
- 5) acreditam na dissociação entre princípios gerais e regras particulares;
- 6) crêem na oportunidade de elaborar conceitos jurídicos mais restritos do que aqueles tradicionais;

<sup>80</sup> LLEWELLYN, Karl. “A Realistic Jurisprudence – The Next Step”. *Columbia Law Review*, 30, p. 55-57, 1930.

7) colocam o acento sobre a oportunidade de avaliar as regras jurídicas com referência ao seu impacto social.<sup>81</sup>

Os realistas pregavam ser um disparate ensinar o Direito como uma realidade objetiva, capaz de direcionar a decisão judicial para um único caminho certo a ser seguido. Defendiam a necessidade de reformar o sistema de ensino jurídico, para que, além do ensino baseado nos precedentes (*casebooks*), os operadores do Direito fossem treinados a lidar com as consequências sociais de suas decisões.

Outra característica geral comum aos autores integrantes do movimento do realismo foi sua abertura interdisciplinar. A convicção de fundo era de que outros cientistas sociais haviam desenvolvido instrumentos cognitivos mais apropriados à compreensão da sociedade complexa do que aqueles oferecidos pela dogmática tradicional. Oliphant, por exemplo, propunha que se utilizassem os instrumentos elaborados por sociólogos e politólogos para a refundação da ciência jurídica<sup>82</sup>. Pode-se também citar aqui a grande contribuição de Jerome Frank (especialmente no seu *Law and the Modern Mind*), ao se utilizar de noções oriundas da psiquiatria para a compreensão do processo de tomada de decisão dos juízes e suas motivações inconscientes e não reveladas.

Para os realistas, os juízes deveriam ser conscientizados da importância de proferirem decisões politicamente sábias, ao invés de simplesmente seguir cegamente os ditames do passado na forma de precedentes judiciais<sup>83</sup>.

---

<sup>81</sup> Conforme síntese de GALLO, Paolo. Op. cit., p. 309.

<sup>82</sup> MATTEI, Ugo. *Common Law – Il diritto anglo-americano*. Torino: UTET, 1992. p. 285.

<sup>83</sup> Sobre o valor e a importância do precedente, no sistema norte-americano, o jurista italiano Enrico dell'Aquila atribui a James Kent (na primeira metade do século XIX) uma postura favorável a uma rigorosa aderência ao precedente, que via no *stare decisis* a premissa essencial para a obtenção da certeza e estabilidade do direito. Por outro lado, identifica em Holmes um posicionamento de maior liberdade do juiz para afastar-se do precedente. Holmes afirmava que uma incondicionada admiração pela tradição podia tornar-se um verdadeiro cativo intelectual. Uma terceira posição, mais moderada, é identificada com Cardozo (“[...] *stare decisis* is an important factor in the judicial process, but it is not the entire process by a long shot[...]”) – in “Case law e *stare decisis* nel diritto nordamericano”, na obra coletiva *La giurisprudenza forense e dottrinale come fonte di diritto*, p. 331-332. Aliás, há uma belíssima passagem de Cardozo que bem ilustra a força operativa prática do precedente, mas ao mesmo tempo revela sua limitação e relatividade: depois de afirmar que “*Stare decisis* é, pelo menos, a norma operante diária do nosso direito”, afirma que “alguns juízes raramente vão além dele, seja qual for o caso. Sua noção do dever limita-se à ideia de casar as cores do caso concreto, que tem em mãos, com as cores de muitos modelos de casos, espalhados sobre a sua mesa de trabalho. Aquele que mais se aproxima do seu nos meios tons fornece a norma aplicável. Mas, naturalmente, nenhum sistema de direito vivo pode evolver mediante tal processo, e nenhum juiz de uma alta Corte, digno de sua investidura, encara sua função tão estreitamente. [...] É quando as cores não se casam, quando as



Coerentes com a posição de que o direito consistiria em meio para a consecução de finalidades sociais, quase todos os realistas envolveram-se na redação da legislação do *New Deal*. Alguns deles chegaram a deixar por períodos relativamente longos a vida acadêmica para aceitar encargos públicos<sup>84</sup>.

Karl N. Llewellyn, um dos vinte mais citados juristas norte-americanos do século XX, inclusive por ter sido o principal redator do importantíssimo Uniform Commercial Code, foi um representante moderado do Realismo. Sustentava que o Direito nada mais é do que a forma como os juízes decidem suas causas. As normas jurídicas tem alguma influência nesse processo, mas não são mais do que apenas um fator entre os vários que influenciam o resultado final<sup>85</sup>.

Segundo análise de M. Rehbinder<sup>86</sup>, ponto central e de partida do *legal realism* de Llewellyn é sua concepção de direito como uma *instituição* que age na vida social. Para ele, direito é algo mais do que a simples “soma de todas as normas jurídicas”. O direito tampouco se resume nas representações (ideais) de justiça; ao direito pertencem também os seres humanos que se ocupam da aplicação e da realização das normas jurídicas, a chamada classe dos juristas (*law-men*). É preciso levar em consideração o comportamento efetivo desta classe de juristas, porque as normas jurídicas como tais dizem muito pouco: elas devem antes passar pelo filtro hermenêutico da classe dos juristas. Direito e classe dos juristas formam, portanto, um todo indiviso, dele resultando a relação de tensão entre a certeza do direito e a justiça do caso singular. À norma jurídica corresponde a regularidade do agir com previsibilidade e certeza do direito. À classe dos juristas corresponde o juízo individualizador da situação particular, o que exige uma margem de liberdade decisional.

Já a vertente mais extremada do Realismo Jurídico pode ser exemplificada na figura de Jerome Frank (1889/1957). Frank tenta relacionar o resultado de

---

referências do fichário falham, quando não há qualquer precedente decisivo, que começa a atividade séria do juiz. Ele deve, então, elaborar o direito para os atuais litigantes. Ao elaborar o direito para estes, estará elaborando-o, também, para outros” (CARDOZO, Benjamin Nathan. *A natureza do processo...*, p. 58.

<sup>84</sup> É o que nos informa MATTEI, Ugo. Op. cit., p. 285.

<sup>85</sup> Outras publicações de Llewellyn são *What Price Contract? – An Essay in Perspective* (publicado na *The Yale Law Journal*, v. 40, 1931, p. 704 e ss.), *Remarks on the Theory of Appellate Decisions and the Rules or Canons About How Statutes are to Be Construed* (publicado na *Vanderbilt Law Review*, v. 3, 1950, p. 395 e ss.), além de clássica obra de de antropologia jurídica, em coautoria com E. Adamson Hoebel, denominada *The Cheyenne Way: Conflict and Case Law in Primitive Jurisprudence*, publicada em 1941 pela University of Oklahoma Press.

<sup>86</sup> REHBINDER, Manfred. *Sociologia del Diritto*. Trad. ital. de Salvatore Patti. Padova: Cedam, 1982. p. 68.



casos judiciais à personalidade do juiz. Usou sua própria experiência como juiz de uma Corte Federal de Apelações<sup>87</sup> (de 1941 a 1957) para afirmar que as decisões judiciais são influenciadas pela dieta do juiz, suas preferências e aborrecimentos pessoais, seus preconceitos e seu estado de ânimo.

Na verdade, Frank distinguia dois grupos dentro do realismo jurídico norte-americano, por ele denominados *rule-sceptics* e *fact-sceptics* (incluindo-se a si próprio neste último). Os primeiros seriam aqueles que não acreditavam na certeza e previsibilidade do Direito, afirmando que, além das “regras do papel”, outros fatores e valores, invisíveis e não revelados, realmente influenciavam o resultado de um determinado caso. Esses valores não revelados afetavam a mente do julgador, especialmente os de segunda instância, sobre os quais recaía a atenção principal dos membros desse grupo. Já os integrantes do grupo dos *fact-sceptics*, embora aceitassem e incorporassem essa visão dos *rule-sceptics*, iam além: afirmavam que o próprio processo da reconstrução judicial dos fatos relevantes para a decisão de um caso era altamente errático. Uma série enorme de fatores e elementos, muitos dos quais inconscientes, poderia determinar o que um juiz (tipicamente o juiz monocrático de primeira instância, sobre quem recaíam preferencialmente as atenções dos *fact-scepticism*) aceitaria como “fatos” da causa. A reconstrução dos fatos dependeria não só de testemunhos deliberadamente falsos, pouco precisos ou equivocados (por falha da memória), mas também de uma vasta soma de preconceitos afetando a avaliação de uma parte ou testemunha, ou até mesmo a disposição pessoal momentânea do juiz (ou jurado) poderia ser decisiva<sup>88</sup>.

Defendendo a ideia de que a livre discricção judicial é a essência do aspecto criador do Direito, afirma Frank que o conhecimento das normas jurídicas pouco serve para prever as decisões de um determinado juiz, segundo sustenta. “Ninguém conhece o direito relativo a algum tema ou situação, transação ou dado acontecimento, até que tenha havido uma decisão específica a respeito”, afirmou ele em seu influente *Law and the Modern Mind*<sup>89</sup>, escrito em 1930, após ter ele se

---

<sup>87</sup> Interessante notar que em livro escrito em 1942 (*If Men Were Angels*), Frank também invocou sua própria experiência profissional para defender a atribuição de funções judiciais a determinadas agências administrativas. Referiu ter sido juiz-presidente da importante *Security and Exchange Commission* e referiu que nessa posição dispunha de meios infinitamente mais poderosos e eficazes para apurar fatos do que aqueles de que dispunha na condição de juiz de um tribunal comum – segundo BRUTAU, José Puig. Op. cit., p. 70.

<sup>88</sup> Uma boa síntese do pensamento de J. Frank encontra-se em KELLY, J. M. Op. cit., p. 367.

<sup>89</sup> FRANK, Jerome. Op. cit., p 21.

dedicado ao estudo da psicologia e psiquiatria durante algum tempo. Passagem famosa desse seu livro (que influenciou uma das vertentes do movimento acadêmico “Law and...”<sup>90</sup>, precisamente o “Law and Psychiatry”) é aquela em que afirma ser um mito a opinião de que o Direito possa ser estável, firme e fixo. Para ele, essa opinião é uma sobrevivência infantil de um “complexo paterno”. Ele afirma que nosso anseio pela certeza do direito nada mais é do que uma espécie de desejo infantil de autoridade paterna (“*Father-Authority*”). Ou seja, ao perdermos a segurança que nos propicia a autoridade do pai, que tudo resolve para nós quando crianças, fornecendo respostas prontas às nossas dúvidas, buscamos resgatar tal segurança na lei, transferindo-lhe a mesma confiança que depositávamos na figura do pai. Como a vida é uma aventura, as relações sociais são mutáveis, e nada é previsível, é infantil, segundo ele, pretendermos obter segurança por meio do direito. Ao homem maduro não restaria alternativa senão aceitar a imprevisível e contínua criação e recriação do direito. À indagação “por que os homens buscam uma certeza jurídica impossível de alcançar?” responde: “porque não superaram a necessidade infantil de um pai autoritário e trataram inconscientemente de procurar no Direito um substituto daqueles atributos de firmeza, certeza e infalibilidade que se conferem, na infância, ao pai”<sup>91</sup>.

Segundo Lawrence Friedman<sup>92</sup>, em seu clássico *History of American Law*, Jerome Frank e Karl Llewellyn repudiavam a mentalidade dos juristas e juízes do final do século XIX, que privilegiavam a lógica jurídica e a pureza dos conceitos e seguiam as lições do formalismo langdelliano. Eles pregavam que o Direito era apenas um instrumento a serviço da sociedade. “Eles se perguntavam: para que serve esta teoria, ou esta regra de Direito? E não aceitavam, como resposta, uma bela série de citações; não bastava invocar a autoridade de nobres figuras

<sup>90</sup> A partir da década de sessenta, muitas faculdades de direito passaram a incluir em seu currículo disciplinas que apontavam para análise interdisciplinar do direito. A primeira delas foi a influente “Law and Economics”. Mas na sequência outras disciplinas foram criadas, como “Law and Literature”, “Law and Society”, “Law and Psychiatry”, “Law and Gender”, “Law and Bioethics”, e também os movimentos da *Critical Race Theory*, *Critical Legal Studies*, *Gay and Lesbian Theory*, etc.). Como referido por Godoy, “o Realismo Jurídico possibilitou também a ascensão do movimento Estudos Críticos do Direito (*Critical Legal Studies*), segundo o qual o direito é política e a assertiva caracteriza o núcleo conceitual do movimento” (GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. “O critical legal studies movement de Roberto Mangabeira Unger: Um clássico da filosofia jurídica e política.” *Revista Jurídica*, Brasília, v. 8, n. 82, p. 49-63, dez./jan. 2007).

<sup>91</sup> FRANK, Jerome, Op. cit.

<sup>92</sup> FRIEDMAN, Lawrence M. *Storia del diritto americano*. Trad. de Elsa Cirilini et alii. Milano: Dott. A. Giuffrè Ed., 1995. p. 712.

de juízes do passado, ou de algum tratado jurídico, nem mesmo deduzir um determinado resultado a partir de princípios expressos em casos precedentes”.

Há quem sustente que a vertente atual do Realismo Jurídico é o pragmatismo legal, movimento crescente na academia jurídica norte-americana, o qual se caracteriza principalmente por adotar a racionalidade como critério de decisão, exigir a consideração das consequências sistêmicas e não apenas específicas ao caso concreto e priorizar o método empírico para a tomada de decisões.

Para Richard Posner, o pragmatismo legal se diferencia do Realismo Jurídico por entender que o último era politicamente comprometido e por isso perdeu vitalidade quando as preocupações políticas que o animaram esmoreceram. Refere que o Realismo Jurídico identificava-se com a política do New Deal, e fundamentava-se em preferências e aversões políticas para suplantarem o lugar do formalismo legal, diferentemente do que ocorre com o pragmatismo legal, o qual se baseia na economia, na teoria dos jogos, na ciência política e em outras disciplinas sociocientíficas<sup>93</sup>.

A maior vulnerabilidade do movimento reside em que os realistas concentram sua atenção naqueles aspectos do Direito que giram ao redor dos processos judiciais. Pouco ou nada se ocuparam do Direito existente fora dos tribunais, que modela a vida diária dos milhões de pessoas que nunca chegam a ter contato com o Judiciário ao longo de sua vida. De fato, como lembra Bodenheimer<sup>94</sup>, o homem comum encontra o direito não litigioso em cada passo de sua vida. A relação matrimonial em que vive, a empresa que dirige, a propriedade que possui, os contratos que celebra, tem sua sanção e garantia jurídica. Se trabalha como assalariado, sua relação com o empregador e as condições do seu trabalho encontram-se fixadas na lei, assim como seus direitos e obrigações, caso seja funcionário público. Em todas essas hipóteses, há pouca imprecisão e incerteza jurídica de que falam os realistas. A maior parte dos conflitos que surgem na vida social resolvem-se fora dos tribunais. Assim, tal constatação faz com que se limite o alcance da importância do realismo jurídico a um segmento relativamente pequeno do Direito existente. E a segunda grande objeção ao realismo jurídico reside em que se pode concordar que uma certa

<sup>93</sup> POSNER, Richard A. *Direito, pragmatismo e democracia*. Trad. Teresa Dias Carneiro, revisão técnica Francisco Bilac M. Pinto Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 65.

<sup>94</sup> BODENHEIMER, Edgar. *Teoria del Derecho*. Trad. de Vicente Herrero. 2. ed. Mexico: FCE, 1994. p. 365.

descrição judicial pode ser conveniente, necessária ou inevitável. Todavia, uma discricção ilimitada do juiz é intolerável e disfuncional.

Também Pérez Luño critica o Realismo Jurídico, taxando-o de demiurgo, na acepção platônica de força criadora e suprema, discordando da concepção em que os juízes exercem o monopólio judicial na criação do Direito<sup>95</sup>.

Para encerrar, colocamos uma reflexão comparativa, trazida por Giovanni Tarello, envolvendo a noção de independência judicial pregada pelos realistas com aquela difundida na Europa, no mesmo período histórico. De fato, segundo Tarello,

enquanto na Europa a ideologia da independência do judiciário constituía (ainda que mais ilusória do que real) um obstáculo à supressão das liberdades civis e políticas levadas a efeito pelo legislativo, na América essa mesma ideologia constituía (na realidade) um obstáculo à política social e aos interventos econômicos do legislativo federal; enquanto na Europa a classe judiciária era vista (ainda que normalmente se tratasse de uma visão errada) como uma tenaz defensora das liberdades civis e políticas, na América a classe judiciária era (frequentemente) uma tenaz defensora das liberdades econômicas individuais.<sup>96</sup>

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Acompanhando movimentos de reação ao formalismo e dogmatismo que dominaram o século XIX na Europa, também nos Estados Unidos se sentiu uma “revolta contra o formalismo” na primeira metade do século XX. Na Europa, a reação à exegese francesa e ao pandectismo alemão deu-se principalmente por meio da Escola Científica francesa, capitaneada por François Geny, e das escolas alemãs da jurisprudência dos interesses (Ihering) e a do direito livre, de Kantorowicz. Nos Estados Unidos, a reação se deu, inicialmente, pela *sociological jurisprudence* e, de forma mais radical, pelo movimento do realismo jurídico norte-americano (que não tem pontos significativos de contato com o movimento homônimo escandinavo).

<sup>95</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Perspectivas e tendências atuais do Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 67-71.

<sup>96</sup> TARELLO, Giovanni. *Il realismo giuridico americano...*, p. 246.

Em todos esses movimentos ou escolas, tanto os europeus quanto os norte-americanos, sobressai uma crítica a uma visão dogmática e positivista do direito, como algo fechado, quase imóvel, e de cujas normas derivassem respostas inequívocas para todos os conflitos humanos e sociais. Tais escolas críticas se abrem a uma visão mais interdisciplinar e reconhecem que o dado legislativo não é tanto o ponto de chegada, mas sim o ponto de partida, que exige a mediação do jurista – com destaque para o juiz, segundo as correntes norte-americanas – para sua concreta aplicação. Ao contrário das teorias clássicas, reconhece-se um papel criador do juiz, *malgré lui-même*.

Enquanto na Europa as escolas e os movimentos jurídicos quase sempre são concebidos, gestados e aprofundados na Academia, nos Estados Unidos quase sempre há uma participação importante dos magistrados, mercê de uma histórica posição de maior destaque do Judiciário norte-americano como motor jurídico da nação frente à doutrina.

No caso da *sociological jurisprudence*, as figuras de maior destaque envolveram o acadêmico Roscoe Pound e o magistrado Oliver Wendell Holmes, Jr., além de outro notável magistrado, Benjamin Nathan Cardozo. Sua crítica ao formalismo e o reconhecimento de um papel criador do magistrado foram retomadas pelo movimento que surgiu na sequência.

Especialmente a visão jurídica de Holmes influenciou grandemente o movimento do realismo jurídico norte-americano, capitaneado pelo jurista Karl N. Llewellyn e pelo jurista-magistrado Jerome Frank. A abertura interdisciplinar desse movimento foi maior do que a admitida pela *sociological jurisprudence*. Também sua crítica ao formalismo foi mais radical. Especialmente J. Frank ironizava a suposta certeza buscada pelas pessoas ao recorrerem ao Direito, afirmando que tal certeza era um mito que explicava com base em uma visão psicanalítica – as pessoas infantilmente buscavam na lei a segurança e conforto que a figura do pai lhes propiciava na infância. Também foi importante a contribuição – embora demasiadamente radical – de ambos os movimentos (com destaque para a visão radical de Frank) para mostrar como o ato de julgar não é tão puro e isento como se pregava, pois não havia como o juiz pudesse evitar ser influenciado por fatores inconscientes, preconceitos, e até mesmo por estados de espírito conjunturais.

Outra grande contribuição, especialmente do realismo jurídico, foi chamar a atenção para a necessidade do jurista em geral – e do magistrado em particular – de levar em consideração as consequências das soluções jurídicas

alvitradas ou das decisões tomadas. Ou seja, não bastaria ao magistrado montar um abstrato silogismo logicamente coerente. Tão importante quanto isso era prestar atenção às reais consequências da decisão, já que o Direito deveria estar permanentemente comprometido com determinadas finalidades sociais.

Tanto a abertura para a interdisciplinaridade quanto a necessidade de se estar atento às consequências das decisões jurídicas foram aspectos que subsistiram ao ocaso dos movimentos, sendo incorporados principalmente pelo importante movimento do *Law and Economics*, ou *economic analysis of law*.

Em que pese o Realismo Jurídico não ter sido explorado e incorporado na doutrina do ordenamento jurídico pátrio, é incontestável que, a exemplo do ocorrido no Judiciário norte-americano, o movimento abriu espaço para o pragmatismo jurídico, o qual, em consonância com a maior complexidade das causas, da mutação da dinâmica da realidade mais fortemente vivenciada, exige que a decisão judicial considere não apenas os ditames legais, mas também os efeitos sistêmicos decorrentes, concentrando-se mais nas consequências reais de decisões políticas e jurídicas do que em teorias abstratas.

O presente estudo, longe de abordar por completo os movimentos da *sociological jurisprudence* e do Realismo Jurídico e seus efeitos na comunidade jurídica norte-americana, apenas realça os seus aspectos mais importantes, que, ao desacreditar as bases do pensamento jurídico clássico, mudou para sempre a aplicação e interpretação do Direito, notadamente possibilitando o fortalecimento de várias escolas do pensamento jurídico focadas em uma abordagem mais realista e pragmática do Direito, com forte abertura interdisciplinar.

Um exemplo da visão empírica e pragmática legada por Holmes é dado pelo seguinte trecho constante do seu *The Path of the Law*: “É revoltante não poder dar a uma norma justificação melhor do que o fato de ter sido promulgada à época do reinado de Henry IV. Ainda mais revoltante é o fato de que, apesar de terem desaparecido no tempo as razões pelas quais foi promulgada, esteja ela ainda vigente apenas por uma cega imitação do passado”<sup>97</sup>.

Lá, como aqui, tal visão deve servir de permanente guia, para evitar que continuemos a reproduzir acriticamente o passado, como se o Direito fosse um navio que navegasse com uma lanterna na popa.

## REFERÊNCIAS

<sup>97</sup> O. Wendell Holmes. “The Path of the Law”, lido na tradução italiana “La via del diritto”, in: HOLMES, Oliver Wendell. *Opinioni dissenzienti...*, p. 271.

AICHELE, Gary Jan. *Oliver Wendell Holmes Jr. – Soldier, scholar, judge*. Twayne Publishers, 1989.

ARRUDA, Thais Nunes. *Juízes & Casos Difíceis: o pragmatismo de Richard Posner e a Crítica de Ronald Dworkin*. Curitiba: Juruá, 2014.

BATIFFOL, Henri. *A filosofia do direito*. Lisboa: Editorial Notícias, s/d.

BODENHEIMER, Edgar. *Teoría del Derecho*. Trad. de Vicente Herrero. 2. ed. Mexico: FCE, 1994.

BRUTAU, José Puig. *A jurisprudência como fonte do direito*. Porto Alegre: Coleção Ajuris, 1977.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *A evolução do ativismo judicial na Suprema Corte norte-americana*. Disponível em: <[http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013\\_06\\_04693\\_04741.pdf](http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013_06_04693_04741.pdf)>. Acesso em: 25 nov. 2014.

CARDOZO, Benjamim Nathan. The nature of the judicial process (1921) apud GILMORE, Grant. *Le grandi epoche del diritto americano*. Trad. ital. de Ilaria Mattei. Milano: Giuffrè, 1991.

COHEN, Jeremy. *Congress Shall make no law – Oliver Wendell Holmes, the First Amendment, and Judicial Decision Making*. Ames: Iowa State University Press, 1989.

COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott (Ed.). *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*. New York: Oxford University Press, 2002.

DELL'AQUILA, Enrico. "Case law e stare decisis nel diritto nordamericano". In: AA.VV. *La giurisprudenza forense e dottrinale come fonte di diritto*. Milano, Giuffrè, 1985.

DÍAS, José Ramón Cossío. *Derecho y análisis económico*. México: Fondo de Cultura Económica, 2014.

DUXBURY, Neil. *Patterns of American Jurisprudence*. New York: Oxford University Press, 1997.

DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. São Paulo: Martins Fonte, 2010.

\_\_\_\_\_. *Justice in Robes*. Cambridge/Mass.: Belknap Press of Harvard University Press, 2006.

FISHER III, William W.; HORWITZ, Morton J.; REED, Thomas A. (Ed.). *American Legal Realism*. New York: Oxford University Press, 1993.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. "A jurisprudência sociológica nos Estados Unidos da América do Norte". *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, v. 1, n. 28, p. 123-133, 1992.

FRANK, Jerome. *Law and the Modern Mind*. New York: Brentano's Inc, 1930.



FRIEDMAN, Lawrence M. *American Law – An Introduction*. 2. ed. New York: Norton, 1998.

\_\_\_\_\_. *American Law in the 20th Century*. New Haven: Yale University Press, 2002.

\_\_\_\_\_. *Storia del diritto americano*. Trad. de Elsa Cirlini et alii. Milano: Dott. A. Giuffrè Ed., 1995.

GALLO, Paolo. *Grandi Sistemi Giuridici*. Torino: Giappichelli, 1997.

GICO JR., Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: TIM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GILMORE, Grant. *Le grandi epoche del diritto americano*. Trad. ital. de Ilaria Mattei. Milano: Giuffrè, 1991.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. “O critical legal studies movement de Roberto Mangabeira Unger: Um clássico da filosofia jurídica e política.” *Revista Jurídica*, Brasília, v. 8, n. 82, p. 49-63, dez./jan. 2007.

\_\_\_\_\_. O Realismo Jurídico em Oliver Wendell Holmes Jr. Disponível em: <<http://www.arnaldogodoy.adv.br/artigos/holmes.htm>>. Acesso em: 25 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. *O realismo jurídico norte-americano, a tese de Charles Beard e a experiência constitucional internacional contemporânea*. Disponível em: <<http://portalrevistas.ucb.br/index.php/RDIET/article/viewFile/4478/2787>>. Acesso em: 24 nov. 2014.

GRECHENIG, Kristoffel; GELTER, Martin Gelter. A divergência transatlântica no pensamento jurídico: o direito e economia norte-americano *vs.* o doutrinalismo alemão. Tradução de Gustavo Sampaio de Abreu Ribeiro. Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE). Annual Papers. Publication date: 26.04.2010. Disponível em: <<http://escholarship.org/uc/item/5rh8f1vf>>. Acesso em: 25 jan. 2016.

HALL, Kermit L.; PATRICK, John J. *The Pursuit of Justice – Supreme Court Decisions that Shaped America*. New York: Oxford University Press, 2006.

\_\_\_\_\_; WIECEK, William M.; FINKELMAN, Paul. *American Legal History – Cases and Materials*. 2. ed. New York: Oxford University Press, 1996.

HERKENHOFF, João Baptista. *Como aplicar o direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

HOLMES JR., Oliver Wendell. *The Common Law*. New York: Dover Publications Inc., 1991.

HOLMES, Oliver Holmes. *Opinioni Dissenzienti*. Milano: Giuffrè, 1975.

HOLMES, Oliver Wendell. *The path of the Law*. Harvard Law Review, 10: 457 (1897). Também disponível em: <<http://www.gutenberg.org/files/2373/2373-h/2373-h.htm>>. Acesso em: 7 jan. 2016.

JAMES, William. Pragmatism (1907) apud BODENHEIMER, Edgar. *Teoria del Derecho*. Trad. Vicente Herrero. 2. ed. Mexico: FCE, 1994.



KAUFMANN, Arthur. “A problemática da filosofia do direito ao longo da história”. In: \_\_\_\_\_; HASSEMER, Winfried (Org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Trad. Marcos Keel e Manuel S. de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KELLY, J. M. *A Short History of Western Legal Theory*. New York: Oxford University Press, 1996.

KENS, Paul. Verbete “Lochner v. New York”. In: HALL, Kermit L. (Ed.). *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*. New York: Oxford University Press, 1992.

LIRA FILHO, Roberto. *A filosofia jurídica nos Estados Unidos da América: Revisão Crítica*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1977.

LLEWELLYN, Karl. “A Realistic Jurisprudence – The Next Step”. *Columbia Law Review*, 30, p. 55-57, 1930.

MATTEI, Ugo. *Common Law – Il diritto anglo-americano*. Torino: UTET, 1992.

MINDA, Gary. *Teorie postmoderne del diritto*. Trad. de Cristina Colli. (1995). Bologna: Il Mulino, 2001.

PATTARO, Enrico (Org.). *Contributi ao Realismo Giuridico*. Milano: Giuffrè, 1982.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Perspectivas e tendências atuais do Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo: teoria social e política*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005.

POSNER, Richard A. *Direito, pragmatismo e democracia*. Trad. Teresa Dias Carneiro, revisão técnica Francisco Bilac M. Pinto Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

\_\_\_\_\_. *How Judges Think*. Cambridge/Massachusetts: Harvard University Press, 2008.

\_\_\_\_\_. *The essential Holmes: selections from the letters, speeches, judicial opinions and other writings of Oliver Wendell Holmes*. University of Chicago Press, 1992.

REHBINDER, Manfred. *Sociologia del Diritto*. Trad. ital. de Salvatore Patti. Padova: Cedam, 1982.

SCHWARTZ, Bernard. *Algunos artifices del derecho norteamericano*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1989.

\_\_\_\_\_. “Justice Oliver Wendell Holmes, Jr”. In: GROSSMAN, George (Ed.). *The Spirit of American Law*. Boulder/Colorado: Westview, 2000.

\_\_\_\_\_. *A History of the Supreme Court*. New York: Oxford University Press, 1993.

TARELLO, Giovanni, *Cultura giuridica e política del diritto*. Bologna: Il Molino, 1988.

\_\_\_\_\_. *Il realismo giuridico americano*. Milano: Giuffrè, 1962.

TREVES, Renato. *Sociologia do Direito*. Trad. Marcelo Branchini. 3. ed. Barueri/SP: Manole, 2004.

TUSHNET, Mark. *I Dissent - Great Opposing Opinions in Landmark Supreme Court Cases*. Boston: Beacon Press, 2008.

WHITE, G. Edward. *The American Judicial Tradition - Profiles of Leading American Judges*. New York: Oxford University Press, 1988.

Submissão em: 22.07.2016

Avaliado em: 18.08.2016 (Avaliador A)

Avaliado em: 28.07.2016 (Avaliador B)

Aceito em: 14.09.2016



# BRASIL: ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO AMBIENTAL?

*BRAZIL: DEMOCRATIC STATE ENVIRONMENTAL LAW?*

**Ewerton Ricardo Messias<sup>1</sup>**

Professor nos Cursos de Graduação em Direito e Administração da Universidade de Marília - Unimar/SP

**ÁREA(S) DO DIREITO:** direito constitucional; direito ambiental.

**RESUMO:** A alteração de comportamento econômico, social e ambiental propiciada pelos avanços científicos e tecnológicos a partir do desenvolvimento industrial redundou na instalação de uma verdadeira crise ambiental. Tal crise externalizou-se em problemas ambientais de ordem mundial. Diante de tais problemas ambientais mundiais surgem novos desafios à democracia, que orientam a busca de um Estado Democrático de Direito ambiental. Assim, o presente artigo desenvolver-se-á pautado na premissa de que os Estados, para serem considerados como Estados

Democráticos de Direito ambiental, devem incorporar substancialmente a proteção jurídica e política dos direitos humanos e das garantias fundamentais, entre elas a garantia de fruição de um meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações.

**PALAVRAS-CHAVE:** risco ambiental; Estado de Direito; democracia sustentada.

**ABSTRACT:** *The change of economic, social and environmental behavior provided by scientific and technological advances from the industrial development, resulted in the installation of a true environmental crisis. Such outsourced crisis in environmental problems of world order. In the face of such*

---

<sup>1</sup> Capitão da Polícia Militar do Estado de São Paulo. Comandante da 4ª Companhia de Polícia Militar Ambiental de Marília/SP. Mestre em Direito. Coordenador do Curso Superior de Tecnologia em Gestão Ambiental da Universidade de Marília - Unimar. Professor nos Cursos de Graduação em Direito e Administração da Universidade de Marília - Unimar. Faculdade de Direito, Núcleo de Apoio à Pesquisa Científica, Marília/SP. E-mail: ewerton\_messias@hotmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/1361703878121901>.

*global environmental problems arise new challenges to democracy, that guide the search for a democratic State of environmental law. So, present article will be developed based on the premise that the states, to be considered as democratic states of environmental law, should substantially embed the legal and political protection of human rights and of fundamental guarantees, among them the guarantees for the enjoyment of an ecologically balanced environment for present and future generations.*

**KEYWORDS:** *environmental risk; rule of law; sustained democracy.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 O estado de caos ambiental; 2 A sociedade de risco e o Estado Democrático de Direito ambiental; 3 Estado Democrático de Direito ambiental; Conclusão; Referências.

**SUMMARY:** *Introduction; 1 State environmental chaos; 2 Risk society and the State Democratic environmental Law; 3 State Democratic environmental Law; Conclusion; References.*

## INTRODUÇÃO

Os avanços científicos e tecnológicos advindos do crescimento industrial resultaram em alterações de comportamento econômico, social e ambiental, que, seguidos da globalização econômica e da massificação do consumo, levaram a sociedade a não encontrar limites de contentamento, encontrando-se em um ritmo acelerado de consumismo global, o qual, aliado à crescente busca pelo lucro, levada a efeito pelas empresas, contribuiu sobremaneira para a instalação de uma verdadeira crise ambiental, cujos efeitos são experimentados em nível mundial.

A sociedade, até então preocupada com a busca da igualdade, passa a preocupar-se também com a busca da segurança, diante do risco transfronteiriço contido na degradação ambiental.

A preocupação com relação à proteção do equilíbrio ambiental em todo o mundo vem evoluindo na mesma proporção do agravamento da crise ambiental.

A evolução das normas de proteção ambiental em nível mundial tentou e continua tentando acompanhar esta acelerada alteração de comportamento socioeconômico. É certo que houve um longo caminho na elaboração normativa ambiental em nível mundial; no entanto, embora a normatização ambiental tenha conseguido evoluir, principalmente no período compreendido entre o final do século XX e o início do século XXI, ainda não há, concretamente, vontade e compromisso político e econômico em fazer cumprir estas normas. Exemplo

disso são os problemas ambientais experimentados em nível mundial, e entre eles podem-se citar as mudanças climáticas e a escassez de água potável.

A ampliação dos riscos ambientais na sociedade pós-moderna, devido a sua desconsideração ou má gestão, propicia o surgimento de novos desafios, que orientam a busca de um Estado Democrático de Direito ambiental, o qual se afasta muito dos conceitos ligados a qualquer tipo de fanatismo ecológico.

Neste contexto e tomando por base o contido na Constituição Federal de 1988, o presente artigo pretende investigar se a República Federativa do Brasil pode ser considerada, formal e substancialmente, como um Estado Democrático de Direito ambiental.

## 1 O ESTADO DE CAOS AMBIENTAL

Com o crescimento industrial, houve avanços científicos e tecnológicos que resultaram em uma alteração de comportamento econômico, social e ambiental, pois a sociedade passou a não encontrar limites de contentamento, encontrando-se em um ritmo acelerado de consumismo global, o qual, aliado à crescente busca pelo lucro, levada a efeito pelas empresas, contribuiu sobremaneira para a instalação de uma verdadeira crise ambiental.

A preocupação com relação à proteção do equilíbrio ambiental em todo o mundo vem evoluindo na mesma proporção do agravamento da crise ambiental, constatada desde 1972, por meio do Relatório *The Limits to Growth*, encomendado pelo Clube de Roma ao *Massachusetts Institute of Technology* (MIT)<sup>2</sup>, oportunidade em que a equipe de cientistas composta por Donella H. Prados, Dennis L. Prados, Jorgen Randers e William W. Behrens III examinou os cinco fatores básicos que determinavam e, por conseguinte, em última análise limitavam o crescimento no Planeta Terra, sendo eles a população, a produção agrícola, os recursos naturais, a produção industrial e a poluição<sup>3</sup>.

O relatório explorou uma série de cenários, de forma a demonstrar a contradição do crescimento ilimitado e irrestrito no consumo de materiais, em um mundo finito de recursos naturais. Para o enfrentamento de tal questão, o relatório destacou as escolhas abertas à sociedade para conciliar progresso sustentável dentro das restrições ambientais<sup>4</sup>, são elas:

<sup>2</sup> The story of the Club of Rome. Disponível em: <<http://www.clubofrome.org/?p=375>>. Acesso em: 19 jun. 2014.

<sup>3</sup> Idem.

<sup>4</sup> Idem.

1. Se as atuais tendências de crescimento da população mundial – industrialização, poluição, produção de alimentos e diminuição dos recursos naturais – continuarem imutáveis, os limites de crescimento neste planeta serão alcançados algum dia dentro dos próximos cem anos. O resultado mais provável é um declínio súbito e incontrolável, tanto da população quanto da capacidade industrial.
2. É possível modificar estas tendências de crescimento e formar uma condição de estabilidade ecológica e econômica que se possa manter até um futuro remoto. O estado de equilíbrio global poderá ser planejado de tal modo que as necessidades materiais básicas de cada pessoa na terra sejam satisfeitas e que cada pessoa tenha igual oportunidade de realizar seu potencial humano individual.
3. Se a população do mundo decidir empenhar-se em obter este segundo resultado, em vez de lutar pelo primeiro, quanto mais cedo ela começar a trabalhar para alcançá-lo, maiores serão suas possibilidades de êxito.<sup>5</sup>

O Clube de Roma, por meio do Relatório *The Limits to Growth*, trouxe a questão ambiental para o topo da agenda global.

A crise ambiental, externalizada no aumento expressivo da exploração dos recursos naturais e na geração, sem controle adequado, de resíduos sólidos, efluentes líquidos e emissões gasosas, provenientes das indústrias e residências, redundou em problemas ambientais que foram e vem sendo experimentados de maneira transnacional, como as mudanças climáticas, a escassez de água potável, a perda de biodiversidade, entre outros problemas ambientais mundiais.

A evolução das normas de proteção ambiental em nível mundial tentou e continua tentando acompanhar esta acelerada alteração de comportamento socioeconômico, por meio da formulação de normas baseadas em uma visão sistêmica dos mecanismos de tutela do meio ambiente, tendo por finalidade propiciar a proteção do equilíbrio ambiental.

É certo que houve um longo caminho na elaboração normativa ambiental em nível mundial; no entanto, embora a normatização ambiental tenha conseguido evoluir, principalmente no período compreendido entre o final do século XX e o início do século XXI, ainda não há, concretamente, vontade e compromisso político e econômico em fazer cumprir estas normas. Exemplo

---

<sup>5</sup> MEADOWS, Donella H.; MEADOWS, Dennis L.; RANDERS, Jørgen et al. *Limites do crescimento*. São Paulo: Perspectiva AS, 1973. p. 20.

disso são os problemas ambientais experimentados em nível mundial, e entre eles podem-se citar as mudanças climáticas e a escassez de água potável.

As mudanças climáticas, perceptíveis por meio da alteração dos regimes de chuva, do aumento da intensidade dos furacões, do aumento do nível dos oceanos, entre outros fenômenos, têm relação direta com o aquecimento global e este tem se agravado em virtude da ausência de incorporação substancial da variável ambiental nos processos decisórios dos Estados e da iniciativa privada, fato que impede ou pelo menos dificulta a adoção de medidas adequadas e efetivas para a redução das emissões de gases de efeito estufa, produzidos por processos produtivos voltados tão somente ao desenvolvimento econômico, em detrimento do desenvolvimento social e ambiental, onde há a contínua internalização dos lucros pelos ricos, seguida, da também contínua, socialização dos riscos ambientais e sociais.

As diversas conferências realizadas para a discussão dos efeitos das mudanças climáticas ainda não chegaram a um resultado prático satisfatório, visto que o seu maior resultado, o Protocolo de Quioto, mostrou-se insuficiente para o cumprimento da meta de redução de emissões de gases de efeito estufa, pois, segundo o relatório elaborado pelo Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente, a estimativa de emissões globais de gases de efeito estufa em 2010 foi aproximadamente 14% maior do que o que deveríamos registrar em 2020<sup>6</sup>.

Tal panorama indica que de nada adianta um tratado internacional pela redução das emissões dos gases de efeito estufa, visando a amenizar os efeitos do aquecimento global, se as Nações signatárias não criarem e adotarem dispositivos legais aptos a impor, em seu território, metas e medidas de redução de emissões nos processos produtivos, aliados às políticas públicas que lhes deem efetividade, como incentivos fiscais para aqueles que cumprirem as metas e aplicação de sanções rigorosas para aqueles que não as cumprirem.

No Brasil, as queimadas realizadas na mata amazônica são o principal fator de emissões de dióxido de carbono na atmosfera. Com relação a isso, o Governo Federal vem realizando, por meio de seus órgãos, várias operações visando a coibir tal prática, fato que redundou, no ano de 2012, na redução em

---

<sup>6</sup> UNEP. Relatório sobre o déficit de emissões 2012. Disponível em: <[http://www.unep.org/publications/ebooks/emissionsgap2012/portals/50143/Emissions2012\\_Exec\\_Summary\\_PR.pdf](http://www.unep.org/publications/ebooks/emissionsgap2012/portals/50143/Emissions2012_Exec_Summary_PR.pdf)>. Acesso em: 8 mar. 2013.



16% das emissões em relação a 2011<sup>7</sup>. Todavia, não se verificam atuações efetivas do Poder Público quanto às emissões realizadas, por exemplo, pelas indústrias petrolíferas, pelas companhias de aviação civil, pelas empresas de transporte rodoviário, entre outras, pois o que se constata é que, em alguns casos, as ações resumem-se à apresentação de inventários de emissões, sem qualquer punição efetiva para quem não cumprir eventuais metas traçadas, em lei, pelo Poder Público.

Com relação à questão da escassez de água potável, cumpre salientar que o Planeta Terra possui cerca de 1,6 bilhões de km<sup>3</sup> de água, dos quais aproximadamente 1,35 bilhões de km<sup>3</sup> é de água salgada, 29 milhões de km<sup>3</sup> é de água doce congelada nas geleiras e calotas, 8,6 milhões de km<sup>3</sup> é de água doce nos continentes e sob eles, e 13 mil km<sup>3</sup> estão na forma de vapor de água na atmosfera<sup>8</sup>.

Assim, 75% da superfície da terra é coberta por água. No entanto, 97,5% da água existente na terra é salgada; 2,5% se encontram nas calotas polares, as quais são consideradas as reservas mais puras do Planeta, porém a sua exploração não é viável; 0,7% encontram-se nos lençóis subterrâneos; e apenas 0,007% da água existente no Planeta estão nos rios e lagos<sup>9</sup>.

Com as alterações no clima a provocar um grande desequilíbrio na distribuição das chuvas, a capacidade dos ecossistemas em recompor as suas reservas tem sido prejudicada. Cresce o risco de aumentar a desertificação no mundo, enquanto em regiões tradicionalmente ricas para a agricultura, como o Brasil, não conseguem mais manter uma produção estável.

No Brasil, a divisão da água ainda é desigual em relação aos usos e às responsabilidades de cada setor.

A agricultura fica com cerca de 70% da água captada em mananciais, usada muitas vezes sem o devido cuidado em relação às técnicas de irrigação, além de deixar escorrer novamente para os cursos d'água uma grande quantidade de produtos utilizados como fertilizantes e defensivos agrícolas. Na verdade,

---

<sup>7</sup> BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação. Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais. Emissões por desmatamento caem 16% na Amazônia. Disponível em: <[http://www.inpe.br/noticias/noticia.php?Cod\\_Noticia=3180](http://www.inpe.br/noticias/noticia.php?Cod_Noticia=3180)>. Acesso em: 8 mar. 2013.

<sup>8</sup> ALMEIDA JUNIOR, Amandio; HERNADEZ, Fernando Braz Tangerino. Água – Nova realidade. Disponível em: <<http://www.agr.feis.unesp.br/avp280601.htm>>. Acesso em: 23 set. 2014.

<sup>9</sup> Idem.

venenos que precisarão ser retirados, em seu próximo uso, em estações de tratamento que vão enviar água encanada às residências e indústrias.

A escassez de água no mundo é agravada pela desigualdade social e pela falta de manejo e usos sustentáveis dos recursos naturais. De acordo com o Fundo das Nações Unidas para a Infância (Unicef), dos “783 milhões de pessoas no mundo sem acesso à água potável melhorada, 119 milhões vivem na China; 97 milhões, na Índia; 66 milhões, na Nigéria; 36 milhões, na República Democrática do Congo; e 15 milhões, no Paquistão”<sup>10</sup>.

As diferenças registradas entre os países desenvolvidos e os em desenvolvimento demonstram que a crise mundial dos recursos hídricos está diretamente ligada às desigualdades sociais.

Há regiões com índices críticos de disponibilidade d’água, “como nos países do Continente Africano, onde a média de consumo de água por pessoa é de dezenove metros cúbicos/dia, ou de dez a quinze litros/pessoa”<sup>11</sup>. Por outro lado, “em Nova York, há um consumo exagerado de água doce tratada e potável, aonde um cidadão chega a gastar dois mil litros/dia”<sup>12</sup>.

Segundo a Unicef, “pelo menos 11% da população mundial, correspondente a 783 milhões de pessoas, continua a não ter acesso à água potável segura, e milhares de milhões de pessoas continuam sem ter acesso a meios de saneamento”<sup>13</sup>.

A Unicef alerta que,

apesar de atualmente 87% da população mundial (quase 5,9 bilhões de pessoas) ter acesso a uma fonte melhorada de água potável, o risco de poluição da água continua, muitas vezes devido a fatores ambientais, como a crescente urbanização, industrialização e problemas de saneamento. Além disso, a qualidade da

<sup>10</sup> BRASIL. Crianças morrem diariamente devido à falta de água potável, saneamento básico e higiene, diz Unicef. Unicef Brasil. Disponível em: <[http://www.unicef.org/brazil/pt/media\\_25190.htm](http://www.unicef.org/brazil/pt/media_25190.htm)>. Acesso em: 23 set. 2014.

<sup>11</sup> COMPANHIA AMBIENTAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. O problema de escassez de água no mundo. Disponível em: <<http://www.cetesb.sp.gov.br/agua/%C3%81guas-Superficiais/37-O-Problema-da-Escassez-de-%C3%81gua--no-Mundo>>. Acesso em: 23 set. 2014.

<sup>12</sup> Idem.

<sup>13</sup> BRASIL. Alcançado o ODM para água potável. Unicef Brasil. Disponível em: <[http://www.unicef.org/brazil/pt/media\\_22801.htm](http://www.unicef.org/brazil/pt/media_22801.htm)>. Acesso em: 23 set. 2014.

água potável muitas vezes diminui significativamente após a coleta de uma fonte melhorada, especialmente em ambientes de renda baixa, onde as fontes de água podem ser distantes das residências.<sup>14</sup>

Verifica-se que os problemas ambientais mundiais, responsáveis pelo agravamento da crise ambiental, apontam para um estado de caos ambiental, onde as normas ambientais existentes somente têm sido incorporadas pelo Poder Público e pela iniciativa privada do ponto de vista formal, mas não material (substancial), funcionando apenas como uma espécie de *marketing* ambiental político-econômico, contribuindo, assim, para o agravamento do desequilíbrio ambiental, atingindo diretamente o direito fundamental, das atuais e futuras gerações, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Tal omissão em incorporar de forma substancial a variável ambiental nos processos decisórios públicos e privados torna cada vez mais distante a existência de um Estado Democrática de Direito ambiental voltado a viabilizar condições dignas de vida a seus cidadãos, por meio da garantia do mínimo existencial expresso na garantia de moradia, educação, saúde, segurança, trabalho e um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

## 2 A SOCIEDADE DE RISCO E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO AMBIENTAL

As grandes catástrofes naturais vivenciadas pela humanidade em virtude de problemas ambientais fizeram despertar a discussão acerca do conceito de sociedade de risco, criado por Ulrich Beck<sup>15</sup>. Para Lash, Szerszynski e Wynne, a sociedade de risco pode ser entendida como

uma fase do desenvolvimento da sociedade moderna, onde os riscos sociais, políticos, ecológicos e individuais, criados pelo momento da inovação, iludem cada vez mais as instituições de controle e proteção da sociedade industrial.<sup>16</sup>

<sup>14</sup> BRASIL. A deterioração da qualidade da água ameaça os avanços globais em relação ao acesso à água potável. Unicef Brasil. Disponível em: <[http://www.unicef.org/brazil/pt/media\\_17358.htm](http://www.unicef.org/brazil/pt/media_17358.htm)>. Acesso em: 23 set. 2014.

<sup>15</sup> BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. 2. ed. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 9.

<sup>16</sup> LASH, Scott; SZERSZYNISKI, Bronislaw; WYNNE, Brian (Coord.). *Risk, environment & modernity: towards a new ecology*. London: Sage Publications, 1998. p. 27. Apud LEITE, José Rubens Morato.

A crise ambiental, “deflagrada, principalmente, a partir da constatação de que as condições tecnológicas, industriais e formas de organização e gestões econômicas da sociedade estão em conflito com a qualidade de vida”<sup>17</sup>, desperta na sociedade uma nova preocupação. Com a massificação social e, conseqüentemente, a globalização da economia, a sociedade, até então preocupada com a busca da igualdade, passa a preocupar-se, também, com a busca da segurança, diante do risco transfronteiriço contido na degradação ambiental, pois atitudes impensadas e irresponsáveis podem redundar em riscos incalculáveis, com a possibilidade de catástrofes e resultados imprevisíveis na dimensão da estrutura social<sup>18</sup>.

O risco da degradação ambiental não respeita fronteiras e nem classe social e, conforme ensina Ulrick Beck<sup>19</sup>, atinge a todos indistintamente; no entanto, de acordo com o autor, as classes sociais menos favorecidas encontram-se em condições de maior vulnerabilidade<sup>20</sup>, em virtude de residirem em locais distantes, muitas vezes, considerados de risco, como, por exemplo, nas periferias, próximo às encostas, córregos poluídos, lixões, usinas nucleares, distritos industriais etc. Assim, devido à distância dos centros urbanos e à proximidade com os locais de risco, as classes menos favorecidas acabam estando mais vulneráveis à falta de água potável e a eventuais acidentes, decorrentes de ações antrópicas ou de fenômenos naturais catastróficos, suportando, desta forma, os efeitos negativos diretos da degradações ambientais, que redundam em danos graves, como a perda de vidas e moradias.

As classes mais ricas, na maioria das vezes, acabam por suportar os efeitos indiretos das degradações ambientais, que, no mais das vezes, redundam em danos, como ausência temporária de transmissão de energia, interdições de vias públicas etc. Porém, mesmo as classes mais ricas estão sujeitas a danos graves, provenientes de acidentes ou fenômenos naturais catastróficos, como o ocorrido, no ano de 2010, em Angra dos Reis, no Estado do Rio de Janeiro, onde, devido ao excesso de chuvas, aliado às intervenções antrópicas realizadas na parte superior de um morro, ocorreu o escorregamento de uma encosta, atingindo um

---

*Dano ambiental: do individual ao coletivo, extrapatrimonial.* 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2003. p. 25.

<sup>17</sup> LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo, extrapatrimonial.* 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2003. p. 21.

<sup>18</sup> *Idem*, p. 25.

<sup>19</sup> BECK, Ulrich. *Op. cit.*, p. 9.

<sup>20</sup> *Idem*, *ibidem*, loc. cit.

Resort construído na parte inferior do morro, causando a perda de várias vidas e a destruição das instalações do Resort.

Na sociedade moderna, a lógica da produção de riqueza da sociedade industrial domina a lógica da produção de risco. O modelo de economia ocidental, altamente pautado na exploração predatória dos recursos naturais, foi agravado pelo desenvolvimento industrial, que subjugou a natureza, convertendo-a em pré-requisito de consumo e de mercado, do modo de vida no sistema industrial. Neste sentido, Ulrich Beck afirma que

a oposição entre natureza e sociedade é uma construção do século XIX, que serve ao duplo propósito de controlar e ignorar a natureza. A natureza foi subjugada e explorada no final do século XX e, assim, transformada de fenômeno externo em interno, de fenômeno predeterminado em fabricado.<sup>21</sup>

Ao longo do tempo a humanidade aprendeu, por meio do acúmulo do conhecimento, a defender-se das ameaças da natureza externa. No entanto, está praticamente indefesa das ameaças da natureza interna, que, absorvida pelo sistema industrial, gera perigos proporcionalmente ao consumo cotidiano<sup>22</sup>.

As fontes de riquezas, traduzidas nos processos produtivos da sociedade moderna, herdadas pela sociedade pós-moderna, altamente industrializada e globalizada, geram ameaças colaterais, explicitadas nos riscos à vida, advindos de tais processos produtivos, riscos estes que acabam sendo distribuídos à sociedade, enquanto as riquezas geradas são internalizadas pelas empresas. Conforme afirma Ulrich Beck, o “reverso da natureza socializada é a socialização dos danos à natureza, sua transformação em ameaças sociais, econômicas e políticas sistêmicas da sociedade mundial altamente industrializada”<sup>23</sup>.

É neste sentido que se dissemina “a consciência de que as fontes de riqueza estão ‘contaminadas’ por ‘ameaças colaterais’”<sup>24</sup>, que não respeitam fronteiras ou divisas, pois “viajam com o vento e a água [...]”, bem como escondidas no que há de mais indispensável à vida, como o ar, a água e o alimento, rompendo as

<sup>21</sup> Idem, *ibidem*, loc. cit.

<sup>22</sup> Idem, p. 9.

<sup>23</sup> Idem, p. 10.

<sup>24</sup> Idem, p. 25.

principais e mais desenvolvidas formas de proteção da modernidade<sup>25</sup>. Trata-se do risco ambiental, cuja violência “é a violência do perigo, que suprime todas as zonas de proteção e todas as diferenciações da modernidade”<sup>26</sup>. Os riscos ambientais “designam ameaças que transformam o individualismo moderno, já levado por sua vez ao limite, em seu mais extremo contrário”<sup>27</sup>. Assim, representam a “falência da modernidade, emergindo de um período pós-moderno, à medida que as ameaças produzidas ao longo da sociedade industrial começam a tomar forma”<sup>28</sup>.

Na sociedade pós-moderna, com a constatação da crise ambiental já instalada e diante dos riscos ambientais patentes, a lógica da produção de risco domina a lógica da produção de riqueza da sociedade industrial, tendo como base teórica e prática as ameaças à vida, proporcionadas pelos riscos, consideravelmente potencializados pela modernização da produção, que não respeitam fronteiras, revelando-se como ameaças globais<sup>29</sup>.

Surge, então, o paradigma da sociedade pós-moderna, que se assenta sobre o seguinte questionamento: Como evitar, isolar, controlar, minimizar e sociabilizar as ameaças e os riscos coproduzidos na pós-modernidade sem comprometer o processo de modernização e sem romper as fronteiras do socialmente justo, do ambientalmente equilibrado, do economicamente viável e do politicamente correto?<sup>30</sup>

Para responder tal questionamento, prefacialmente há que se diferenciar o risco pessoal ou individual do risco global: o primeiro tem a possibilidade de atingir uma única pessoa, em virtude de sua ousadia ou seu espírito de aventura; o segundo traduz-se na possibilidade de impactar a existência de vida na Terra, podendo inclusive extingui-la<sup>31</sup>.

O risco ambiental consubstancia-se em risco global dada a sua característica transfronteiriça, onde um dano ambiental ocorrido em um local do Planeta acaba por impactar uma sociedade localizada em outro local, as vezes a milhares

<sup>25</sup> Idem, p. 9.

<sup>26</sup> Idem, p. 7.

<sup>27</sup> Idem, p. 8.

<sup>28</sup> LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental na sociedade de risco*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 14-15.

<sup>29</sup> BECK, Ulrich. Op. cit., p. 16.

<sup>30</sup> Idem, p. 24.

<sup>31</sup> Idem, p. 25.

de quilômetros de distância. Ulrich Beck exemplifica a globalidade do risco ambiental no desmatamento contemporâneo, que acontece globalmente e como consequência implícita da industrialização, proporcionando consequências sociais e políticas inteiramente diversas dos desmatamentos ocorridos há séculos atrás. No seu exemplo, Ulrich Beck aponta que, devido ao desmatamento contemporâneo,

são afetados, por exemplo, também e especialmente países com ampla cobertura florestal (como Noruega e Suécia), que sequer dispõem de muitas indústrias poluentes, mas que têm que pagar pelas emissões de poluentes de outros países altamente industrializados com a extinção de florestas, plantas e animais.<sup>32</sup>

Nas sociedades medievais os riscos ambientais advindos dos processos de produção impactavam o modo de vida, porém de forma perceptível, por meio do mau cheiro ou da poluição visual<sup>33</sup>.

Segundo Ulrich Beck, com a massificação social, a sociedade globalizada propicia o surgimento da sociedade de risco<sup>34</sup>, com novas espécies de riscos, que, provenientes da produção, da distribuição e do consumo desenfreados de bens e serviços, não respeitam fronteiras, sejam elas físicas, políticas ou econômicas, fato que os tornam ameaças globais<sup>35</sup>, dada a sua complexidade e indeterminação, exigindo, do Direito e da Economia, novas soluções para as novas demandas criadas.

Os riscos ambientais produzidos pela sociedade pós-moderna, diferentemente dos riscos produzidos pela sociedade medieval, muitas vezes “escapam à percepção humana imediata”, pois se alojam na esfera das fórmulas físico-químicas, integrando toxinas e poluentes presentes no ar, na água e nos alimentos, que impactam a existência de vida na Terra<sup>36</sup>.

---

<sup>32</sup> Idem, p. 26.

<sup>33</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>34</sup> Idem, p. 9 e 10.

<sup>35</sup> Idem, p. 16.

<sup>36</sup> BECK, Ulrich. *Op. cit.*, p. 27.

Ainda a respeito da sociedade de risco, Ulrich Beck afirma que ela “não é, portanto, uma sociedade revolucionária, mas mais do que isto: uma sociedade *catastrofal*. Nela, o estado de exceção ameaça converter-se em normalidade”<sup>37</sup>.

Os riscos ambientais não representam apenas riscos ao meio ambiente, mas também à economia, à cultura e à política de uma sociedade. Nesta linha de raciocínio, Ulrich Beck observa que os

problemas ambientais *não* são problemas do meio ambiente, mas problemas completamente – na origem e nos resultados – *sociais, problemas do ser humano*, de sua história, de suas condições de vida, de sua relação com o mundo e com a realidade, de sua constituição econômica, cultural e política.<sup>38</sup>

Ao tratar sobre a sociedade de risco, Morato e Ayala afirmam que um dos seus principais atributos é

a elevada desconfiança que é cultivada pelos cidadãos em relação à eficácia e à capacidade de enfrentamento dos riscos de diversas ordens, pelos peritos, especialistas e cientistas, e o grande potencial que possuímos de submetermos o desenvolvimento da vida de todas as gerações a restrições impertinentes e estados de desfavorabilidade inconsequentes.<sup>39</sup>

Portanto, os riscos ambientais passam a ocupar lugar de destaque nas temáticas sociais, ambientais, políticas e econômicas a nível mundial, no que tange à distribuição dos riscos ambientais, juntamente com a internalização das riquezas pelas empresas, ambos advindos de processos produtivos altamente industrializados e globalizados<sup>40</sup>.

A distribuição dos riscos ambientais desenvolve-se sobre a máxima de que “os riscos da modernização cedo ou tarde acabam alcançando aqueles que

<sup>37</sup> Idem, p. 96.

<sup>38</sup> Idem, p. 99.

<sup>39</sup> LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. Transdisciplinariedade e a proteção jurídico-ambiental em sociedades de risco: direito, ciência e participação. In: LEITE, José Rubens Morato; BELLO FILHO, Ney de Barros (Org.). *Direito ambiental contemporâneo*. Barueri/SP: Manole, 2004. p. 108.

<sup>40</sup> BECK, Ulrich. Op. cit., p. 27.



o produziram ou que lucram com eles”<sup>41</sup>. Diante da sociabilização dos riscos ambientais, as empresas, as indústrias e os grupos econômicos, científicos e profissionais devem preocupar-se com o gerenciamento das externalidades positivas e negativas de suas atividades produtivas, pois são alvos da crítica pública, que podem levá-los, caso não gerenciem as suas externalidades, à redução de vendas e perda de mercado<sup>42</sup>. Assim, os “riscos indicam um futuro que precisa ser evitado”<sup>43</sup>.

Diante dos riscos, deve preponderar o princípio *in dubio pro societate* em detrimento do princípio *in dubio pro progresso*. Tal assertiva conduz à discussão acerca da relativização do direito de propriedade, do direito à livre iniciativa, do direito à livre concorrência, do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito, frente ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, erigido à condição de direito fundamental essencial à dignidade da pessoa humana e à existência de vida na Terra<sup>44</sup>.

É certo que a “potencialização dos riscos faz com que a sociedade global se reduza a comunidade de perigos”<sup>45</sup>. Assim, na evolução da sociedade de classe para a sociedade de risco há a substituição da *solidariedade da carência*, baseada na igualdade, pela *solidariedade do medo*, baseada na segurança<sup>46</sup>. É diante de tal constatação que o estudo da questão do risco ambiental ocupa lugar de destaque no cenário mundial, em virtude da máxima de que tal risco “trata-se de um presente urgente e um futuro ameaçador”<sup>47</sup>.

Verifica-se que, “no esforço pelo aumento da produtividade, sempre foram e são deixados de lado os riscos implicados”<sup>48</sup>. A racionalidade científico-tecnológica, impregnada pelo racionalismo teórico e carente de experimentação prática, vem legitimando os riscos e as ameaças civilizacionais crescentes, externalizadas por meio do desmatamento e do acelerado processo de urbanização, somados à poluição e contaminação industrial, em escala mundial, do ar, da água e dos alimentos, bem como da morte de animais, plantas e seres

---

<sup>41</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>42</sup> Idem, p. 28.

<sup>43</sup> Idem, p. 40.

<sup>44</sup> Idem, p. 40-41.

<sup>45</sup> Idem, p. 53.

<sup>46</sup> Idem, p. 59-60.

<sup>47</sup> Idem, p. 71.

<sup>48</sup> Idem, p. 73.

humanos. Contra ela impõem-se a consciência social dos riscos ambientais da modernização, clamando pela participação social na identificação, classificação e na mitigação dos riscos, diante dos danos irreversíveis que podem surgir<sup>49</sup>.

Na pós-modernidade, tal consciência social, acerca dos riscos ambientais da modernização, encontra suas bases na evidência social das ameaças à natureza causadas por meio dos processos de industrialização, bem como na assimilação de

sistemas de interpretação científica, inteiramente livres das velhas ideias de proteção à natureza, que explicaram, embasaram, descolaram de situações e casos concretos, generalizaram e unificaram num protesto comum contra a industrialização e a tecnificação o crescente desconforto público com seus efeitos claramente destrutivos.<sup>50</sup>

O maior argumento a favor da consciência social do risco é de que um equívoco científico, na pior das hipóteses, causará prejuízos à reputação de um cientista ou de uma comunidade científica, podendo até mesmo redundar em promoções profissionais, caso o equívoco seja conveniente aos negócios. Porém, para os afetados pelos danos, um equívoco pode redundar em danos irreversíveis, podendo até mesmo culminar na morte de seres humanos<sup>51</sup>.

Assim, a insistência a respeito da análise teórica e desprovida de conhecimento e experimentação científica adequada potencializa o risco ambiental, quando desconsidera a sua existência em virtude de um nível de conhecimento incerto<sup>52</sup>. Ulrich Beck aponta que

o portão capaz de encerrar e processar os riscos chama-se: crítica da ciência, crítica do progresso, crítica dos especialistas, crítica da tecnologia. Desta forma, os riscos fazem saltar as possibilidades tradicionais e intradisciplinares de processamento de erros e forjam

---

<sup>49</sup> Idem, p. 71.

<sup>50</sup> Idem, p. 244.

<sup>51</sup> Idem, p. 75.

<sup>52</sup> Idem, *ibidem*.

*novas estruturas de divisão do trabalho na relação entre ciência, prática e espaço público.*<sup>53</sup>

A ampliação dos riscos ambientais na sociedade pós-moderna, devido a sua desconsideração ou má gestão, propicia o surgimento de “*desafios inteiramente novos à democracia*”<sup>54</sup>, pois, conforme disserta Ulrich Beck,

a sociedade de risco abarca uma tendência a um *totalitarismo “legítimo” da defesa diante do perigo*, que, com a incumbência de evitar o pior, acaba provocando, como todos sabem ser praxe, algo ainda pior. Os “efeitos colaterais” políticos dos “efeitos colaterais” civilizacionais ameaçam o sistema político-democrático em seu domínio. Ele vê-se confrontado com o desagradável dilema de ou bem fracassar diante de perigos produzidos sistematicamente ou então revogar, por meio de “esteios” autoritários derivados do poder de polícia do Estado, princípios básicos da democracia. Romper com esse dilema é uma das tarefas cruciais do pensamento e ação democráticos, tendo em vista o atual futuro da sociedade de risco.<sup>55</sup>

O conhecimento científico, incapaz de atender às demandas existentes na sociedade de risco, deve ceder lugar a outras qualidades de informação e conhecimento aptos a orientar os processos decisórios no que tange ao fazer ou não fazer, diante dos riscos incompreensíveis ou desconhecidos<sup>56</sup>.

Este fazer ou não fazer deve ser orientado pelo dever de solidariedade em relação às futuras gerações, ou seja, deve ser orientado pelo dever de garantia, às futuras gerações, de fruição de uma vida digna em um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

---

<sup>53</sup> Idem, p. 241.

<sup>54</sup> Idem, p. 97-98.

<sup>55</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>56</sup> LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. Transdisciplinariedade e a proteção jurídico-ambiental em sociedades de risco: direito, ciência e participação. In: LEITE, José Rubens Morato; BELLO FILHO, Ney de Barros (Org.). *Direito ambiental contemporâneo*. Barueri/SP: Manole, 2004. p. 112-113.

Tais desafios orientam a busca de um Estado Democrático de Direito ambiental<sup>57</sup> que se afasta em muito de um conceito ligado a qualquer tipo de fanatismo ecológico, conforme se observará adiante.

Um Estado de Direito, na pós-modernidade, somente existe diante de um Estado que cumpra com o seu dever de proteção do equilíbrio ambiental, visando a garantir a fruição do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado<sup>58</sup>, dada a sua essencialidade para a existência de vida digna para a presente e futuras gerações. Assim, um Estado Democrático de Direito somente existe diante da existência de uma democracia sustentada<sup>59</sup>, orientada pelas ideias de justiça intergeracional e de direitos de futuras gerações<sup>60</sup>, que considere o meio ambiente ecologicamente equilibrado como bem de uso comum das presentes e futuras gerações.

Neste sentido, em um Estado Democrático de Direito ambiental o dever de proteção do equilíbrio ambiental deve ser entendido da forma mais ampla possível, abrangendo o meio ambiente na sua plenitude, o meio ambiente natural, o meio ambiente artificial, o meio ambiente laboral e o meio ambiente cultural, além de abranger a análise substancial de todos os riscos ambientais envolvidos nas fases de planejamento, instalação e funcionamento das atividades públicas e privadas.

Importante salientar que tal dever de proteção do equilíbrio ambiental não possui natureza absoluta, visto que, na pós-modernidade, os princípios constitucionais econômicos, sociais e ambientais possuem uma relação de coalescência e dominância. Assim, no caso concreto, necessária se faz a relativização de um em detrimento do outro, mediante um juízo de ponderação calcado nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, tendo sempre por fundamento a essencialidade de um ou de outro princípio para a existência de vida digna, esta entendida como uma vida justa, sadia e com qualidade, onde seja garantido o acesso, igualitário e equitativo, à educação, à moradia, ao lazer, ao trabalho, à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, visando à

<sup>57</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). et al. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 26-27.

<sup>58</sup> Rudolf Steinberg apud CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). et al. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 25-26.

<sup>59</sup> Idem, p. 26.

<sup>60</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado constitucional ecológico e democracia sustentada. Disponível em: <[https://digitalis.uc.pt/pt-pt/artigo/estado\\_constitucional\\_ecol%C3%B3gico\\_e\\_democracia\\_sustentada](https://digitalis.uc.pt/pt-pt/artigo/estado_constitucional_ecol%C3%B3gico_e_democracia_sustentada)>. Acesso em: 23 set. 2014.

concretização e eficácia social dos princípios constitucionais da igualdade, da solidariedade e da dignidade da pessoa humana.

### 3 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO AMBIENTAL

Um Estado, para enquadrar-se no conceito de Estado Democrático de Direito, deve estar voltado à proteção jurídica e política dos direitos humanos e das garantias fundamentais. Assim, um Estado será considerado como Estado Democrático de Direito se a sua organização jurídica e política estiver voltada à proteção das liberdades civis, políticas e sociais.

Ao tratar sobre o Estado de Direito, Canotilho afirma que ele baseia-se no consenso entre princípios e valores do Estado Liberal do Ocidente, que formam a *juridicidade estatal*<sup>61</sup>, cujas dimensões são:

[...] governo de leis (e não de homens!) gerais e racionais, organização do poder segundo o princípio da divisão de poderes, primado do legislador, garantia de Tribunais independentes, reconhecimento de direitos, liberdades e garantias, pluralismo político, funcionamento do sistema organizatório estadual subordinado aos princípios da responsabilidade e do controlo, exercício do poder estadual através de instrumentos jurídicos constitucionalmente determinados.<sup>62</sup>

O Estado Democrático de Direito deve pautar-se pela garantia da justiça social e da paz, baseando-se em princípios e valores voltados a tal consecução, como a solidariedade entre indivíduos e entre gerações, “[...] a liberdade do indivíduo, a segurança individual e colectiva, a responsabilidade e responsabilização dos titulares do poder, a igualdade de todos os cidadãos e a proibição de discriminação de indivíduos e de grupos”<sup>63</sup>.

Na pós-modernidade, a forma que “se revela como uma das mais adequadas para colher esses princípios e valores de um Estado subordinado ao direito é a do Estado constitucional de direito democrático e social ambientalmente sustentado”<sup>64</sup>.

---

<sup>61</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Estado de Direito. Disponível em: <<http://www.libertarianismo.org/livros/jjgcoedd.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2014.

<sup>62</sup> Idem.

<sup>63</sup> Idem.

<sup>64</sup> Idem.

Para tanto, há a necessidade de o Estado propiciar a estruturação de espaços políticos, econômicos e socioambientais aptos a estruturar instituições, procedimentos de ação e formas de revelação dos poderes e competências “que permitam falar de um poder democrático, de uma soberania popular, de uma representação política, de uma separação de poderes, de fins e tarefas do Estado”<sup>65</sup>, com base no respeito e na realização dos direitos fundamentais.

Nesta linha de raciocínio, Messias e Souza afirmam que “o enfrentamento dos desafios impostos pelo desenvolvimento sustentável sem, no entanto, deixar de observar as regras e princípios do Estado de Direito Democrático”, traduz-se no Estado Democrático de Direito ambiental<sup>66</sup>. Acrescentam, ainda, que o “Estado de Direito Ambiental consubstancia-se em um Estado de justiça ambiental, qualificado pela exigência de igualdade entre os Estados e sociedades, de forma a evitar que os riscos ambientais afetem mais uns do que outros”<sup>67</sup>.

Desta forma, diante dos princípios ambientais da cooperação e do desenvolvimento sustentável, um Estado será considerado como Estado Democrático de Direito ambiental se cooperar com outros Estados, por meio de suas instituições, seus cidadãos e seus grupos que compõem a sociedade, para a promoção de políticas públicas e comportamentos públicos e privados baseados pelas exigências da sustentabilidade ambiental, visando a garantir a proteção do equilíbrio ambiental para as presentes e futuras gerações, dada a sua essencialidade para a existência de vida digna.

Assim, para um Estado ser considerado como Estado Democrático de Direito ambiental, ele deve privilegiar o diálogo democrático acerca da proteção do equilíbrio ambiental, de forma a permitir a participação da sociedade, pois, conforme ensina Canotilho,

o “Estado ambiental” estrutura-a, como já se sugeriu, em termos de Estado de direito e em termos democráticos. Estado de direito do ambiente quer dizer indispensabilidade das regras e princípios do Estado de direito para se enfrentarem os desafios impostos pelos desafios da sustentabilidade ambiental. Mesmo que haja necessidade de algumas novidades no esquema de

<sup>65</sup> Idem.

<sup>66</sup> MESSIAS, Ewerton Ricardo; SOUZA, Paulo Roberto Pereira de. *Financiamento e dano ambiental: a responsabilidade civil das instituições financeiras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 77.

<sup>67</sup> Idem, p. 78.

instrumentos jurídicos – mais limitações à propriedade em prol de reservas ecológicas, mais provisoriedade e precariedade nos actos administrativos justificados pelas vigilâncias ecológicas, mais retroactividade eventualmente lesiva de situações subjectivas em nome da protecção do ambiente contra cargas poluentes acumuladas –, tudo isso pode e deve ser feito sem postergação das regras básicas da juridicidade estatal. Não nos admirará também a inseparabilidade do Estado ambiente do princípio democrático. A afirmação desta nova dimensão do Estado pressupõe o diálogo democrático, exige instrumentos de participação, postula o princípio da cooperação com a sociedade civil. O Estado de ambiente constrói-se democraticamente de baixo para cima; não se dita em termos iluminísticos e autoritários de cima para baixo.<sup>68</sup>

No Brasil, “a inclusão do componente ambiental na gestão pública e privada”, orientando “a utilização racional, a conservação e a proteção dos recursos naturais, para alcançar o almejado desenvolvimento sustentável”<sup>69</sup>, foi prevista pela Lei nº 6.938/1981, que dispôs sobre a Política Nacional do Meio Ambiente. Conforme observam Messias e Souza,

tal lei inspirou o constituinte, de forma que, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve a consolidação do Direito constitucional ambiental brasileiro, pois, o Capítulo VI foi integralmente dedicado ao meio ambiente, reconhecendo-o como bem de uso comum do povo e erigindo o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado à condição de direito fundamental, indispensável à existência de vida digna para as presentes e futuras gerações.<sup>70</sup>

---

<sup>68</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Estado de Direito. Disponível em: <<http://www.libertarianismo.org/livros/jjgcoedd.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2014.

<sup>69</sup> MESSIAS, Ewerton Ricardo; SOUZA, Paulo Roberto Pereira de. *Financiamento e dano ambiental: a responsabilidade civil das instituições financeiras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 32.

<sup>70</sup> *Idem*, p. 33.

Em relação às Constituições anteriores, no que tange à questão ambiental, a Constituição Federal de 1988 representa “uma mudança de foco constitucional, onde a proteção do meio ambiente passou a ter importância, não mais apenas por ser uma fonte de geração de riquezas para as classes dominantes, mas, principalmente, devido a sua indispensabilidade para a existência de vida digna para as presentes e futuras gerações”<sup>71</sup>.

A Constituição Federal de 1988 contempla, já no *caput* e no parágrafo único do art. 1º, que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, cujo poder emana do povo. Tal artigo, seguido dos arts. 2º ao 11, também traz a previsão constitucional da organização do poder segundo o princípio da divisão de poderes, do primado do legislador, do pluralismo político e do reconhecimento de direitos, liberdades e garantias fundamentais individuais e coletivos, além de traçar os fundamentos e objetivos da República.

No *caput* do art. 225, o Texto Constitucional também prevê o equilíbrio ambiental como um bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, portanto, essencial à consecução do fundamento contido no art. 1º, III, ou seja, a dignidade da pessoa humana. Além disso, contempla a cooperação do Poder Público e da coletividade para a proteção do equilíbrio ambiental.

Seguindo tal linha de raciocínio, Messias e Souza, ao tratarem sobre a interação entre Direito Ambiental e Economia no Título VII da Constituição Federal de 1988, afirmam que

a ordem econômica constitucional deve estar voltada à valorização do trabalho humano e à livre iniciativa, tendo, a defesa do meio ambiente, como um de seus princípios norteadores na busca do cumprimento de sua finalidade, qual seja assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, tal e qual previsto no artigo 170, da Constituição Federal de 1988. Assim, em território brasileiro, as atividades econômicas devem ser desenvolvidas para assegurar a existência digna do ser humano, para isso, seu planejamento,

---

<sup>71</sup> Idem, *ibidem*.



instalação e operação devem ser orientadas pela defesa do meio ambiente.<sup>72</sup>

Verifica-se que, do ponto de vista formal, o Estado brasileiro pode ser considerado como um Estado Democrático de Direito ambiental, visto as previsões constitucionais supracitadas, bem como a produção de leis benéficas e necessárias para a proteção do equilíbrio ambiental, como a já citada Lei de Política Nacional de Meio Ambiente; a Lei nº 9.985/2000, que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza; a Lei nº 2.305/2010, que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos, entre outras.

No entanto, do ponto de vista substancial, tal afirmação não se revela verdadeira, visto as providências jurídicas, políticas e econômicas que se afastam de tal conceito.

Como exemplo, pode-se citar a edição da Lei nº 12.651/2012, que, em patente inobservância ao princípio da proibição do retrocesso ambiental, reduz as áreas de preservação permanente (APP) de nascentes e cursos d'água localizados em propriedades rurais, reduzindo a proteção de áreas com relevantes funções ambientais. Além disso, tal legislação também não observa o respeito ao princípio constitucional da igualdade, visto não contemplar, de forma isonômica, a aplicação de tal redução para as APP situadas em propriedades urbanas, revelando-se em um grande contrassenso, visto que as APP situadas em propriedades rurais, no mais das vezes, possuem as funções ambientais conservadas ou, no mínimo, com condições técnicas de regeneração, o que não acontece com as APP situadas em propriedades urbanas, tendo em vista o alto grau de antropização existente nos locais onde se localizam.

Outro exemplo são as práticas institucionais de financiamentos levadas a efeito por instituições financeiras públicas e privadas, as quais não têm se alinhado ao conceito de desenvolvimento sustentável, diante da constatação dos vários impactos ambientais ocorridos, sem a devida mitigação, a partir de atividades econômicas financiadas, como, por exemplo, os financiamentos da pecuária e das empresas frigoríficas na Amazônia Legal, que estão associadas ao desmatamento de florestas e vegetações nativas; os financiamentos para as construções em áreas ambientalmente protegidas, que têm permitido a ocupação ilegal de APP; e os financiamentos para aquisições de máquinas agrícolas, que estão associados ao assoreamento de nascentes e cursos d'água,

---

<sup>72</sup> *Idem*, p. 83.

sem observância às normas, aos princípios e às técnicas de proteção e controle do equilíbrio ambiental.

Desta forma, do ponto de vista material (substancial), o Estado brasileiro ainda não pode ser reconhecido como um Estado Democrático de Direito ambiental, pois não se alinha ao conceito de Estado de justiça ambiental, visto que as suas políticas públicas e privadas, por várias oportunidades, como os exemplos supracitados, não se encontram pautadas pelas exigências da sustentabilidade ambiental.

## CONCLUSÃO

É certo que houve um longo caminho na elaboração normativa ambiental em nível mundial; no entanto, embora a normatização ambiental tenha conseguido evoluir, principalmente no período compreendido entre o final do século XX e o início do século XXI, ainda não há, concretamente, vontade e compromisso político e econômico em fazer cumprir estas normas. Exemplo disso são os problemas ambientais experimentados em nível mundial, e entre eles podem-se citar as mudanças climáticas e a escassez de água potável.

Verifica-se que os problemas ambientais mundiais, responsáveis pelo agravamento da crise ambiental, apontam para um estado de caos ambiental, onde as normas ambientais existentes somente têm sido incorporadas pelo Poder Público e pela iniciativa privada do ponto de vista formal, mas não material, funcionando apenas como uma espécie de *marketing* ambiental político-econômico, contribuindo, assim, para o agravamento do desequilíbrio ambiental, atingindo diretamente o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, das atuais e futuras gerações.

Tal omissão em incorporar de forma substancial a variável ambiental nos processos decisórios públicos e privados torna cada vez mais distante a existência de um Estado Democrática de Direito ambiental voltado a viabilizar condições dignas de vida a seus cidadãos, por meio da garantia do mínimo existencial expresso na garantia de moradia, educação, saúde, segurança, trabalho e um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Um Estado de Direito ambiental, na pós-modernidade, somente existe diante de um Estado que cumpra com o seu dever de proteção do equilíbrio ambiental, visando a garantir a fruição do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado atrelado ao desenvolvimento econômico e social,

tendo por esteio a essencialidade do equilíbrio ambiental para a existência de vida digna para as presentes e futuras gerações.

Em um Estado Democrático de Direito ambiental o dever de proteção do equilíbrio ambiental deve ser entendido da forma mais ampla possível, abrangendo o meio ambiente na sua plenitude, o meio ambiente natural, o meio ambiente artificial, o meio ambiente laboral e o meio ambiente cultural, além de abranger a análise substancial de todos os riscos ambientais envolvidos nas fases de planejamento, instalação e funcionamento das atividades públicas e privadas.

O dever de proteção do equilíbrio ambiental não possui natureza absoluta, visto que, na pós-modernidade, os princípios constitucionais econômicos, sociais e ambientais possuem uma relação de coalescência e dominância. Assim, no caso concreto, necessária se faz a relativização de um em detrimento do outro, mediante um juízo de ponderação calcado nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, tendo sempre por fundamento a essencialidade de um ou de outro princípio para a existência de vida digna, esta entendida como uma vida justa, sadia e com qualidade, onde seja garantido o acesso, igualitário e equitativo, à educação, à moradia, ao lazer, ao trabalho, à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, visando à concretização e eficácia social dos princípios constitucionais da igualdade, da solidariedade e da dignidade da pessoa humana.

Diante dos princípios ambientais da cooperação e do desenvolvimento sustentável, um Estado será considerado como Estado Democrático de Direito ambiental se cooperar com outros Estados, por meio de suas instituições, seus cidadãos e seus grupos que compõem a sociedade, para a promoção de políticas públicas e comportamentos públicos e privados baseados pelas exigências da sustentabilidade ambiental, visando a garantir a proteção do equilíbrio ambiental para as presentes e futuras gerações, dada a sua essencialidade para a existência de vida digna.

Do ponto de vista formal, o Estado brasileiro pode ser considerado como um Estado Democrático de Direito ambiental, visto as previsões constitucionais contidas nos arts. 2º ao 11, 225 e 170 da Constituição Federal de 1988, bem como a produção de leis benéficas e necessárias para a proteção do equilíbrio ambiental, como a já citada Lei de Política Nacional de Meio Ambiente; a Lei nº 9.985/2000, que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza; a Lei nº 2.305/2010, que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos, entre outras.

Do ponto de vista substancial, tal afirmação não se confirma, visto as providências jurídicas, políticas e econômicas que se afastam de tal conceito, como a edição da Lei nº 12.651/2014 em total desacordo com o princípio da proibição de retrocesso ambiental e desconsiderando o posicionamento técnico científico nacional.

No Brasil, as instituições financeiras públicas e privadas não têm incorporado a variável ambiental na concessão de financiamentos a atividades potencialmente poluidoras ou capazes de causar significativo impacto ambiental. Tais instituições não têm se alinhado ao conceito de desenvolvimento sustentável, diante da constatação dos vários impactos ambientais ocorridos, sem a devida mitigação, a partir de atividades econômicas financiadas, como, por exemplo, os financiamentos da pecuária e das empresas frigoríficas na Amazônia Legal, que estão associadas ao desmatamento de florestas e vegetações nativas; os financiamentos para construções em áreas ambientalmente protegidas, que têm permitido a ocupação ilegal de APP; e os financiamentos para aquisições de máquinas agrícolas, que estão associados ao assoreamento de nascentes e cursos d'água, sem observância das normas, dos princípios e das técnicas de proteção e controle do equilíbrio ambiental.

Embora a Constituição Federal tenha avançado bastante ao tratar da questão ambiental, do ponto de vista substancial, o Estado brasileiro ainda não pode ser reconhecido como um Estado Democrático de Direito ambiental, pois não se alinha ao conceito de Estado de justiça ambiental, visto que, na prática, as suas políticas públicas e privadas não se encontram pautadas pelas exigências da sustentabilidade ambiental.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA JUNIOR, Amandio; HERNADEZ, Fernando Braz Tangerino. Água - Nova realidade. *A Voz do Povo*, ano I, n. 28, 28 jun. 2001.

BBC - Brasil. Disponível em: <[http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2014/09/140924\\_brasil\\_acordo\\_clima\\_lgb](http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2014/09/140924_brasil_acordo_clima_lgb)>. Acesso em: 26 set. 2014.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. 2. ed. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação. Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais. Emissões por desmatamento caem 16% na Amazônia. Disponível em: <[http://www.inpe.br/noticias/noticia.php?Cod\\_Noticia=3180](http://www.inpe.br/noticias/noticia.php?Cod_Noticia=3180)>. Acesso em: 8 mar. 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado constitucional e democracia sustentada. *RevCEDOUA*, v. 4, n. 8, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). et al. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Estado de Direito. Disponível em: <<http://www.libertarianismo.org/livros/jjgcoedd.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2014.

KHAN, Saira. A deterioração da qualidade da água ameaça os avanços globais em relação ao acesso à água potável. Unicef Brasil, 22 mar. 2013. Disponível em: <[http://www.unicef.org/brazil/pt/media\\_17358.htm](http://www.unicef.org/brazil/pt/media_17358.htm)>. Acesso em: 23 set. 2014.

LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo, extrapatrimonial*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2003.

\_\_\_\_\_. *Dano ambiental na sociedade de risco*. São Paulo: Saraiva, 2012.

LEITE, José Rubens Morato; BELLO FILHO, Ney de Barros (Org.). *Direito ambiental contemporâneo*. Barueri/SP: Manole, 2004.

MEADOWS, Donella H.; MEADOWS, Dennis L.; RANDERS, Jorgen et al. *Limites do crescimento*. São Paulo: Perspectiva AS, 1973.

MESSIAS, Ewerton Ricardo; SOUZA, Paulo Roberto Pereira de. *Financiamento e dano ambiental: a responsabilidade civil das instituições financeiras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

TELLES, Zelia. Crianças morrem diariamente devido à falta de água potável, saneamento básico e higiene, diz Unicef. Unicef Brasil, 22 mar. 2013. Disponível em: <[http://www.unicef.org/brazil/pt/media\\_25190.htm](http://www.unicef.org/brazil/pt/media_25190.htm)>. Acesso em: 23 set. 2014.

THE STORY OF THE CLUB OF ROME. Disponível em: <<http://www.clubofrome.org/?p=375>>. Acesso em: 19 jun. 2014.

UNEP. Relatório sobre o déficit de emissões 2012. Disponível em: <[http://www.unep.org/publications/ebooks/emissionsgap2012/portals/50143/Emissions2012\\_Exec\\_Summary\\_PR.pdf](http://www.unep.org/publications/ebooks/emissionsgap2012/portals/50143/Emissions2012_Exec_Summary_PR.pdf)>. Acesso em: 8 mar. 2013.

WALLACE, Rita Ann. Alcançado o ODM para água potável. Unicef Brasil, 6 mar. 2013. Disponível em: <[http://www.unicef.org/brazil/pt/media\\_22801.htm](http://www.unicef.org/brazil/pt/media_22801.htm)>. Acesso em: 23 set. 2014.

Submissão em: 23.07.2015

Avaliado em: 06.08.2015 (Avaliador A)

Avaliado em: 05.08.2016 (Avaliador C)

Aceito em: 14.09.2016

# SEPARAÇÃO DE PODERES: DA CONCEPÇÃO CLÁSSICA À NOÇÃO CONTEMPORÂNEA

## SEPARATION OF POWERS: FROM CLASSICAL TO CONTEMPORARY NOTION

**Fabiano Gonçalves Carlos<sup>1</sup>**

Professor de Direito Constitucional da Universidade Estácio de Sá

**ÁREA(S) DO DIREITO:** direito constitucional.

**RESUMO:** As profundas transformações do Estado e da sociedade no século XXI exigem uma mudança de compreensão acerca do sentido e alcance do princípio da separação de poderes. O esquema tradicional tripartite, idealizado a partir de uma racionalidade rígida, não se demonstra mais adequado para satisfazer as cada vez mais sofisticadas demandas da sociedade. Em plena sociedade pós-moderna, não deve ser cogitada a visão oitocentista de separação de poderes, cuja justificativa é a proteção da liberdade individual em face de um monarca absolutista, resultando em uma divisão rígida das funções políticas do Estado em compartimentos estanque.

Da nova organização do Estado e da sociedade provêm novos organismos que também exercem poder político, mas que, na essência, não se amoldam a nenhuma das clássicas funções da tripartição. Atualmente, importa mais investigar como se exerce o poder político, por meio de mecanismos de controle, do que saber quem o exerce. Também surge como tendência contemporânea da separação de poderes a leitura do princípio como instrumento de cooperação, harmonia e equilíbrio entre os órgãos executores do poder político e instâncias independentes, com vista à construção de um ambiente institucional estável para a manutenção da democracia, a realização do bem da coletividade e promoção dos direitos fundamentais.

---

<sup>1</sup> Advogado. Mestre em Direito Público e Evolução Social pela Universidade Estácio de Sá. Especialista em Direito do Estado e em Advocacia Pública pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. E-mail: fabianogcar@uol.com.br. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/3469107993181805>.

**PALAVRAS-CHAVE:** separação de poderes; Estado; divisão de funções; controle; democracia; direitos fundamentais.

**ABSTRACT:** *The profound transformation of state and society in the twenty-first century require a change in understanding of the meaning and scope of the principle of separation of powers. The traditional tripartite scheme, devised from a strict rationality, is no longer adequate to meet the increasingly sophisticated demands of society. In full postmodern society, should not be entertained a vision of nineteenth-century separation of powers, whose justification is the protection of individual freedom in the face of an absolute monarch, resulting in a rigid division of political functions of the state in watertight compartments. The new organization of state and society comes new organisms that also exert political power, but in essence, do not fit any of the classical functions of classical tripartition. Nowadays, it has much greater importance to investigate how political power is exercised through control mechanisms, than knowing he exercises. Also appears as contemporary trend of separation of powers principle of reading as a tool for cooperation, harmony and balance between the executive organs of political power and independent bodies, with a view to building a stable institutional environment for the maintenance of democracy, the realization of collective good and promotion of fundamental rights.*

**KEYWORDS:** *separation of powers; State; division of functions; control; democracy; fundamental rights.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Breve análise histórica e gênese teórica; 2 Do conceito clássico à noção contemporânea; Conclusão; Referências.

**SUMMARY:** *Introduction; 1 Brief historical analysis and theoretical genesis; 2 From the classic concept to contemporary notion; Conclusion; References.*

## INTRODUÇÃO

O presente artigo tem o objetivo de buscar definir o conteúdo jurídico do princípio da separação de poderes na contemporaneidade. Enquanto pressuposto do Estado Democrático de Direito, além da faceta política, o princípio da separação de poderes constitui uma espécie do gênero norma jurídica, cujo conteúdo possui, simultaneamente, uma zona de colisão sujeita a variações no tempo e no espaço, e um núcleo essencial que opera como regra, definindo comportamentos objetivos do Ente estatal e daqueles que lhes fazem as vezes.

Partindo da origem teórica fundada na concepção tripartite e chegando ao conceito jurídico atual de separação de poderes, no presente artigo pretende-se realizar um juízo reflexivo sobre a necessidade de se estabelecer uma

nova leitura do princípio, tendo em vista as novas demandas da sociedade e, conseqüentemente, as mudanças no modelo de Estado contemporâneo voltadas para o seu atendimento.

O problema a ser respondido impõe investigar se a matriz clássica do princípio da separação de poderes, forjada de acordo com a ideologia liberal-burguesa dos séculos XVIII e XIX, seria suficiente para que o Estado contemporâneo, no desempenho de suas funções, pudesse atender satisfatoriamente as cada vez mais sofisticadas demandas da sociedade pós-moderna. Isto é, indaga-se a necessidade de alinhamento entre o conteúdo jurídico da separação de poderes e o modelo contemporâneo de Estado resultante das novas reivindicações das sociedades plurais do século XXI, o que exigiria uma releitura da formulação clássica do princípio.

O tema da separação de poderes envolve questão central e relevante da Filosofia Política, da Teoria do Estado e do Direito Constitucional, relacionada à preocupação universal de se impor limites à ação dos detentores do poder político, visando, em última análise, a garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos. Nas palavras de Höffe, “[...] em todos os lugares que se impõem aos dominadores determinados regulamentos [...] existem indícios de separação de poderes”<sup>2</sup>. Daí a importância do tema, que justifica a elaboração do presente artigo.

A metodologia utilizada no presente artigo é a da pesquisa teórica, pois o estudo busca fazer uma análise da doutrina da separação de poderes desde suas origens, a partir de elementos teóricos que permitam explicar cientificamente as informações lançadas e as conclusões obtidas.

## 1 BREVE ANÁLISE HISTÓRICA E GÊNESE TEÓRICA

### 1.1 DA ANTIGUIDADE CLÁSSICA À FORMULAÇÃO DE LOCKE: A ORIGEM TEÓRICA DA SEPARAÇÃO DE PODERES

Pelo menos desde a antiguidade clássica são empreendidos esforços para o estudo e a compreensão do fenômeno da separação de poderes. Tanto é assim

<sup>2</sup> HÖFFE, Otfried. *A democracia no mundo de hoje*. Trad. Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 32.



que a teoria da constituição mista de Aristóteles é considerada a origem remota da doutrina da separação de poderes<sup>3</sup>.

De seu turno, a noção de separação de poderes como instrumento garantidor da liberdade individual surge na Inglaterra do século XVII, estritamente associada à ideia de *rule of law*. A *rule of law* é considerada a matriz histórica do Estado de direito, e, também, a origem próxima da doutrina da separação de poderes como técnica de distribuição orgânico-funcional do poder estatal.

Em termos sumários, pode-se dizer que a *rule of law* consistia em um movimento com pretensões antiabsolutistas, cujo objetivo era garantir a liberdade dos indivíduos pela divisão e limitação do exercício do poder político centralizado nas mãos do soberano, visto que a concentração de forças e prerrogativas (funções legislativa e executiva) em um único órgão poderia levar à arbitrariedade e à tirania.

É de Miranda a afirmação segundo a qual a *rule of law* consistia no conjunto de princípios, as instituições e os processos que a tradição e a experiência dos juristas e dos tribunais mostraram ser essenciais à salvaguarda da dignidade das pessoas frente ao Estado, “à luz da ideia de que o direito deve dar aos indivíduos a necessária protecção contra qualquer exercício arbitrário do poder”<sup>4</sup>.

Coube a John Locke, no entanto, a partir do padrão racional da modernidade, a primeira sistematização científico-doutrinária do princípio da separação de poderes, muito embora esta afirmativa não seja objeto de consenso entre os autores contemporâneos. Mesmo assim, Locke pode ser considerado

---

<sup>3</sup> Constituição mista é aquela em que vários grupos ou classes sociais participam do exercício do poder político, ao contrário das constituições puras, nas quais somente um grupo ou classe social é titular quanto ao exercício do poder político. Na antiguidade clássica entendia-se a constituição não como o documento juspolítico conformador do Estado, mas sim como o modo pelo qual as cidades-estado gregas (*polis*) se organizavam e, ainda, como se revelava, do ponto de vista prático, o exercício do poder político e a sua relação com as estratificações sociais fortemente presentes naquela época. Segundo afirmado por Piçarra, no modelo aristotélico de constituição mista consta apenas uma ideia que estará associada à doutrina da separação dos poderes, já em uma fase avançada de sua evolução: a “do equilíbrio ou balanceamento das classes sociais através da sua participação no exercício do poder político, viável mediante o seu acesso à orgânica constitucional”. Convém observar que Piçarra defende a constituição mista como uma forma de reação do nível institucional sobre o nível social, proporcionando, deste modo, o equilíbrio global do sistema político estatal. (Vide PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra, 1988. p. 36)

<sup>4</sup> MIRANDA, Jorge. *A Constituição de 1976. Formação, estrutura, princípios fundamentais*. Lisboa, 1978. p. 473-474, nota 1.

o primeiro autor moderno a formular a teoria da separação de poderes nos moldes do liberalismo clássico<sup>5</sup>. Nesse sentido, Canotilho ensina que o pensador inglês é o autor que, “de forma sistemática, traçou algumas das premissas do padrão básico referente à organização do poder político segundo o princípio da separação de poderes”<sup>6</sup>. Tendo como premissa o contrato social, a construção teórica de Locke acerca da separação de poderes supõe que a sociedade política, que seria titular de uma espécie de poder supremo, instituiria um governo ao qual seriam conferidos os poderes de fazer as leis e de tutelar a proteção coletiva e individual dos seus integrantes. O exercício desta função seria confiada a um órgão supremo denominado Poder Legislativo.

A nota característica da teoria da separação de poderes de Locke reside na supremacia do poder legislativo sobre o executivo. Contudo, para o pensador inglês, deveriam existir outras esferas competentes para o exercício do poder político, uma vez que a concentração dos poderes de legislar e de executar permanentemente as leis e de julgar as questões controvertidas num único órgão, provocaria uma “tentação muito forte para a fragilidade humana, tão sujeita à ambição”<sup>7</sup>.

Na forma concebida por Locke, que se vinculava especialmente à Constituição inglesa, os poderes do Estado não se restringiriam ao Legislativo e ao Executivo (incluída a atividade jurisdicional), pois ele reconhecia também os poderes federativo e de prerrogativa, do que resultava uma divisão funcional quadripartida<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> Ver PIÇARRA, N. Ob. cit., p. 63. Para o autor, “Podem resumir-se a três as opiniões sobre John Locke a propósito da autoria da doutrina da separação dos poderes: (i) a que o vê como seu autor original; (ii) a que, atribuindo a Montesquieu a exclusiva autoria da doutrina, vê em Locke um mero precursor daquele, na medida em que, na sua obra política fundamental, os *Two Treatises of Government*, apenas se encontram traços rudimentares e incompletos da doutrina; (iii) e, finalmente, a de que não se encontra na obra de Locke nenhuma doutrina da separação dos poderes, entendida como exigência de separação e equilíbrio interorgânico, mas simplesmente uma distinção das funções estaduais” (Ver também DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 217).

<sup>6</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Livraria Almedina: Coimbra, 1999. p. 538.

<sup>7</sup> CAETANO, Marcello. *Manual de ciência política e direito constitucional*. Livraria Almedina: Coimbra, 1986. p. 191-192.

<sup>8</sup> Para aprofundamento no tema, ver BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

Por sua vez, sob o aspecto orgânico, Locke traçou a distinção entre Parlamento (função legislativa) e Coroa (função executiva mais a jurisdicional, federativa e de prerrogativa). Para justificar teoricamente sua doutrina da separação de poderes no contrato social, Locke buscou conciliar o afastamento da influência do estado de natureza sobre os homens, subordinando ao poder do Estado mediante a imposição de limites ao exercício do poder político pelas leis<sup>9</sup>. Dessa ordem de ideias decorre a noção clássica da primazia da lei sobre os outros poderes e o dogma de que o Poder Legislativo seria indelegável<sup>10</sup>.

## 1.2 A SISTEMATIZAÇÃO RACIONAL DE MONTESQUIEU

Locke contribuiu decisivamente para o desenvolvimento científico da doutrina da separação de poderes. Porém, o teórico mais laureado nessa sede é Montesquieu, que, tal qual o primeiro, pode ser considerado um pensador típico do período da modernidade clássica, cujos marcos teóricos são a razão e a primazia do indivíduo. Montesquieu foi um dos principais responsáveis pela evolução, sistematização e estruturação teórica da doutrina da separação de poderes. É a partir da sua teoria que a separação de poderes ganha amplo reconhecimento doutrinário e científico. Foi com a célebre obra *De l'Esprit de Lois*, de 1748, que houve “o impulso decisivo para transformar a doutrina da separação de poderes, de doutrina inglesa, em critério do Estado constitucional”<sup>11</sup>.

Montesquieu foi o primeiro a empregar uma metodologia racional na construção da teoria da separação de poderes, com amplo grau de objetividade científica, quase inflexível, cuja raiz epistemológica habita as ciências naturais. Do grande relato moderno dos fenômenos sociais e políticos necessários e invariáveis resultou a formação de um dogma até hoje cultuado em sua versão original. Desta forma, Lucas Verdú observa que o mérito de Montesquieu foi desenhar “de modo cartesiano, e inclusive newtoniano, o postulado da separação de poderes”<sup>12</sup>.

No desenvolvimento da teoria da separação de poderes, Montesquieu supôs que a sociedade deveria se organizar de modo que o poder constituísse

<sup>9</sup> JACKISCH, Carlota. *Teoría de distribución de poderes in Division de Poderes*. Konrad-Adenauer-Stiftung. Buenos Aires: Ciedla, 1994. p. 9.

<sup>10</sup> VERDÚ, Pablo Lucas. *Manual de Derecho Político*. Volume Primeiro. Introducción y Teoría del Estado. Tercera Edición, Madrid: Tecnos, 1998. p. 177.

<sup>11</sup> PIÇARRA, N. Ob. cit., p. 122.

<sup>12</sup> VERDÚ, P. Ob. cit.

um freio ao próprio poder, como forma de garantir a liberdade individual. O pensador francês acreditava que a concentração de poder em uma única pessoa poderia provocar falta de liberdade, criando risco às conquistas recentes do Estado de Direito. Logo, a centralização de poder poderia reverter em despotismo.

A teoria de Montesquieu engendrou um complexo sistema no qual cada órgão do Estado desempenharia funções distintas e, ao mesmo tempo, interdependentes, com atividades que caracterizariam uma forma de contenção da outra esfera de poder. Com efeito, somente a partir da teoria de Montesquieu é que a fórmula clássica da divisão funcional tripartida do poder do Estado passou a predominar no âmbito do constitucionalismo liberal.

Para Bobbio, deve-se a Montesquieu a “divisão vertical do poder que constitui a célebre teoria da separação dos poderes”. Lembra, ainda, Bobbio, que de todas as teorias do pensador francês, a da separação de poderes é “que teve maior projeção, tanto que as primeiras Constituições escritas, a norte-americana de 1787 e a francesa de 1791 são consideradas suas aplicações”<sup>13</sup>.

Mesmo não fazendo referência expressa ao princípio nos moldes traçados por Montesquieu, a Constituição americana de 1787 pode ser considerada o marco normativo moderno da separação de poderes. Por essa razão, Bonavides adverte que, mesmo sem norma expressa, a constituição americana seria incompreensível se não tivesse implicitamente, na sua essência, a separação de poderes, “que é a técnica de repartição da competência soberana naquele documento público”<sup>14</sup>.

Porém, a defesa mais apaixonada à teoria da separação de poderes, cunhada por Montesquieu, encontra-se na constituição francesa de 1791, na parte relativa à declaração dos direitos do homem e do cidadão (preâmbulo), cujo art. 16 previa que toda sociedade na qual não esteja assegurada a garantia dos direitos do homem nem determinada a separação de poderes, não possuiria constituição.

A lógica da estruturação teórica desenvolvida por Montesquieu, em alguma medida, se assemelha ao que se observa na prática atual da divisão orgânico-funcional do Poder na maioria dos sistemas jurídicos ocidentais. Para

<sup>13</sup> BOBBIO, Norberto. *A teoria das formas de governo*. 7. ed. Trad. Sérgio Bath. Universidade de Brasília, 1994. p. 136.

<sup>14</sup> BONAVIDES, P. Ob. cit., p. 153.

Montesquieu, os poderes deveriam atuar de modo que cada um decidisse sobre as matérias afetas às suas competências, exercendo a faculdade de ordenar por si mesmo (*faculté de statuer*), e detendo os excessos uns dos outros por meio da faculdade de impedir a prática de “actos contrários ao Direito ou ao equilíbrio constitucional, paralisando a acção deles quando exorbitem ou anulando os seus actos ilegais (*faculté d’empêcher*)”<sup>15</sup>.

Além do mais, a separação de poderes deveria assegurar a existência de uma esfera de poder capaz de contrariar outra esfera de poder: a denominada instância moderadora. Sob este prisma, a teoria era muito mais um problema de natureza política, afeto à noção de correlação de forças, do que propriamente uma questão jurídica ligada à organização das funções do Estado. A instância moderadora é que proporcionaria o equilíbrio entre os poderes.

A supremacia do Legislativo também se verificava em relação ao Judiciário, o que contribuiu para a tardia adesão dos países da Europa ocidental à jurisdição constitucional e ao controle de constitucionalidade. A rigor, o Poder Judiciário seria “de algum modo nulo”, cabendo aos juízes atuar somente como a “boca que pronuncia as palavras da lei”<sup>16</sup>.

### **1.3 A DOCTRINA NORTE-AMERICANA DOS CHECKS AND BALANCES: A COMPLEMENTAÇÃO DA TEORIA DA SEPARAÇÃO DE PODERES**

Nos Estados Unidos da América, por influência do iluminismo europeu e a partir de “O Federalista”, teve início o desenvolvimento da doutrina da separação de poderes arquitetada por Montesquieu. Nos artigos federalistas, os revolucionários americanos manifestavam temor quanto à possível ação tirânica do Legislativo, dada a excessiva concentração de poder naquela esfera<sup>17</sup>.

Partindo das bases teóricas assentadas por Montesquieu, e, na verdade, com o objetivo de fortalecer o Poder executivo, Madison e Hamilton consolidaram um modelo de separação de poderes que visava atenuar a supremacia do Legislativo, garantindo maior equilíbrio na relação entre as esferas de poder. Afastou-se, desta forma, o modelo europeu, que conferia ao Legislativo papel

<sup>15</sup> CAETANO, M. Ob. cit., p. 193.

<sup>16</sup> Ver *Do espírito das leis*. Edição brasileira. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 169 e 172.

<sup>17</sup> Ver *O Federalista*. In: *Os pensadores*. São Paulo: Victor Civita Editor, 1979, caps. XLVII e LI.

predominante, mas sem cogitar o Poder judiciário como uma esfera irrelevante e nula.

É possível estabelecer como notas distintivas entre os modelos teóricos de separação de poderes de Montesquieu e o americano a circunstância de o primeiro constituir, primordialmente, um mecanismo voltado à promoção da liberdade individual, enquanto que o segundo denota, essencialmente, um instrumento de divisão de trabalho e otimização das funções estatais, ainda que neste último caso houvesse, discretamente, a intenção de limitar a ação do Legislativo em favor do Executivo. Afinal, os teóricos americanos não se preocupavam em limitar o poder concentrado nas mãos de um monarca absolutista, senão com o equilíbrio de forças entre Legislativo e Executivo.

Portanto, a separação de poderes segundo a perspectiva teórica proposta pelos norte-americanos segue, primordialmente, um critério orgânico-funcional, que é compatível com a concepção contemporânea de Lowestein, segundo a qual o princípio deve ser aplicado como técnica de divisão de funções estatais entre diferentes órgãos do Estado<sup>18</sup>.

Contudo, da sistemática instituída pela Constituição americana de 1787 nos seus três primeiros artigos e das bases firmadas pela doutrina e pela jurisprudência da Suprema Corte americana, sobretudo após o célebre caso *Marbury v. Madison*, de 1803, surgiu a ideia de controle entre os poderes, traduzida pelo sistema dos freios e contrapesos (*checks and balances*), de acordo com o qual as funções estatais devem ser fracionadas entre vários órgãos, que, por sua vez, colaboram no exercício de cada uma delas mediante controles recíprocos.

O sistema de freios e contrapesos também revela uma técnica de controle que tem os seguintes objetivos: (i) evitar a tirania; (ii) limitar a autoridade, impedindo arbitrariedades; e (iii) preservar a liberdade individual<sup>19</sup>. O sistema de controle recíproco entre os poderes revelou-se fundamental para a independência do Judiciário e para o fortalecimento do Executivo, que já possuía o batismo da legitimidade democrática, pelo menos no que diz respeito ao processo de escolha daqueles que governam pelos governados.

A combinação entre a jurisprudência da Suprema Corte, proveniente da *judicial review*, e a doutrina norte-americana da separação de poderes representou

<sup>18</sup> LOWESTEIN, Karl. *Teoria de la Constitucion*. Barcelona: Ediciones Ariel, 1965. p. 55.

<sup>19</sup> CAETANO, M. Ob. cit., p. 195.

o elemento necessário para que o Poder Judiciário tivesse reconhecida a mesma grandeza institucional das outras esferas de poder do Estado. Ademais, a interpenetração de funções anunciada pelos *checks and balances* flexibilizou a noção rígida de separação de poderes do modelo liberal europeu, sem, contudo, descaracterizar a essência e os objetivos do princípio. Depois de estudar as constituições de vários Estados, Madison afirmou que “[...] não existe nenhum exemplo em que as diferentes funções dos Poderes encontrem-se absolutamente distintas e separadas”<sup>20</sup>.

Para Piçarra, “[...] o sistema de freios e contrapesos determinou, afinal, não um equilíbrio permanente entre os poderes separados, mas sim a predominância cíclica de cada um deles”<sup>21</sup>. A constatação de Piçarra pode ser confirmada pela proposta da doutrina americana da separação de poderes, que resultou no fortalecimento dos Poderes Executivo e Judiciário, e, por sua vez, no enfraquecimento da supremacia do Legislativo, de acordo com o contexto sociopolítico da época.

É bem de ver, portanto, à luz da evolução teórica da separação de poderes, da noção cunhada pela *rule of law* até a concepção clássica de Montesquieu, que o princípio possui um conceito dinâmico, flexível e mutável conforme as circunstâncias sociais, políticas e econômicas de cada época. Afinal, de acordo com Magiera, “o conceito de separação dos poderes é, pelo menos, equívoco”, sendo firmado conforme as relações reais de poder vivenciadas em determinado contexto histórico<sup>22</sup>.

É possível, portanto, antecipar a conclusão de que a noção contemporânea do princípio da separação de poderes não pode admitir a predominância das marcas vetustas do Estado liberal-burguês dos séculos XVIII e XIX. Nesse sentido, Baptista adverte que a separação dos poderes sofreu “substancial alteração do seu conteúdo [...], tendo deixado de ser um dogma do Estado para adquirir a dimensão de autêntico princípio institucional”<sup>23</sup>. Recomenda-

---

<sup>20</sup> MADISON, James. *The Federalist*, n. 47, ed. Wesleyan University Press, com notas e introdução de Jacob E. Cooke, p. 327 Apud CYRINO, André Rodrigues. *O poder regulamentar autônomo do Presidente da República: a espécie regulamentar criada pela EC 32/2001*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 32.

<sup>21</sup> PIÇARRA, N. Ob. cit., p. 184.

<sup>22</sup> MAGIERA, John. *Parlament und Staatsleitung in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes*, 1979. Apud TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 858.

<sup>23</sup> BAPTISTA, Patrícia Ferreira. O princípio da separação de poderes revisitado e atualizado. *Revista de Direito da Associação de Procuradores do Estado do Rio de Janeiro*, v. VI – Direito Público. Coord. Diogo de Figueiredo Moreira Neto. p. 10.



-se, pois, na atualidade, uma leitura mais flexível do princípio em detrimento da visão dogmática, de maneira que sejam lançadas luzes sobre a separação de poderes enquanto princípio jurídico constitucional de natureza instrumental. E a doutrina americana dos *checks and balances*, seguramente, contribuiu para a compreensão do princípio em termos funcionais, mitigando a ideia de que este pudesse constituir um fim em si mesmo.

Na verdade, a teoria de Montesquieu, que prioriza a divisão vertical do exercício do poder político, e a teoria americana, que destaca a distribuição de funções entre órgãos do Estado e o controle recíproco entre estes, devem ser compreendidas como esferas não excludentes, mas sim complementares, pois, afinal, possuem o mesmo objetivo, que é o de preservar a esfera de liberdade dos indivíduos a partir da limitação do exercício do poder político.

## 2 DO CONCEITO CLÁSSICO À NOÇÃO CONTEMPORÂNEA

### 2.1 A INSUFICIÊNCIA DA ACEPTÃO CLÁSSICA DA SEPARAÇÃO DE PODERES

O esquema tradicional do princípio da separação de poderes, segundo os padrões dogmáticos consagrados pela doutrina de Montesquieu, considera os poderes do Estado divididos em três: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. A cada Poder do Estado é conferida uma função. À função de legislar, atribuída ao Legislativo, cabe criar direitos e obrigações por meio da edição de normas gerais e abstratas; ao Executivo é conferida a função administrativa, que atualmente desdobra-se na prestação de serviços públicos, no exercício das atividades de polícia e de fomento e na intervenção nos ordenamentos econômico e social; por fim, à função jurisdicional, desempenhada pelo Judiciário, compete interpretar e aplicar os direitos e as obrigações criados pela lei aos casos concretos, dirimindo conflitos de interesse.

Todavia, o próprio arranjo institucional do Estado moderno permite que os centros de poder estatais desempenhem funções consideradas atípicas, para as quais não há exclusividade, como reforço de sua independência em face dos demais poderes. As situações de exercício não exclusivo de funções estatais mais citadas na experiência brasileira são as seguintes: (i) em caso de *impeachment*, por intermédio da Câmara e do Senado Federal, o Legislativo exerce a função de processar e julgar o Presidente da República em crimes de responsabilidade (art. 52, I, da CRFB); (ii) o Judiciário desempenha funções administrativas



(art. 96, I, da CRFB); e (iii) o Executivo legisla por meio de Medida Provisória (art. 62 da CRFB).

Além da divisão de funções estatais entre órgãos constitucionalmente instituídos, integra o conteúdo clássico da separação de poderes o denominado sistema de freios e contrapesos – *checks and balances* –, que é a técnica pela qual os poderes promovem, reciprocamente, o controle dos atos praticados. Os *checks and balances* constituem formas de equilíbrio e interferência entre os poderes como instrumento de garantia da liberdade. Significa o controle do exercício do Poder pelo próprio Poder, cujos limites são definidos pela Constituição. Uma vez excedidos estes limites, o poder que detém a competência para controle pode conter o outro poder transgressor. Em linhas gerais, os objetivos do sistema de freios e contrapesos são os seguintes: (i) evitar o despotismo; (ii) limitar a autoridade; e (iii) garantir as liberdades individuais.

O conteúdo clássico da separação dos poderes pode ser conceituado, em linhas gerais, como a divisão de funções estatais privativas ou não entre diversos órgãos, que se controlam reciprocamente por intermédio de mecanismos instituídos pelo Direito, para resguardar a esfera de liberdade dos indivíduos e do corpo social contra os abusos potenciais de um poder absoluto. No conceito clássico de separação dos poderes, nota-se a conexão entre as matrizes europeia (divisão de funções entre diversos órgãos) e norte-americana (controle recíproco), sendo ambas as concepções básicas responsáveis pelo caráter científico alcançado pelo princípio ao longo dos anos.

Não se deve perder de vista, no entanto, que o valor subjacente ao conceito clássico de separação dos poderes é a liberdade, uma vez que toda a teoria liberal antiabsolutista emoldurada nos séculos XVIII e XIX perseguiu a linha ideológica relativa à “limitação do exercício do poder – garantia da liberdade”. A teoria clássica da separação de poderes firmou-se em um contexto de valorização à proteção da liberdade individual em face dos abusos do Estado, no qual era evidente a dicotomia Estado-sociedade pela prevalência de uma relação vertical de subordinação entre os dois.

Naquelas circunstâncias históricas, que precederam o florescimento do Estado liberal no século XIX, presumia-se uma igualdade formal em razão da qual o Estado não poderia interferir na esfera individual dos cidadãos que, por sua conta e risco, teriam condições de satisfazer suas necessidades materiais e existenciais. Por obra do constitucionalismo da época, surgiram, no século XVIII, os direitos fundamentais de primeira dimensão, que correspondem aos direitos individuais e políticos, pelos quais o indivíduo possui uma esfera de liberdade

intangível, na qual o poder do Estado é juridicamente limitado, devendo abster-se de interferir na liberdade de seus membros.

Aliás, segundo Piçarra, a liberdade como elemento justificador é tão intimamente ligada à separação de poderes que passa a fazer parte do núcleo imutável do princípio. Para o pensador luso, sob o aspecto orgânico-funcional, o princípio da separação de poderes continua a ser compreendido como “princípio de moderação, racionalização e limitação do poder político-estadual no interesse da liberdade”, o que caracteriza “o seu núcleo imutável”<sup>24</sup>. Vale dizer que o arranjo tradicional da separação de poderes como dogma do Estado se distancia em grande medida do panorama atual das relações entre as esferas de poder e entre estas e a sociedade.

## 2.2 NECESSIDADE DE REAVALIAÇÃO DA MATRIZ CLÁSSICA DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES

Atualmente, vivencia-se uma era caracterizada pela quebra de paradigmas no Direito Público. Conceitos como o de interesse público, legalidade, igualdade, legitimidade, controle e, por que não, separação de poderes postulam nova reflexão diante de uma realidade diferente daquela sobre a qual foram edificadas suas matrizes clássicas. Logo, demonstra-se necessária a releitura do princípio da separação de poderes para compatibilizá-lo à realidade dos novos tempos.

Ressalte-se, a propósito, que a condição de norma principiológica confere à separação de poderes um conteúdo menos denso, aberto, dinâmico, enfim, mais facilmente adaptável às exigências das circunstâncias de cada momento histórico. Com o advento da visão de mundo carregada pela pós-modernidade, “No direito, a temática já não é a liberdade individual e seus limites [...]”<sup>25</sup>. Liberdade e igualdade já não são os ícones da temporada [...]. No direito público, a nova onda é a governabilidade”, anuncia Barroso<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> PIÇARRA, N. Ob. cit., p. 26.

<sup>25</sup> MARQUES, Cláudia Lima. A crise científica do direito na pós-modernidade e seus reflexos na pesquisa. *Cidadania e Justiça*, n. 6, 1999. A autora defende que a “(Pós-modernidade) é uma tentativa de descrever o grande ceticismo, o fim do racionalismo, o vazio teórico, a insegurança jurídica que se observam efetivamente na sociedade, no modelo de Estado, nas formas de economia, na ciência, nos princípios e nos valores de nossos povos nos dias atuais. Os pensadores europeus estão a denominar este momento de rompimento (*Umbruch*), de fim de uma era e de início de algo novo, ainda não identificado”.

<sup>26</sup> BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, Teoria Crítica e Pós-positivismo), *Post Scriptum*. In: *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 305.

De fato, não existem mais razões para compreender a separação de poderes como um instrumento de luta contra o poder absoluto, nos moldes formulados por Montesquieu ainda na primeira metade do século XVIII. Para encontrar o sentido e o alcance da separação de poderes na realidade contemporânea, devem ser afastadas cogitações quanto à adesão a uma forma de “interpretação retrospectiva”, que certamente levará a percepção do princípio como um dogma liberal degradado em sua autoridade, vigor e prestígio<sup>27</sup>.

Isso porque, conforme advertido por Cyrino, especialmente nos Estados cujo sistema de governo é presidencialista, “os pressupostos de fato e os fundamentos juspolíticos para a aplicação da teoria original (da separação dos poderes) não são mais os mesmos”<sup>28</sup>. Além disso, não há mais espaço para uma leitura rigorosa do princípio da separação de poderes em uma era em que o Estado assume compromissos sensíveis e complexos, carecendo de maior agilidade e flexibilidade para concretizá-los.

O Estado liberal possuía, a rigor, deveres de abstenção (negativos), que se destinavam a manter incólume a esfera de liberdade formal dos indivíduos, enquanto que o Estado contemporâneo assume, adicionalmente, deveres relacionados a uma postura proativa (positivos), visando à consecução dos interesses públicos, que certamente pressuporá a realização prática de direitos socioeconômicos e de direitos de natureza difusa, neste último caso, cujos interesses transcendem ao próprio Estado nacional<sup>29</sup>.

Não se afirma com isso que a garantia dos direitos de liberdade não gere custos para o Estado, uma vez que sua realização prática exige, de alguma forma, prestações positivas, como o caso, por exemplo, da segurança pública, que precisa de todo um aparato de recursos humanos, tecnológico e ope-

---

<sup>27</sup> Para José Carlos Barbosa Moreira, interpretação retrospectiva é “um tipo de interpretação [...] em que o olhar do intérprete dirige-se antes ao passado que ao presente, e a imagem que ele capta é menos a representação da realidade que uma sombra fantasmagórica” (O Poder judiciário e a efetividade da nova constituição. *Revista Forense*, n. 304, 1988. p. 152).

<sup>28</sup> CYRINO, André Rodrigues. Ob. cit., p. 27.

<sup>29</sup> É conhecida a classificação do interesse público em gênero do qual são espécies o interesse público primário e o interesse público secundário. Diogo de Figueiredo Moreira Neto afirma que “[...] os próprios interesses públicos também se distinguiram em subcategorias de importância prática, como a diferenciação entre interesses públicos primários, que dizem respeito à sociedade, e os interesses públicos secundários, que se referem ao próprio Estado, enquanto pessoa moral a quem se imputam direitos e deveres, valendo observar que os interesses públicos secundários só são considerados legítimos quando sejam instrumentais para o atingimento dos primários” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 9).

racional para funcionar eficientemente. Porém, no atual formato de Estado, no qual a dignidade da pessoa humana ocupa posição de principal qualificativo axiológico, a implementação de prestações positivas torna-se reconhecidamente mais complexa do que as de natureza absenteísta. Até porque, se os direitos fundamentais consolidados ao longo da história, em todas as suas dimensões, não são excludentes, caberá ao Estado garantir a fruição daqueles direitos já conquistados, a par dos que ainda serão reivindicados pelas gerações futuras.

Do mesmo modo, a noção cerrada e inflexível da separação de poderes, conforme preconizado pela teoria clássica, não se amoldaria aos espaços de interseção entre as funções estatais – *v.g.* o poder regulamentar autônomo do chefe do Poder Executivo e as súmulas vinculantes – e ao surgimento de novos centros de poder autônomo com competências técnicas e específicas, tais como as agências reguladoras, como se vê na organização estatal hodierna.

Sem dúvida, a realidade do Estado contemporâneo não se ajusta à visão de separação de poderes que privilegia uma literal divisão de funções estatais e que considera, a despeito de tantas outras circunstâncias, a liberdade como valor exclusivo e sacrossanto, pois, nos dias atuais esta “[...] não precisa mais ser combatida contra um monarca absolutista que deixou de existir”<sup>30</sup>. Como leciona Bonavides, “os valores políticos cardeais que inspiraram semelhante técnica ou desapareceram ou estão em vias de desaparecimento”<sup>31</sup>.

Por outro lado, hoje adquire relevância a preocupação do Estado e da sociedade com o controle e a fiscalização do exercício das funções estatais em vista de melhores resultados no trato da coisa pública, o que mitiga a preocupação com o órgão competente para desempenhá-las. Como observa Souza Neto, na quadra atual está em jogo a contenção do arbítrio e o modo pelo qual as funções públicas são exercidas – que seria o núcleo material do princípio –, “não a garantia de competências exclusivas para cada órgão do estado”<sup>32</sup>.

No caso brasileiro, a autonomia constitucional dos Tribunais de Contas e a criação do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público podem ser considerados casos emblemáticos de valorização do controle e da fiscalização na atuação dos órgãos estatais, sobretudo para garantia

<sup>30</sup> CYRINO, A. R. Ob. cit., p. 37.

<sup>31</sup> BONAVIDES, P. Ob. cit., p. 157.

<sup>32</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 31.

de atendimento aos princípios constitucionais da Administração Pública (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência).

A principal finalidade do Estado contemporâneo é promover os direitos fundamentais da sociedade. Sendo assim, a par da contenção dos abusos, a estabilidade entre os órgãos que desempenham as atividades estatais, de maneira a prevenir desequilíbrios institucionais, é o novo mote da separação de poderes, isto é, a condição essencial para que o Estado possa atingir seus objetivos primordiais, que são promover a justiça, a segurança e o bem-estar da coletividade. A busca pelo sentido e alcance de uma separação de poderes renovada, convertida em técnica jurídico-instrumental, não pode prescindir de todas essas circunstâncias relevantes.

## **2.3 O CONTEÚDO JURÍDICO DA NOVA SEPARAÇÃO DE PODERES**

### **2.3.1 Divisão racional de atribuições e teste de legitimidade**

Assentadas as premissas sobre a desejável mudança de compreensão do princípio, importa deixar claro que, do ponto de vista ontológico, o conceito de separação de poderes, como aconselha Lowenstein, deve ser tratado como a divisão de funções estatais entre diversos órgãos do Estado, que são considerados de maneira meramente figurativa como poderes. Nesse aspecto, a separação de poderes consiste senão em uma forma de expressar a necessidade de distribuir e controlar o exercício do poder político.

A teoria de Lowenstein desmistifica a separação de poderes como dogma, tornando-a pragmática e mais próxima da realidade e do dinamismo do Estado contemporâneo. É possível falar, portanto, em uma divisão de competências materiais – de funções ou de trabalho – entre órgãos, e não em divisão de poderes, já que, para a teoria do Estado, o Poder é unitário, indivisível e indelegável. Acrescente-se que a divisão figurativa de poderes se dá, na realidade, quanto ao exercício do poder, impondo a execução racional e especializada das formas básicas de atividade estatal entre órgãos diversos com competências próprias. Quando se fala em princípio da separação de poderes, deve-se compreender a referência essencialmente como a divisão de funções do Estado entre diversos órgãos estatais.

Embora reconheça a conexão entre os conceitos, Afonso da Silva faz a distinção entre divisão de funções e separação de poderes ao afirmar, *in verbis*:

A distinção de funções constitui especialização de tarefas governamentais à vista de sua natureza, sem considerar os órgãos que as exercem; quer dizer que existe sempre distinção de funções, quer haja órgãos especializados para cumprir cada uma delas, quer estejam concentradas num órgão apenas. A divisão de Poderes consiste em confiar cada uma das funções governamentais (legislativa, executiva e jurisdicional) a órgãos diferentes, que tomam os nomes das respectivas funções (menos o Judiciário): órgão ou Poder Legislativo, órgão ou Poder Executivo e órgão ou Poder Judiciário. Se as funções forem exercidas por um órgão apenas, tem-se concentração de poderes.<sup>33</sup>

Ainda sobre a separação de poderes como divisão de funções, Aragão sustenta que,

Se retirarmos o caráter dogmático e sacramental impingido ao princípio da separação dos poderes, ele poderá, sem perder a vitalidade, ser colocado em seus devidos termos, que o configuram como mera divisão das atribuições do Estado entre órgãos distintos, ensejando uma salutar divisão de trabalho e um empecilho à, geralmente perigosa, concentração das funções estatais.<sup>34</sup>

Em última análise, é a própria sociedade que se beneficia do exercício das funções estatais por diferentes órgãos, o que deixa clara a noção instrumental do princípio da separação de poderes, que, atualmente, caracteriza um mecanismo de realização das finalidades do Estado no interesse da coletividade. Na essência, em uma de suas vertentes contemporâneas, a separação de poderes consiste em uma lógica de distribuição pragmática de funções entre órgãos estatais com competências próprias, ou seja, uma técnica de divisão de trabalho entre setores que desempenham atividades políticas. Todavia, a expressão separação

<sup>33</sup> AFONSO, José da Silva. Harmonia entre os poderes e governabilidade. *Revista de Direito do Estado* (RDE), n. 1, 25-35, jan./mar. 2006. p. 27.

<sup>34</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 371.

de poderes representa terminologia consagrada pelo uso, sendo empregada recorrentemente pela doutrina sem maiores questionamentos.

É de Ackerman a afirmação segundo a qual a nova separação de poderes possui “[...] três ideais de legitimidade [...]”, quais sejam a manutenção e aperfeiçoamento da democracia, a realização prática do princípio constitucional da eficiência (art. 37, *caput*, da Constituição da República) e a “[...] proteção e ampliação dos direitos fundamentais”. Com efeito, no Estado Democrático de Direito contemporâneo, esses pressupostos legitimadores justificam a separação de poderes enquanto princípio instrumental.

Significa que a fundamentação racional do princípio da separação de poderes deve passar, necessariamente, pelas funções de limitação do exercício do poder político – evitando o arbítrio dos governantes em razão da excessiva concentração de poderes –, pela implementação imparcial e eficiente da Constituição e das leis pelos governos e executores da função jurisdicional, e, especialmente, pela promoção dos direitos fundamentais<sup>35</sup>.

### 2.3.2 A superação da tripartição clássica

As múltiplas e complexas necessidades da sociedade plural do século XXI impõem que o Estado contemporâneo assuma responsabilidades nunca antes cogitadas<sup>36</sup>. Em grande medida, os encargos relativos aos anseios da sociedade são satisfeitos pelo exercício das atividades estatais, que nem sempre se amoldam com perfeição ao esquema tradicional das funções executiva, legislativa e jurisdicional. A releitura do princípio da separação de poderes não deve levar em consideração o fato de cada um dos órgãos do Estado exercer, exclusivamente, uma única dessas três funções consagradas pela tradição liberal.

Ademais, não é possível conceber que absolutamente todas as funções do Estado contemporâneo se amoldarão ao esquema destas espécies

---

<sup>35</sup> ACKERMAN, Bruce. *A nova separação dos poderes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 7. Tradução da obra “The New Separation of Powers”, publicada originalmente em inglês pela Harvard Law Review, v. 113, n. 03, jan. 2000.

<sup>36</sup> Conforme advertido por Sarmento, “No constitucionalismo contemporâneo, a significativa mudança no papel do Estado, que passou a intervir de forma muito mais intensa nas relações sociais e econômicas, levou a uma crise no princípio da separação dos poderes. [...] conter ao máximo o Estado pode não ser a melhor estratégia, se o que se pretende não é o Estado mínimo e absenteísta, mas sim poderes públicos que atuem energeticamente em prol dos direitos fundamentais e interesses sociais relevantes” (SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 305).



convencionalmente classificadas. A propósito, Piçarra sustenta que a nova configuração do princípio da separação de poderes implica no esgotamento da ideia de universalidade e atemporalidade da tripartição clássica das funções do Estado, tendo em vista uma progressiva diminuição de fronteiras, a relatividade dos critérios de caracterização material e de distinção entre elas<sup>37</sup>.

O pluralismo da sociedade reforça a necessidade de construção de fórmulas mais criativas e menos cerradas para a divisão do exercício do poder político. No lugar de um esquema taxativo para a separação de poderes enquanto divisão racional do exercício das funções do Estado, com inspiração na teoria liberal dos séculos XVIII e XIX, surge um sistema mais complexo, maleável e sofisticado.

É de Moreira Neto a tese de que aos variados modos de expressão do poder político existentes nos dias atuais corresponderão inúmeras novas funções a serem desempenhadas pelo Estado, razão pela qual seria praticamente inviável categorizá-las em uma relação *numerus clausus*<sup>38</sup>. Criticando o modelo madisoniano de separação de poderes, que também conduz a uma divisão tripartite do exercício do poder político entre presidência, câmara e senado, Ackerman alega que o sistema norte-americano tem pelo menos cinco instâncias, quais sejam a câmara, o senado, a presidência, a suprema-corte e as agências independentes<sup>39</sup>.

Ackerman sustenta que o modelo madisoniano de separação tripartite do poder entre presidência, câmara e senado “não só gera inúmeras patologias legislativas, mas também interrompe a coerência da administração pública técnica”<sup>40</sup>. O autor assevera, ainda, que se chegará ao ponto em que a limitação formal do número de órgãos estatais resultará em uma dinâmica cada vez mais patológica. Diante disso, Ackerman indaga: há ainda “alguma boa razão para supor que um governo moderno razoável deve dividir o poder entre somente três ou quatro instâncias?”<sup>41</sup>

Constata-se que a preocupação com a divisão rígida quanto ao desempenho das funções estatais como elemento integrante do conteúdo do princípio da

<sup>37</sup> PIÇARRA, N. Ob. cit., p. 264.

<sup>38</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Algumas notas sobre órgãos constitucionalmente autônomos – um estudo de caso sobre os Tribunais de Contas no Brasil. *RDA*, 223/08.

<sup>39</sup> ACKERMAN, B. Ob. cit., p. 114.

<sup>40</sup> Idem.

<sup>41</sup> Idem.



separação de poderes vem perdendo força na doutrina, havendo, por outro lado, uma grande tendência a se buscar mecanismos adequados para que a atividade estatal seja eficientemente executada e controlada, de modo a evitar potenciais desvios de poder e garantir, na prática, a promoção dos interesses da coletividade, na forma exigida pelas constituições democráticas.

O afastamento da teoria da divisão cerrada de funções estatais do conteúdo do princípio jurídico da separação de poderes e a diminuição de sua importância para a doutrina já eram preconizados por Lowenstein na década de 1960. Sustentava o autor que a separação de funções, na forma taxativa pretendida pelos mais conservadores, não seria indispensável para o exercício eficiente do poder político<sup>42</sup>.

De fato, é preciso relativizar a ideia clássica de separação de poderes que pretende, a partir de um critério racional estático, quase matemático, enumerar taxativamente as funções e as esferas de poder credenciadas ao desempenho das atividades estatais. Com efeito, a dinâmica da sociedade plural provocará o surgimento de demandas inéditas, que as instâncias de poder tradicionais do esquema tripartite nem sempre serão capazes de atender eficientemente.

Nesta perspectiva, Dabin adverte que a distribuição de funções entre órgãos distintos e independentes não pode caracterizar um dogma ou um fim em si mesmo, mas sim um valor de meio, instrumental, de modo que o princípio da separação de poderes carece de uma maior flexibilidade em sua compreensão. A visão rígida da lógica da especialização tripartida de funções militarista contra a faceta funcional do próprio princípio da separação de poderes<sup>43</sup>.

Sendo assim, torna-se imprescindível sustentar uma leitura renovada do princípio da separação dos poderes, franqueada a arranjos institucionais menos ortodoxos e dotados de maior plasticidade, desde que preservados os valores essenciais do princípio, que, atualmente, transcendem à preocupação de conter o exercício do poder político em nome da liberdade. Hoje, ao se falar na cláusula pétrea da separação de poderes, deve-se evitar uma concepção excessivamente rígida da cláusula, que impossibilite a adaptação institucional dos organismos do Estado às novas exigências das sociedades contemporâneas.

---

<sup>42</sup> LOWEYSTEIN, K. Ob. cit., p. 56.

<sup>43</sup> DABIN, Jean. *Doctrine Générale de L'État, Bruylant e Sirey*. Bruxelas e Paris, 1939, p. 284-285. Apud ARAGÃO, Alexandre Santos de. Ob. cit., p. 378.

### 2.3.3 Separação de poderes como ideia de controle, fiscalização e coordenação recíprocos

Com a perda de vigor da especialização funcional taxativamente vinculada ao esquema da tripartição, a interpretação contemporânea constitucional da separação de poderes vem reconduzindo a compreensão do princípio, em toda a sua dinâmica, para a vertente relativa ao controle recíproco, que é associada à doutrina norte-americana dos *checks and balances* (sistema de freios e contrapesos). Enquanto a tipificação originária das funções estatais e a respectiva distribuição entre os órgãos do poder se afastam gradativamente do conteúdo nuclear da cláusula da separação de poderes, por outro lado, em sua versão contemporânea, os controles recíprocos se aproximam deste.

Para Piçarra, no Estado de direito contemporâneo, o centro de gravidade do princípio da separação de poderes é constituído pelas noções de controle, fiscalização e coordenação recíprocos. O autor afirma que “o sistema de controlos jurídicos constituiria o núcleo essencial do princípio da separação dos poderes no Estado de Direito contemporâneo”, no qual se incluem as tarefas de fiscalização e coordenação<sup>44</sup>.

Logo, a leitura contemporânea do princípio jurídico da separação de poderes destaca o controle, a fiscalização e a colaboração entre os órgãos que desempenham as atividades estatais, sendo tais atribuições partes integrantes e indissociáveis do núcleo essencial do princípio, que opera como regra jurídica, determinando condutas objetivas para o Estado ou para quem lhe faça as vezes. Neste passo, como técnica substancialmente jurídica, o princípio da separação de poderes não pode se afastar dos pressupostos que o convertam em instrumento de cooperação, harmonia e moderação (fiscalização e controle) no âmbito das relações institucionais entre os órgãos executores das atividades estatais. Nesse sentido, o princípio da separação de poderes representa muito mais do que uma mera técnica de especialização funcional.

As constituições contemporâneas possuem, em sua maioria, regras jurídicas – retiradas do núcleo essencial do princípio da separação de poderes – determinando condutas objetivas, segundo as quais os órgãos especializados que desempenham as funções estatais devem manter relações harmônicas e equilibradas entre si, em regime de mútua cooperação, reverência e tolerância na tarefa de governar, controlando-se reciprocamente, de modo a possibilitar a

<sup>44</sup> PIÇARRA, N. Ob. cit., p. 258-259.

formação de uma vontade estatal válida, evitando abusos no exercício do poder político, em favor de toda a coletividade e, em última análise, da liberdade em sua faceta material.

Os detentores do poder estão obrigados pelo núcleo essencial do princípio da separação de poderes a uma cooperação mútua, sendo-lhes defeso impor arbitrariamente suas opiniões em face do outro. A participação e a cooperação entre os órgãos executores das funções do Estado constitui condição de validade e eficácia dos atos estatais. Ao defender a aplicação do modelo denominado “parlamentarismo limitado” à lógica da separação de poderes na constituição norte-americana, Ackerman esclarece que “o poder deste centro é freado e equilibrado por uma gama de instâncias com propósito especial, cada um motivado por um ou mais dos três temas básicos da teoria da separação dos poderes”<sup>45</sup>.

Ackerman desenvolve o raciocínio sobre a leitura atual da separação de poderes a partir da premissa segundo a qual, a par da especialização funcional, o princípio possibilita que o governo seja limitado pelo Poder Judiciário e seus tribunais independentes, chamados de “instância de integridade”, cujo controle destina-se a evitar corrupção e abusos, bem como por uma “instância regulatória”, que obrigaria o Estado a dar satisfações de como dará conta de melhorar os resultados gerados para a sociedade pelas atividades econômicas reguladas.

A teoria desenvolvida por Ackerman é de extrema valia para a definição da concepção contemporânea do princípio da separação de poderes, porquanto fundada essencialmente na ideia de controle recíproco das funções estatais entre os órgãos especializados, cuja atuação há de se efetuar em regime de ampla cooperação, bem como por instâncias independentes. Somente desta forma será possível conjugar os atos necessários para o atendimento da vontade estatal que, em última análise, significa a consecução eficiente dos interesses da sociedade.

De outro giro, vale dizer que a liberdade também integra o núcleo essencial da separação de poderes, mas como valor a ser preservado e fim último a ser perseguido, o que caracteriza seu conteúdo programático. Neste caso, a liberdade não pode ser entendida como aquela vislumbrada no Estado liberal burguês dos séculos XVIII e XIX em face do absolutismo monárquico. No atual contexto, em que o epicentro axiológico dos ordenamentos jurídicos ocidentais

---

<sup>45</sup> ACKERMAN, B. Ob. cit., p. 113.

é representado pela cláusula da dignidade da pessoa humana, a liberdade deve ser entendida como o conjunto mínimo de condições materiais essenciais e elementares sem as quais uma pessoa não pode viver com dignidade<sup>46</sup>, noção que pode ser associada ao “mínimo existencial”<sup>47</sup>.

Portanto, a partir da leitura contemporânea do princípio da separação de poderes (previsto expressamente no art. 2º da Constituição da República), é possível extrair duas regras jurídicas do seu núcleo essencial, as quais, evidentemente, estão fora do jogo da ponderação e são de observância obrigatória pelos poderes do Estado em suas relações.

A primeira consiste na necessidade de contenção do arbítrio no exercício do poder político, por meio da fiscalização e do controle recíprocos entre os órgãos especializados – p. ex., pelo Poder Judiciário e seus Tribunais independentes – e por instâncias independentes, como tribunais de contas, o Ministério Público e as agências reguladoras, sem que se possa causar risco à higidez das competências funcionais do órgão controlado, bem como aos anseios da sociedade<sup>48</sup>. A segunda significa a exigência de cooperação, harmonia, respeito, tolerância e equilíbrio

---

<sup>46</sup> Ricardo Lobo Torres ensina que “O homem não pode ser privado, em qualquer situação, do mínimo necessário à conservação de sua vida e de sua liberdade. O princípio da liberdade fática entra no jogo da ponderação com princípios como os da separação de poderes e reserva orçamentária. Observa Alexy que ‘um interesse ou uma carência é fundamental quando sua violação ou não-satisfação significa a morte ou o sofrimento grave ou toca no núcleo essencial da autonomia. Daqui são compreendidos não só os direitos de defesa liberais clássicos, senão, por exemplo, também direitos sociais que visam ao asseguramento de um mínimo existencial’. [...] O mínimo existencial protege também as condições iniciais da liberdade, assim entendidos os pressupostos materiais para o seu exercício. A liberdade de expressão, por exemplo, só se afirma se as pessoas souberem ler e escrever, donde se conclui que o ensino da leitura e da escrita é mínimo existencial. Sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade. O fundamento do direito ao mínimo existencial, conseqüentemente, está nas condições para o exercício da liberdade [...]” (Ver TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 139-141).

<sup>47</sup> Sobre o tema, Ana Paula de Barcellos adverte que “Esse núcleo, no tocante aos elementos materiais da dignidade, é composto pelo mínimo existencial, que consiste em um conjunto de prestações mínimas sem as quais se poderá afirmar que o indivíduo se encontra em situação de indignidade. [...] Uma proposta de concretização do mínimo existencial, tendo em conta a ordem constitucional brasileira, deverá incluir os direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistência no caso de necessidade e ao acesso à justiça” (BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 305).

<sup>48</sup> Segundo Ackerman, “A separação de poderes envolve não só presidentes e parlamentos, mas também a posição constitucional de tribunais e das agências administrativas” (Ver ACKERMAN, B. Ob. cit., p. 6).

entre os órgãos executores do poder político com vista à realização do bem da coletividade e à promoção dos direitos fundamentais.

Por fim, não seria desnecessário recordar a lição de Piçarra, segundo a qual “[...] o sistema de freios e contrapesos determinou, afinal, não um equilíbrio permanente entre os poderes separados, mas sim a predominância cíclica de cada um deles”<sup>49</sup>. Nesta perspectiva, não poderia passar despercebido o protagonismo contemporâneo do Poder Judiciário no cenário político nacional e internacional, fenômeno que vem se desenvolvendo desde o final da 2ª Guerra Mundial em diversas democracias mundiais. Exercendo o papel de guardiães da Constituição, naturalmente as Supremas Cortes têm provocado a submissão das democracias deliberativas ao crivo da jurisdição constitucional. Em outras palavras, cabe à jurisdição constitucional avaliar segundo parâmetros jurídicos racionais, se as vontades das maiorias eventuais manifestadas nos processos deliberativos observam os cânones constitucionais, impedindo que militem contra a própria democracia. Mais uma vez está em jogo a permanente tensão entre democracia e constitucionalismo.

Do mesmo modo, diante da inércia dos órgãos de representação da soberania popular, muitas vezes pelas dificuldades resultantes dos altos custos políticos de articulação, outras simplesmente por força de estratégia de defesa institucional, e, também, em virtude da incapacidade de o direito positivo acompanhar a velocidade e a dinâmica da realidade da vida, o Poder Judiciário é obrigado a intervir para garantir a efetividade das normas constitucionais, o que reforça a tênue fronteira entre o político e o jurídico na contemporaneidade. Cumpre ressaltar que a interferência do Judiciário, nesses assuntos, deve se dar de maneira subsidiária, autocontida e reverente aos outros poderes<sup>50</sup>.

Recentemente, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal decidiu questões importantes que, em princípio, deveriam ter sido objeto de deliberação no âmbito da política majoritária, como, por exemplo, as uniões homoafetivas, a interrupção terapêutica da gestação de fetos anencefálicos, as cotas raciais,

---

<sup>49</sup> Ver nota de rodapé 21.

<sup>50</sup> Para Barroso, “[...] a judicialização jamais deverá substituir a política, nem pode ser o meio ordinário de se resolverem as grandes questões. Pelo contrário. O Judiciário só deve interferir quando a política falha” (Ver BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 41).

pesquisas com células-tronco, nepotismo, demarcação de terras indígenas, definição do rito procedimental para processo de *impeachment* etc.<sup>51</sup>.

Em importante precedente, que confirma a tendência contemporânea de ascensão política do Poder Judiciário e das Supremas Cortes, o Supremo Tribunal Federal, em decisão monocrática proferida pelo Ministro Luiz Fux, na ADI 4.663/RO, reconheceu a inconstitucionalidade do inciso XVII, do art. 3º da Lei nº 2.507/2011 – Lei de Diretrizes Orçamentárias do Estado de Rondônia –, sustentando a necessidade de “[...] realinhamento da atividade financeira do poder público com o norte da programação de longo prazo, determinando-se que o orçamento anual observe as balizas do planejamento delineado no plano plurianual e na lei de diretrizes orçamentárias”, conforme exigido pela Constituição<sup>52</sup>.

A decisão afirmou a força vinculante das normas do orçamento anual – LOA, uma vez que a LDO de Rondônia – a norma impugnada – buscou imprimir regime diferenciado de execução obrigatória somente para as regras da LOA que decorressem de emendas parlamentares. Assim, unicamente nesses casos, os recursos deveriam ser obrigatoriamente aplicados pelo Poder Executivo estadual. A partir da premissa da “vinculação mínima das normas orçamentárias”, o Ministro Luiz Fux decidiu que “[...] não caberia ao legislador estadual definir modalidade diversa de execução exclusivamente às normas derivadas de emendas parlamentares, sob pena de ofensa à harmonia entre os poderes políticos”<sup>53</sup>.

Deste julgamento é possível extrair a importante constatação teórica de que a ideia tradicional de atuação discricionária do Chefe do Poder Executivo na execução do orçamento anual deve ser repensada em nome do dever de cumprimento das normas constitucionais sobre finanças públicas, seguindo o norte do planejamento de longo prazo, na forma exigida pelo PPA e pela LDO (art. 165 da Constituição da República). Neste caso, evidencia-se uma legítima interferência do Poder Judiciário em defesa da democracia e da Constituição, em espaço institucional originado por falha dos representantes da política majoritária.

---

<sup>51</sup> Ver BARROSO, L. R. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 38-39.

<sup>52</sup> FUX, Luiz. *Jurisdição constitucional: democracia e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 357-359.

<sup>53</sup> Idem.

## CONCLUSÃO

Segundo as lições de Piçarra, a efetivação dos direitos fundamentais exige “cada vez mais a solidariedade activa de todos os órgãos de produção e aplicação do Direito, vinculados que estão aos mesmos objectivos”, nem que, por isso, a crítica neoliberal venha opor o Estado Democrático e Social ao “Estado com separação de poderes”<sup>54</sup>. Com efeito, hoje deve-se falar mais em colaboração ou solidariedade entre poderes do que em absoluta separação de poderes. Ademais, o aspecto colaborativo e solidário do princípio deve ser considerado pressuposto essencial para qualquer Estado constitucional que se proponha Democrático de Direito.

O princípio da separação de poderes possui natureza jurídico-instrumental. Ele não pode constituir um fim em si mesmo, mas traduzir mecanismo voltado à instituição, preservação e desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, e, sobretudo, à realização da sua principal finalidade, que consiste na concretização dos direitos fundamentais dos cidadãos. Deste modo, atualmente, deve-se prestigiar uma leitura mais flexível do princípio, realizada em termos funcionais quanto à distribuição de tarefas entre órgãos independentes, em detrimento da visão dogmática, definitiva e invariável da especialização tripartida de funções.

Afinal, hoje, o desígnio fundamental do princípio não é proteger a liberdade individual dos cidadãos contra um monarca absolutista, fracionando o poder contido em suas mãos. Até porque, a noção contemporânea de Estado não admite que este se coloque em posição de superioridade sobre a sociedade, criando uma relação de sujeição, mas que com esta dialogue na busca pelo cumprimento dos deveres constitucionais. No Estado Democrático de Direito, não pode ser mais tolerada a prevalência da visão dicotômica Estado-sociedade.

No século XXI, no qual o próprio conceito de Estado passa por uma profunda crise, já não é mais possível compreender a separação de poderes a partir das lentes de uma racionalidade estática tal qual o esquema engendrado por Montesquieu sob inspiração da modernidade clássica dos séculos XVIII e XIX, cuja raiz justificadora era a preservação da liberdade individual em face dos abusos do absolutismo<sup>55</sup>.

---

<sup>54</sup> PIÇARRA, N. Ob. cit., p. 27.

<sup>55</sup> Sobre o tema da crise do Estado, ver CASSESE, Sabino. *A crise do Estado*. Trad. Ilse Paschoal Moreira e Fernanda Landucci Ortale. Campinas/SP: Saberes, 2010.



Como observa Cassese, a distribuição rígida de funções entre órgãos do aparelho estatal teria sido uma justificativa da modernidade para corrigir, do ponto de vista organizacional, a concentração de poder na sociedade resultante da democracia<sup>56</sup>. Nota-se, portanto, um duplo aspecto na clássica divisão de funções proposta pela ideologia liberal-burguesa, cujo fundamento consistia na imposição de restrições à ação do Estado e aos cidadãos, que até então eram considerados súditos.

Todavia, nos dias atuais, já não seria mais possível sustentar uma divisão de funções em compartimentos estanque entre órgãos estatais, nos moldes da tripartição clássica. Assim sendo, a separação de poderes deve ser compreendida à luz de uma racionalidade branda, uma vez que nem sempre os executores do poder político se encaixarão perfeitamente nos modelos dos “três poderes”, e, também, pelo fato de os órgãos do Estado, cada vez mais, desempenharem funções atípicas.

Porém, às vezes, o próprio direito positivo é influenciado pela tendência de se encaixar de qualquer maneira o exercício de “poderes” por aparelhos independentes no esquema da tripartição clássica, como, por exemplo, no caso brasileiro, os tribunais de contas, que se vinculam ao Legislativo, as agências reguladoras e o Ministério Público, ambos integrantes formais da estrutura do Executivo, e o Conselho Nacional de Justiça, pertencente ao Judiciário.

As dificuldades de compreender o princípio da separação de poderes como a divisão rígida de funções estatais entre órgãos específicos, sem qualquer correspondência, de maneira quase matemática, conforme preconizado pela teoria clássica, são aumentadas pelos espaços de interseção verificados entre as funções estatais, como, por exemplo, o poder regulamentar autônomo do chefe do Poder Executivo e as súmulas vinculantes, bem como pelo surgimento de novos centros de poder autônomo com competências técnicas e específicas, tais como as agências executivas e as agências reguladoras.

Não deve ser esquecido, também, que, em nome da eficiência e da prestação de serviços públicos de qualidade à população, o Estado contemporâneo delega atividades tipicamente administrativas à iniciativa privada, no âmbito de programas de parceria, além de permitir a participação de entidades do terceiro setor e de organizações da sociedade civil no exercício de funções tradicionalmente executadas por órgãos e entidades estatais.

---

<sup>56</sup> Idem, p. 36.



Embora a divisão de funções para o exercício do poder político integre o conteúdo do princípio da separação de poderes, atualmente, importa mais investigar a forma pela qual o poder político é exercido do que averiguar quem o exerce. Pode-se dizer, então, que a divisão cerrada de funções se afastou do núcleo essencial do princípio da separação de poderes, se infiltrando mais ainda na zona de colisão.

A vertente política da correlação de forças entre órgãos distintos e independentes e a natureza instrumental e funcional não representam indicativos de que o princípio da separação de poderes seja vazio de conteúdo jurídico. A categoria de norma principiológica confere ao princípio da separação de poderes conteúdo flexível e dinâmico, permitindo adaptação às exigências das circunstâncias políticas, sociais e jurídicas de cada momento histórico. Porém, como a liberdade integra o núcleo imutável da separação de poderes, pois ainda revela a sua principal justificativa, enquanto ideia reguladora de conteúdo programático não pode ser afastada do conteúdo do princípio. A rigor, como adverte Piçarra, o princípio da separação de poderes continua a ser compreendido como “princípio de moderação, racionalização e limitação do poder político-estadual no interesse da liberdade”, o que caracteriza “o seu núcleo imutável”<sup>57</sup>.

Sob a perspectiva teleológica, de fato, a liberdade constitui o núcleo essencial e invariável do princípio da separação de poderes. Contudo, os meios de obtenção da liberdade no Estado Democrático de Direito contemporâneo exigem mais do que a simples não intervenção na esfera privada, garantida pelos direitos individuais. Deste modo, o dever de concretização dos direitos socioeconômicos reivindica prestações positivas, o que determina a atuação proativa do Estado, paralelamente à postura absenteísta, de maneira a garantir a liberdade a partir da igualdade material dos cidadãos.

Ademais, o Estado do século XXI também possui compromissos sensíveis e complexos relativos à tutela de direitos de matriz difusa, denominados direitos fundamentais de terceira e quarta dimensão, que transcendem aos próprios interesses nacionais, pois traduzem preocupações da comunidade global e do próprio gênero humano<sup>58</sup>. Sendo assim, para o cumprimento destes

---

<sup>57</sup> PIÇARRA, N. Ob. cit., p. 26.

<sup>58</sup> O valor subjacente aos direitos fundamentais de terceira geração é a fraternidade (ou para alguns autores, a solidariedade), que se agrega aos valores da liberdade e da igualdade dos direitos de primeira (direitos individuais e políticos) e de segunda (direitos socioeconômicos) geração, respectivamente.

encargos, o Estado necessita atuar com agilidade, certo grau de estabilidade, flexibilidade e eficiência, mesmo porque assume compromissos perante a Comunidade Internacional, o que pressupõe uma ampla colaboração entre os órgãos executores das atividades estatais, superando a ideia convencional da separação de poderes como simples divisão cerrada de funções.

Uma mudança de perspectiva para o princípio da separação de poderes impõe a superação da ideia de universalidade e atemporalidade da tripartição clássica das funções do Estado, justamente em virtude da inevitável interpenetração das atividades estatais, o que gera uma progressiva diminuição de fronteiras entre elas e a conseqüente relativização dos critérios de caracterização material e de diferenciação.

Igualmente, nos dias atuais não seria possível definir um rol taxativo de funções estatais e de órgãos competentes para executá-las, tendo em vista os diversos modos de expressão do poder político decorrentes das mais variadas demandas de uma sociedade dinâmica. Com efeito, na atualidade, a divisão rígida de funções entre órgãos distintos e especializados não constitui critério essencial para o exercício eficiente do poder político.

Por outro lado, no Estado contemporâneo, a noção de controle do exercício das funções estatais pelo Estado e pela sociedade adquire relevância. Desta forma, a fiscalização do desempenho das atividades do Estado em vista de melhores resultados no trato da coisa pública, e, em última análise, em benefício da sociedade, se sobrepõe à preocupação com o órgão competente para desempenhá-las.

No Estado constitucional do século XXI, preponderam a contenção do arbítrio e a forma pela qual as funções públicas são exercidas. A teoria contemporânea da separação de poderes tende a superar a ideia de garantia de

---

Os direitos fundamentais de terceira geração não tem por destinatários os indivíduos ou um grupo de determinado Estado nacional, mas o gênero humano. São exemplos de direitos fundamentais de terceira geração o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio-ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação. Os direitos fundamentais de quarta geração também transcendem aos interesses dos indivíduos ou de um grupo de um determinado Estado nacional, pois são objeto de uma universalização no campo institucional, isto é, por obra do Direito Internacional positivo. Esta universalização de direitos é resultado da globalização política na esfera da normatividade jurídica, e corresponde à última fase de institucionalização do Estado social. São exemplos de direitos fundamentais de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo (Ver BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 569-571).

competências exclusivas para cada órgão do Estado, enfatizando o modo pelo qual a função é exercida e, por via de consequência, os controles.

A especialização funcional *numerus clausus* e a respectiva distribuição de funções entre órgãos estatais específicos e rigidamente definidos se afastam gradativamente do conteúdo nuclear do princípio da separação de poderes. Por outro lado, na concepção contemporânea, o sistema de controles passa a constituir o núcleo essencial do princípio jurídico da separação de poderes, a par da ideia normativo-reguladora da liberdade, cujo conteúdo é programático. É bem de ver que o sistema de controles inclui as tarefas de fiscalização e coordenação.

Ora, se o núcleo essencial de um princípio jurídico opera como regra, pode-se dizer que a leitura contemporânea da separação de poderes impõe como condutas objetivas aos organismos estatais a submissão ao controle e à fiscalização, bem como o dever de colaboração com os outros órgãos executores de atividades estatais. Em outras palavras, na contemporaneidade, o princípio da separação de poderes converte-se substancialmente em instrumento jurídico de cooperação, consenso e moderação (fiscalização e controle) nas relações institucionais entre órgãos executores das atividades estatais.

Além da vertente relativa à contenção do arbítrio no exercício do poder político, por meio da contenção recíproca entre órgãos especializados, a prestação de contas à sociedade e o controle e fiscalização realizados por instâncias independentes, como as agências reguladoras, os tribunais de contas e o Ministério Público, ganham posição de destaque na doutrina contemporânea da separação de poderes, superando o clichê da divisão rígida de funções entre órgãos especializados definidos taxativamente.

A finalidade precípua do Estado contemporâneo é promover os direitos fundamentais. Por sua vez, a realização prática dos direitos fundamentais supõe o exercício eficiente das funções estatais. Logo, além da contenção do arbítrio por meio do controle e da fiscalização, atualmente o conteúdo jurídico do princípio da separação de poderes estabelece como dever inegociável a estabilidade entre os órgãos que desempenham as atividades estatais, de maneira a prevenir desequilíbrios institucionais e o desenvolvimento da democracia, garantindo o ambiente adequado para a execução das políticas públicas necessárias à realização prática dos direitos fundamentais.

Assim sendo, não devem ser toleradas medidas ilegítimas de reação institucional de um poder em face de outro, primeiro porque violam diretamente

a cláusula constitucional da separação de poderes, e, segundo, porque, no final das contas, o povo, que é o detentor do poder e destinatário das ações do Estado, será o maior prejudicado.

A dinâmica do princípio da separação de poderes é demonstrada pela predominância cíclica de uma esfera de poder sobre outra. Em sua formulação original, o princípio buscou limitar os poderes concentrados nas mãos do monarca absoluto. Na versão norte-americana, por sua vez, a ideia prevaiente foi a de equilibrar as forças entre Legislativo e Executivo, sem questionar a relevância do Poder Judiciário. Todavia, no momento atual, observa-se uma tendência ao protagonismo do Poder Judiciário, que pode ser explicado pela ênfase nos controles e na tarefa inadiável de limitação do arbítrio. É por esta razão que muitos chegam a afirmar que atualmente se vive a era da judicialização da política. Nesse sentido, no caso brasileiro, o Poder Judiciário e seus tribunais independentes representam, por excelência, à moda ackermaniana, a “instância de integridade” que impõe limites às ações arbitrárias do governo e às falhas do Legislativo, evitando e reprimindo a corrupção e todo tipo de abuso.

Há, portanto, na contemporaneidade, a necessidade de superar as metanarrativas referentes à compreensão da separação de poderes como um dogma cristalizado pela ideologia liberal-burguesa dos séculos XVIII e XIX, afinal a utilização adequada do princípio, a partir de uma visão instrumentalizada, pautada em uma racionalidade renovada, mais flexível e funcional, militará em favor da preservação da democracia e da realização dos anseios da sociedade contemporânea, traduzidos, sobretudo, na busca pela realização prática dos direitos fundamentais.

## REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. *A nova separação dos poderes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. Tradução da obra “The New Separation of Powers”, publicada originalmente em inglês pela Harvard Law Review, no v. 113, n. 03, jan. 2000.

AFONSO, José da Silva. Harmonia entre os poderes e governabilidade. *Revista de Direito do Estado* (RDE), n. 1, 25-35, jan./mar. 2006.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BAPTISTA, Patrícia Ferreira. O princípio da separação de poderes revisitado e atualizado. *Revista de Direito da Associação de Procuradores do Estado do Rio de Janeiro*, v. VI – Direito Público. Coord. Diogo de Figueiredo Moreira Neto.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O Poder judiciário e a efetividade da nova constituição. *Revista Forense*, n. 304, 1988.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, Teoria Crítica e Pós-positivismo), *Post Scriptum*. In: *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BOBBIO, Norberto. *A teoria das formas de governo*. 7. ed. Trad. Sérgio Bath. Universidade de Brasília, 1994.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CAETANO, Marcello. *Manual de ciência política e direito constitucional*. Livraria Almedina: Coimbra, 1986.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Livraria Almedina: Coimbra, 1999.

CASSESE, Sabino. *A crise do Estado*. Trad. Ilse Paschoal Moreira e Fernanda Landucci Ortale. Campinas/SP: Saberes, 2010.

CYRINO, André Rodrigues. *O poder regulamentar autônomo do Presidente da República: a espécie regulamentar criada pela EC 32/2001*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. São Paulo: Saraiva, 1998.

FUX, Luiz. *Jurisdição constitucional: democracia e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

HÖFFE, Otfried. *A democracia no mundo de hoje*. Trad. Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

JACKISCH, Carlota. *Teoría de distribución de poderes in Division de Poderes*. Konrad-Adenauer-Stiftung. Buenos Aires: Ciedla, 1994.

LOWESTEIN, Karl. *Teoria de la Constitucion*. Barcelona: Ediciones Ariel, 1965.

MARQUES, Cláudia Lima. A crise científica do direito na pós-modernidade e seus reflexos na pesquisa. *Cidadania e Justiça*, n. 6, 1999.

MIRANDA, Jorge. *A Constituição de 1976. Formação, estrutura, princípios fundamentais*. Lisboa, 1978.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

\_\_\_\_\_. Algumas notas sobre órgãos constitucionalmente autônomos – um estudo de caso sobre os Tribunais de Contas no Brasil. *RDA*, 223/08.

PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra, 1988.

SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VERDÚ, Pablo Lucas. *Manual de Derecho Político*. Volume Primeiro. Introducción y Teoría del Estado. Tercera Edición, Madrid: Tecnos, 1998.

Submissão em: 23.07.2015

Avaliado em: 09.08.2015 (Avaliador A)

Avaliado em: 15.07.2016 (Avaliador C)

Aceito em: 14.09.2016



# A INSINCERIDADE NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

## THE INSINCERITY IN CONSTITUTIONAL ADJUDICATION

**Gabriel Accioly Gonçalves<sup>1</sup>**

Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, Rio de Janeiro/RJ

**ÁREA(S) DO DIREITO:** direito constitucional; teoria do direito.

**RESUMO:** O artigo tem por finalidade analisar o valor da sinceridade judicial (*judicial candor*) e suas repercussões na jurisdição constitucional. São abordados, criticamente: i) os aspectos conceituais do tema; ii) as linhas doutrinárias de objeção e defesa à adoção desse dever; iii) a sinceridade em órgãos decisórios colegiados. Uma vez coletadas as conclusões parciais dessas investigações, argumenta-se, à luz destas, que o resultado e a fundamentação das decisões da jurisdição constitucional devem ser sinceros, devendo o julgador, ainda, ser honesto quanto ao fato da criação judicial do direito.

**PALAVRAS-CHAVE:** sinceridade judicial; jurisdição constitucional; criação judicial do direito.

**ABSTRACT:** *The article aims at analyzing the value of judicial candor and its*

*repercussions in constitutional adjudication. It is critically assessed: i) conceptual aspects of the theme; ii) the academics point of view for and against the adoption of this duty; iii) sincerity in collegial decisional entities. Once collected the partial conclusions of these investigations, it is argued, in light of those, that the final decision and motivation in constitutional adjudication must be sincere, having the judge, also, the duty of being honest about the fact of judicial lawmaking.*

**KEYWORDS:** *judicial candor; constitutional adjudication; judge-made law.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Aspectos conceituais; 2 Objeções ao dever de sinceridade judicial; 3 As teses favoráveis ao *judicial candor*; 4 Sinceridade em órgãos colegiados; 5 Um mau exemplo: legislador negativo e a insinceridade de discursos de negação da criatividade na jurisdição constitucional; Palavras finais; Referências.

<sup>1</sup> E-mail: accioly.gabriel.uerj@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/0223374564431747>.



**SUMMARY:** *Introduction; 1 Conceptual aspects; 2 Objections to the duty of judicial candor; 3 The favorable arguments on judicial candor; 4 Sincerity in collegial entities; 5 A bad example: negative legislator and the insincerity of judicial lawmaking denial in constitutional adjudication; Final remarks; References.*

## INTRODUÇÃO

A ideia de que a sinceridade é qualidade desejável e que deve ser praticada possui grande apelo intuitivo. O mesmo se passa no domínio jurídico, sobretudo em relação à atividade decisória dos juízes, não faltando autores que sustentam o dever de adesão jurisdicional a esse valor<sup>2</sup>. Tal circunstância pode tornar surpreendente o fato de muito se controverter a respeito desse tema. De fato, diversos segmentos doutrinários argumentam que essa defesa não perdura após uma reflexão mais aprofundada a respeito das consequências de sua adoção pelo Poder Judiciário. É nesse campo temático que o presente estudo se desenvolve.

Neste sentido, a exposição que se segue é dividida nas seguintes etapas: inicialmente, serão apreciados os aspectos conceituais do debate enunciado, bem como apresentadas e avaliadas as principais linhas doutrinárias – favoráveis e contrárias – a respeito do *judicial candor*. Após, será apreciado se a circunstância de se integrar um órgão colegiado repercute sobre o grau preconizado de aderência a esse dever e, em caso afirmativo, em que medida. Em etapa final, as conclusões parciais atingidas serão empregadas na análise de um debate pertinente à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e de outras altas Cortes estrangeiras: o de se esses Tribunais devem ser sinceros quanto à circunstância de que a jurisdição constitucional envolve criação do direito.

## 1 ASPECTOS CONCEITUAIS

Apesar da multiplicidade de estudos defendendo posturas, por vezes, antagônicas a respeito da sinceridade judicial, menos frequentes são os esforços de conceituação de em que essa consistiria, bem como que exigências estariam atreladas à assunção desse dever. Essas, contudo, são uma premissa indispensável a um tratamento consistente do assunto, que envolve nuances. Como se depreenderá da análise a seguir, distintas posturas judiciais podem ser

---

<sup>2</sup> A doutrina anglófona emprega o termo *judicial candor* para se referir à sinceridade judicial. Os principais estudos sobre o assunto serão apresentados no decorrer do presente estudo.

enquadradas como sinceras, o que não significa que elas sejam defensáveis ou recomendáveis em dimensões equivalentes.

Dois autores que dedicaram esforços à conceituação e sistematização de o que constituiria a sinceridade no âmbito judicial são Micah Schwartzman e Alan Hirsch. De acordo com o primeiro, sincera é a afirmativa declarada com a intenção de expressar o que o seu prolator acredita ser verdadeiro<sup>3</sup>. Não basta haver uma correspondência entre o que se afirme e a verdade, a sinceridade demanda a intencionalidade do conteúdo externado – na ausência desta, não se cogita da honestidade ou não de um dito. O autor subdivide a sinceridade em duas espécies, a veracidade e a convicção. A primeira acepção corresponde à descrição realizada. Já a segunda engloba a anterior, envolvendo um requisito adicional, que é o de que o emissor da mensagem acredite nela sem reservas, confusões mentais ou conflitos internos<sup>4</sup>. Assim, uma decisão judicial convicta demanda o esforço de introspecção do juiz, a fim de que este forme uma visão amadurecida a respeito da matéria, sobre a qual deva se pronunciar<sup>5</sup>.

Contudo, é preciso levar em conta que juízes enfrentam constrangimentos temporais na tarefa jurisdicional. Em face disso, Guido Calabresi menciona a dificuldade de se atingir uma franqueza plena em hipóteses de alta indeterminação semântica de um enunciado normativo. Nessas hipóteses, esse autor e membro da Corte de Apelações do Segundo Distrito dos Estados Unidos descreve se depararem os juízes com o ímpeto de proferir sua decisão em termos genéricos, de modo a adquirir mais tempo para formar opiniões definitivas<sup>6</sup>.

Outra classificação, formulada por Schwartzman, distingue entre sinceridade (*sincerity*) e franqueza (*candor*). Essa última é mais exigente do que a anterior, exigindo, além da satisfação daquela, uma abertura e transparência pública em relação às razões que foram relevantes em seu itinerário intelectual

<sup>3</sup> SCHWARTZMAN, Micah. The Principle of Judicial Sincerity. *Virginia Law Review*, v. 94, n. 4, p. 992, 2008.

<sup>4</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>5</sup> Uma crítica frontal a essa concepção é apresentada por Scott Altman. Para esse autor, de uma introspecção provavelmente defluiria a constatação pelos juízes de que, na verdade, o direito os limita menos do que acreditam na tomada de decisão. Disso pode decorrer a aquisição pelos julgadores de visões menos nobres a respeito da função que desempenham, passando-se a proferir conscientemente decisões puramente pautadas pela ideologia. Assim, a ausência de introspecção e a crença de que são limitados pelo Direito tende, na visão de Altman, a conduzir os juízes a prolar decisões melhores. Cf. ALTMAN, Scott. *Beyond Candor*. *Michigan Law Review*, v. 89, n. 2, p. 318 e ss., 1991.

<sup>6</sup> CALABRESI, Guido. *A Common Law for the Age of Statutes*. Cambridge: Harvard University, 1982. p. 178.

para subsidiar uma determinada tomada de posição. Assim, um juiz que acredite serem as razões R1 e R2 conducentes a um resultado é sincero, mas não totalmente franco se motiva uma decisão mencionando apenas uma delas. Essa formulação é criticada por ser inatingível e pouco realista<sup>7</sup>. Assim, uma leitura mais branda da franqueza apenas enxerga uma falha em se atender a esse dever caso a omissão tenha por objetivo enganar outros a respeito de em que o prolator da decisão acredita<sup>8</sup>.

Alan Hirsch apresenta formulação com ênfase distinta sobre a sinceridade judicial, mediante a diferenciação entre os modelos purista e prudente de decisão judicial. Julga de forma purista o juiz que prolata decisões apresentando o que entende ser o sentido correto da norma jurídica aplicada, independentemente de avaliações consequencialistas<sup>9</sup>. Já o modelo da prudência preconiza um agir pragmático dos juízes, com vistas a atingir resultados socialmente desejáveis<sup>10</sup>. O autor exemplifica como prudente a linguagem da Suprema Corte empregada na decisão do caso *Cooper v. Aaron*, a qual, em síntese, determinou ser a decisão *Brown v. Board of Education* aplicável aos Estados. Na avaliação de Hirsch, como esforço de gerar aceitação pública a uma decisão com a qual a discordância seria, para muitos, visceral, a Corte utilizou termos eufemísticos, como integração, em vez de dessegregação<sup>11</sup>.

Essas conceituações são criticadas por Scott Idelman, ao se pautarem por critérios subjetivos de intenção, cuja aferição seria inviável. Assim, propõe, alternativamente, uma objetivação do dever de sinceridade, descrevendo haver violação a este em manifestações judiciais empiricamente incorretas, equivocadas do ponto de vista lógico, ou, simplesmente, incorretas<sup>12</sup>. Nessa

---

<sup>7</sup> SHAPIRO, David. In defense of judicial candor. *Harvard Law Review*, v. 100, p. 732 1987.

<sup>8</sup> Idem, *ibidem*, p. 995.

<sup>9</sup> HIRSCH, Alan. Candor and Prudence in Constitutional Adjudication. *George Washington Law Review*, v. 61, n. 3, p. 863, 1993.

<sup>10</sup> Idem, p. 864.

<sup>11</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>12</sup> IDLEMAN, Scott. A Prudential Theory of Judicial Candor. *Texas Law Review*, v. 73, n. 2, p. 1317-8, 1995. Sobre o papel desempenhado pelos fatos na sinceridade judicial, Kathleen Sullivan argumenta que estes são relevantes na interpretação constitucional, ao contextualizar e, em certos casos, expor o equívoco de argumentos que, vistos de forma puramente teórica, podem ser convincentes. A autora indica como exemplo por excelência disso a argumentação da Suprema Corte no caso *Plessy v. Ferguson*, em que foi estabelecida a doutrina do *separados, porém iguais* (v. capítulo 2). Com efeito, se tem alguma plausibilidade em abstrato o argumento de que segregar racialmente as pessoas constitui uma forma

acepção, como compreende o autor, manifestações judiciais de negação da criatividade violariam o dever de sinceridade independente da visão pessoal do juiz a esse respeito<sup>13</sup>. Todavia, o critério de Idleman parece tentar converter a sinceridade em um dever de correção ou persuasividade, razão pela qual deve ser rechaçado.

Em polo antitético ao da sinceridade judicial, situa-se uma modalidade das chamadas ficções jurídicas<sup>14</sup>. Na acepção ora empregada, produzida por Henry Maine, compreendem-se como tais quaisquer declarações que tenham por finalidade ocultar o fato de que uma norma jurídica tenha sofrido alteração, buscando-se tratá-la como se preexistente ao momento de sua concepção e aplicação<sup>15</sup>. De forma aproximada, Lon Fuller sustenta que a maior parte das ficções jurídicas tem por finalidade introduzir uma alteração no direito – afinal, quando se trata de uma mera aplicação de uma norma clara a uma situação concreta, não há que se fazer uso desse expediente<sup>16</sup>. Bentham manifesta um enorme desvalor pelas ficções jurídicas, afirmando que o emprego da falsidade seria movido por um desejo de acobertar a ocorrência de uma usurpação da função legislativa<sup>17</sup>. Distingue-se doutrinariamente a ficção do mito jurídico, através do critério de que, naquela, a falsidade seria consciente por parte de

---

simétrica de se lidar com as raças e, dessa forma, é uma forma de tratamento igualitário, ao se cotejar isso com a realidade e história norte-americanas, percebe-se que, muito ao contrário, essa política, a nível simbólico, reforçava a demarcação de um tratamento inferiorizado de afrodescendentes. Dessa forma, no que tange a elementos fáticos, a sinceridade judicial alia-se a um reconhecimento da influência que estes devem desempenhar na interpretação da Constituição. Cf. SULLIVAN, Kathleen M. The Candor of Justice Marshall. *Harvard Blackletter Law Journal*, v. 6, p. 83-9, 1989.

<sup>13</sup> Idem, ibidem.

<sup>14</sup> Segundo Larenz, as ficções podem ser, em suma, técnica legislativa ou judicial. As primeiras se manifestam na equiparação entre fatos sabidamente desiguais ou diferenciação entre fatos iguais, tendo-se por finalidade atrair ou afastar uma incidência normativa. Trata-se, assim, em suas palavras, de remissões ou restrições encobertas. Já, em âmbito judicial, as ficções têm por finalidade atrelar-se a um fato, uma consequência que dele não decorreria na fundamentação de uma decisão. V.: LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 366 e ss.

<sup>15</sup> MAINE, Henry Sumner. *Ancient Law – It's connection to the History of Early Society*. Reino Unido: Read Books, 2007. p. 12.

<sup>16</sup> FULLER, Lon. *Legal Fictions*. Stanford: Stanford University, 1970. p. 56.

<sup>17</sup> BENTHAM, Jeremy. *The works of Jeremy Bentham – Under the Superintendence of his Executor, John Bowring (part I)*. Londres: Simpkin, Marshall & Co, 1838. p. 243.

quem a pronuncia, enquanto que, neste, não<sup>18</sup>. Aplicando-se essa classificação ao debate ora travado, apenas a ficção seria insincera.

## 2 OBJEÇÕES AO DEVER DE SINCERIDADE JUDICIAL

Apesar do apelo intuitivo do dever de sinceridade, diversas são as linhas de oposição ao seu emprego jurisdicional. É possível identificar três gêneros de objeções ao *judicial candor*, que podem ser agrupadas como (i) paternalistas, (ii) pragmáticas e (iii) da inutilidade de sua defesa.

### 2.1 OBJEÇÕES PATERNALISTAS

Entre as objeções (i) paternalistas, uma primeira delas argumenta ser preferível que certas verdades a respeito de situações conflituosas permaneçam ocultadas. Como exemplo disso, aduz-se que seria excessivamente danoso do ponto de vista social a admissão simultânea de que, de um lado, tão ruins são as condições das prisões que diversos presos reincidentes pelo crime de estupro preferem a castração ao retorno ao encarceramento e que, de outro, ainda assim, não há uma visão social consistente de que as condições das prisões devem ser melhoradas. A desonestidade nesse ponto reside na desconsideração da vontade de presos no sentido mencionado, qualificando-a como intrinsecamente viciada<sup>19</sup>. Os defensores dessa falsidade entendem que o seu emprego constitui um expediente altruístico, resguardando uma espécie de bem comum<sup>20</sup>.

Outra linha paternalista de refutação à sinceridade, atrelada ao debate sobre criação judicial do direito, é apresentada por David Shapiro. Em artigo com o provocador título *Judges as liars* (Juizes enquanto mentirosos), o autor argumenta ser da essência da atividade jurisdicional que se minta a respeito do fato de que o parâmetro de solução do caso, por vezes, é concebido apenas no momento decisório. Sustenta Shapiro que, apenas dessa forma, a parte sucumbente aceitará a decisão, enquanto que uma postura sincera tenderia a provocar insatisfação. Subjaz essa tese a visão de que os litigantes não teriam maturidade suficiente para aceitar se submeter à autoridade judiciária, a qual

---

<sup>18</sup> MULLER, John F. The Constitutional Incompleteness Theorem. *Journal of Constitutional Law*, v. 15, n. 5, p. 1380, 2013.

<sup>19</sup> CALABRESI, Guido. Op. cit., p. 172.

<sup>20</sup> Para uma crítica filosófica à noção de que o caráter doloroso de certas verdades justificaria o seu ocultamento do público, v.: BOK, Sissela. Lies for the Public Good. In: MENKEL, Carrie; WHEELER, Michael (Coord.). *What's Fair - Ethics for Negotiators*. São Francisco: Jossey-Bass, 2004. p. 371-82.

restaria preservada por meio do expediente de falseamento de razões<sup>21</sup>. Embora essa suposição demande comprovação empírica, ela é apresentada apenas de forma intuitiva.

Entendo que essa tese parte de duas premissas questionáveis. A primeira delas é a de que aqueles que venham a ser partes em litígios sejam familiarizados com a noção de Estado de Direito e com a sua vertente, segundo a qual este é incompatível com a retroatividade normativa. Essa formulação possui certo grau de sofisticação teórica, não sendo autoevidente – tampouco a visão com maior apelo intuitivo – que seja amplamente dominada por aqueles que venham a ser jurisdicionados. A segunda premissa é a de que o caráter criativo das decisões judiciais seja amplamente ignorado pelos não versados em direito, de modo que a sua negação preserve um estado de desconhecimento benigno. Considerando-se o amplo destaque conferido pelos meios de comunicação social a algumas das principais decisões das Supremas Cortes<sup>22</sup> a respeito de questões morais centrais do debate público, associado à compreensão social de que, mediante esse tipo de provimento jurisdicional, direitos antes não reconhecidos passam a ser tutelados, também é questionável a tese de que a criação judicial do direito seja circunstância que escape do horizonte de compreensão de jurisdicionados sem formação jurídica<sup>23</sup>. Especificamente a respeito da sociedade norte-americana, aduzem Jeffrey Seagal e Harold Spaeth que a visão segundo a qual juízes meramente aplicam um direito preexistente, demais fatores não impactando na tomada de decisão, se já teve alguma plausibilidade, desapareceu por completo após a decisão em *Bush v. Gore*<sup>24</sup>.

## 2.2 OBJEÇÕES PRAGMÁTICAS

O segundo grupo de objeções, que são as (ii) pragmáticas, é o mais numeroso. O primeiro argumento nesse sentido é um de ladeira escorregadia. De acordo com tese apresentada por Guido Calabresi, a sinceridade quanto à tomada de decisões juridicamente questionáveis poderia promover um incremento de linhas jurisprudenciais que aprofundem um equívoco pontual. Exemplifica

<sup>21</sup> SHAPIRO, Martin. Judges as liars. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, v. 17, p. 156, 1994.

<sup>22</sup> A observação vale tanto para os Estados Unidos quanto para o Brasil.

<sup>23</sup> Para uma visão de que o público compreende que a atividade jurisdicional não tem natureza mecânica, v.: DWORKIN, Ronald. Introduction. In: DWORKIN, Ronald (Coord.). *A badly flawed election*. Nova York: The New Press, 2002. p. 53.

<sup>24</sup> SEGAL, Jeffrey; SPAETH, Harold. *The Supreme Court and the Attitudinal model revisited*. Cambridge: Cambridge University, 2002. p. 10.

o autor com a hipótese de que, embora o Judiciário norte-americano tenha mantido a proibição da poligamia, negando ser isso uma regulação da religião mórmon, tal inequivocamente o foi. Entretanto, a admissão disso poderia servir como um estímulo a novas intrusões estatais sobre práticas religiosas, enquanto que o seu ocultamento funcionou como uma forma de conter eventuais novas intervenções<sup>25</sup>.

Outra linha pragmática defende o preterimento da sinceridade em prol de atingir o julgador resultados que repute melhores do que aqueles que decorreriam de uma aderência estrita ao direito legislado. Frederick Schauer e Ronald Dworkin já argumentaram nesse sentido. De acordo com o primeiro, os juízes, como regra, primeiramente identificam qual solução jurídica desejam conferir a um caso para, apenas em um segundo momento, conceber a fundamentação que conduza a esse resultado. Isso significa que a motivação não reflete o itinerário do raciocínio jurídico empreendido pelo juiz para atingir aquela conclusão, mas apenas constitui um suporte *ex post* por esta, o que seria suficiente, sendo as razões decisórias juridicamente razoáveis, embora não, necessariamente, sinceras. Tendo em vista o caráter generalizado desse cenário, Schauer conclui constituir a preocupação com a sinceridade judicial um exagero<sup>26</sup>.

Entendo que essa postura não é satisfatória, na medida em que parece deixar de depositar na fundamentação das decisões a sua devida relevância. Afinal, escrevendo esse autor pressupondo um sistema jurídico de *common law*, sabe-se que a fundamentação de um órgão jurisdicional repercute e constrange decisões de casos futuros similares, sobretudo se esta integrar a *ratio decidendi*. No *civil law*, o mesmo se passa em relação às hipóteses de aplicação da teoria da eficácia transcendente dos motivos determinantes. Afirmativas desnecessárias para a solução do caso podem constranger órgãos decisórios subsequentes de forma imprevista, impondo soluções que mesmo os prolores da decisão original não desejariam. Esse risco tende a se agravar caso as razões empregadas na fundamentação das decisões sequer sejam genuinamente compreendidas como realmente conducentes àquele resultado.

Em linha similar, é possível colher na doutrina de Dworkin a defesa de que, por vezes, a sinceridade seja deixada de lado de modo a que o julgador afaste uma solução legal que repute injusta. Trata-se da hipótese de reconhecimento de

---

<sup>25</sup> *Idem*, p. 173.

<sup>26</sup> SCHAUER, Frederick. *Thinking Like a Lawyer – A New Introduction to Legal Reasoning*. Cambridge: Harvard University, 2009. p. 175.



um direito moral, cujas razões de incidência em um dado caso sejam tão fortes, que façam o julgador se sentir compelido, moralmente, a afastar a aplicação de um direito legal. Nesse caso, a inverdade consiste em maquiagem o que se entende como esse último, de forma a sintonizá-lo com o direito moral<sup>27</sup>. Contudo, aduz que, no âmbito acadêmico, deve-se enfrentar esse tipo de hipótese, típica dos casos difíceis, de forma honesta, isto é, tratando-a como um conflito entre um direito legal e outro, moral<sup>28</sup>. Outro expediente similar a que faz menção Prieto Sanchís é a manipulação da descrição fática, de modo a atrair-se a incidência de um tratamento normativo distinto e mais aceitável perante a ótica do julgador<sup>29</sup>.

Sob ângulo diverso, especialmente nas hipóteses em que o julgador não se sinta seguro a respeito dos efeitos que podem advir de sua decisão, é possível que a redação da fundamentação e, mesmo, da parte dispositiva, empregue um minimalismo não franco, ocultando-se uma série de considerações compreendidas como aparentemente corretas, porém deixadas de lado por razões de cautela<sup>30</sup>. Trata-se de uma postura de humildade institucional, excluindo-se da decisão elementos nos quais, embora o juiz acredite, se auto-contém em razão de sua potencial falibilidade em relação à previsão de consequências.

Prosseguindo-se na exposição das refutações à tese da sinceridade judicial, argumenta-se que, dadas as visões prevalentes a respeito da separação de poderes, apesar da inevitabilidade da criação do direito pela via judicial, a sua negação seria uma forma de resguardo do Poder Judiciário de críticas equivocadas<sup>31</sup>. Essa acusação de usurpação da função política contribuiria para um desprestígio institucional do Poder Judiciário, justificando, assim, a insinceridade enquanto postura defensiva. Segundo Richard Posner, o recurso a retóricas formalistas na tomada de decisão em boa parte constitui exemplo disso, já que estas geram uma aparência de que a atividade desempenhada pelo juiz é essencialmente vinculada a comandos estabelecidos pelo legislativo, ocultando

<sup>27</sup> DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University, 1978. p. 327.

<sup>28</sup> Idem, *ibidem*. No mesmo sentido, v.: CALABRESI, Guido. *Op. cit.*, p. 180-1.

<sup>29</sup> SANCHÍS, Luis Prieto. *Interpretación Jurídica y Creación Judicial del Derecho*. Lima: Temis, 2007. p. 126.

<sup>30</sup> IDLEMAN, Scott. *Op. cit.*, p. 1382.

<sup>31</sup> SWEET, Alec Stone. *Governing with judges*. Oxford: Oxford University Press, 2000. p. 137. O autor não adere a esse argumento, entendendo haver uma decadência da visão tradicional a respeito da separação de poderes e que as disposições constitucionais que estipulam a superioridade hierárquica da Constituição e atribuem ao Poder Judiciário funções de controle de constitucionalidade conferem a necessária legitimação a esse tipo de atuação criativa.



escolhas do julgador<sup>32</sup>. Na medida em que o funcionamento do direito depende de um grau mínimo de aceitação social, o expediente de falsear fundamentações e ocultar a criatividade judicial seria pragmaticamente justificado ao preservar a adesão ao direito e às instituições<sup>33</sup>. Essa tese, como o argumento paternalista, também parte da premissa de que a criatividade judicial do direito seja largamente ignorada, bem como que a sua negação – a despeito dos resultados a que chegam as Cortes em seus julgados – é mecanismo idôneo para camuflar esse aspecto decisional. Mais problemática do que isso, entretanto, é a visão de que é legítimo o Poder Judiciário buscar se esquivar da crítica pública camuflando, por meio de expedientes retóricos, os contornos da atividade que desempenha. As teses favoráveis à sinceridade judicial têm como premissa a negação dessa visão.

Adicionalmente, é possível objetar que a exigência de sinceridade das Cortes seria pouco realista, ignorando o modo de funcionamento da estrutura judiciária. Juízes contam com assessores para se desincumbir de seu volume de trabalho, não redigindo todas as suas manifestações jurisdicionais<sup>34</sup>. Isso pode tornar dificultoso que a integralidade das manifestações contidas em votos seja sincera. É possível que parte delas atue como argumento de reforço das linhas mestras indicadas pelo julgador ao orientar seus assessores sobre a solução preconizada. Em um cenário menos ideal, é concebível que o julgador sequer tenha domínio pleno do conteúdo das decisões que prolata com o auxílio de seus assessores. Dada a inviabilidade fática de o juiz arcar com seu acervo processual de forma solitária, então o dever de sinceridade pressuporia um cenário irrealizável de o próprio julgador, após refletir sobre qual solução acredita ser ditada juridicamente para uma determinada questão surgida, aplicá-la ao caso. De toda forma, tal não parece inviabilizar o dever de sinceridade. Apenas ressalta-se uma exigência anterior a essa da atividade julgadora, que é a de que

---

<sup>32</sup> POSNER, Richard. *The Federal Courts*. Cambridge: Harvard University, 1999. p. 309.

<sup>33</sup> LEFLAR, Robert A. Honest Judicial Opinions. *Northwestern University Law Review*, v. 74, n. 5, p. 739, 1979. O autor levanta esse argumento a título de suposição, mas posiciona-se favoravelmente à sinceridade judicial.

<sup>34</sup> Segundo Posner, ao longo da história, progressivamente, juízes passaram a confiar e delegar mais a seus assessores. Esse acadêmico é membro de Tribunal de Segunda Instância nos Estados Unidos, afirmando que alguns juízes de seu convívio nunca redigiram uma decisão judicial e que, quanto ao grau de controle do que redigem os assessores, o grau é variável, conforme o julgador. Cf. POSNER, Richard. Foreword: A Political Court. *Harvard Law Review*, v. 119, n. 1, p. 61, 2005.

aquele dotado da competência jurisdicional para solucionar um litígio que lhe seja dirigido tenha, ao menos, domínio e aprovação do conteúdo elaborado por seus assessores.

### 2.3 OBJEÇÃO DA INUTILIDADE DA DEFESA DA SINCERIDADE

Por fim, um terceiro gênero de objeções concebível é o de que é (iii) inútil defender esse dever, em razão da impossibilidade de aferição do seu cumprimento. Neste contexto, é pertinente mencionar o conceito da psicologia social de raciocínio motivado (*motivated reasoning*). De acordo com Dan Kahan, o raciocínio motivado corresponde à tendência humana de, inconscientemente, processar informações como dados empíricos, ditos orais e escritos, de forma a promover interesses compatíveis com as preferências pessoais de quem recebe o conteúdo<sup>35</sup>. De forma simples e leiga, trata-se de uma modalidade de pensamento enviesado. Isso significa que, ainda que se verifique uma correspondência entre o perfil ideológico de um juiz e as decisões que profira<sup>36</sup>, isso não decorre, necessariamente, de uma insinceridade. É que o raciocínio motivado tende a ser inconsciente<sup>37</sup>.

A não demonstrabilidade do cumprimento de um dever não significa que ele inexistia. A dificuldade de aferir se a ideologia de um juiz atua como critério definidor da tomada de decisão não ilide o fato de que, caso ele assim proceda conscientemente, descumprirá esse dever. Ademais, embora a insinceridade não seja passível de comprovação empírica – salvo se expressamente confessada –, isso não afasta a possibilidade de identificação de indícios desse comportamento, o que pode munir críticas a linhas jurisprudenciais e fomentar o diálogo e a reflexão<sup>38</sup>.

<sup>35</sup> KAHAN, Dan. Neutral Principles, Motivated Cognition and some problems for constitutional Law. *Harvard Law Review*, v. 125, n. 1, p. 7, 2011.

<sup>36</sup> Costuma-se denominar isso de modelo atitudinal do comportamento judicial. Sobre esses modelos – em síntese apertada, legalista, atitudinal e estratégico, o primeiro explicando a postura decisória dos juízes como norteadora pelo que compreendem ser o direito, a segunda por sua ideologia e o terceiro por interações com outros atores de modo a se avançar resultados desejados –, v.: BRANDÃO, Rodrigo. *Suprema judicial versus diálogos constitucionais: quem tem a última palavra na interpretação da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 225 e ss.

<sup>37</sup> KAHAN, Dan. Op. cit., p. 8.

<sup>38</sup> Investigação dessa natureza será realizada no Capítulo 3, item 3.5, no que diz respeito a posturas judiciais de negação da criação judicial do Direito e, em especial, à tese veiculada pela jurisprudência do STF de que esse Tribunal seria um legislador negativo.

De fato, em cenários como esse, a sujeição do julgador a críticas dessa natureza funciona como um convite a que ele argumente pela correção de seu ponto de vista, ou o modifique, o que revela um potencial dialógico, e não uma inutilidade, da defesa do dever de sinceridade. Diversos outros argumentos podem ser elencados em prol da aderência judicial a esse valor.

### 3 AS TESES FAVORÁVEIS AO *JUDICIAL CANDOR*

As vertentes de defesa da sinceridade judicial costumam ter natureza deontológica. Os argumentos tendem a apresentar interconexões, atuando sinergicamente em prol de requisitos do que se compreende como parâmetros de legitimação da atividade jurisdicional. Neste sentido, a apresentação apartada dos fatores de prestígio à sinceridade atende a uma finalidade didática.

Uma primeira formulação usual nesse sentido conecta-se à noção de que a publicidade é um elemento legitimador fundamental da atuação jurisdicional. O exercício da autoridade estatal deve ser acompanhado por razões justificadoras, as quais devem estar disponíveis, num patamar mínimo, ao menos àqueles que se sujeitem a um ato coercitivo do Poder Público<sup>39</sup>. Como ensina John Rawls, a publicidade, associada à noção de que a organização política não deve esconder ou enganar os cidadãos a respeito dos contornos de seu funcionamento, constituem condição da autonomia<sup>40</sup>. Embora nem sempre seja possível atestar com certeza a veracidade de informações prestadas, a publicidade ao menos as torna suscetíveis ao escrutínio público e, *a fortiori*, à aceitação ou crítica<sup>41</sup>.

Afirmar que os juízes se tornam em maior medida sujeitos a crítica por consequência de exigência de exposição pública e honesta de suas razões de decidir significa, também, que eles se tornam sujeitos a maior *accountability*<sup>42</sup>. Acredita-se, ainda, que uma maior exposição dos juízes e de suas decisões, associada ao entendimento de que as fundamentações apresentadas devem ser sinceras, os imbuí de um senso de responsabilidade individual e os impele a proferir decisões mais bem redigidas, tanto em termos formais, quanto de

<sup>39</sup> SCHWARTZMAN, Micah. Op. cit., p. 1.010.

<sup>40</sup> RAWLS, John. *Political Liberalism*. Nova York: Columbia University, 1996. p. 68 e ss.

<sup>41</sup> Idem, ibidem. Tal é visto como um elemento de fortalecimento da democracia, empregando-se essa discussão teórica para se sustentar o acesso público às deliberações da Suprema Corte norte-americana. V.: MILLER, Arthur Selwyn; SASTRI, D. S. Secrecy and the Supreme Court: On the Need for Piercing the Red Velour Curtain. *Buffalo Law Review*, v. 22, n. 3, p. 822, 1973.

<sup>42</sup> FORRESTER, Ray. Truth in Judging: Supreme Court Opinions as Legislative Drafting. *Vanderbilt Law Review*, v. 38, n. 3, p. 477, 1985.

conteúdo. Como esclarece a Juíza da Suprema Corte norte-americana Ruth Bader Ginsburg, atrelam-se à *accountability* judicial decorrente da exposição pública de votos um exame de consciência do juiz a respeito do teor de sua manifestação e, de forma associada, uma preocupação com a manutenção de sua reputação – em síntese, um maior desejo de *acertar* na prolação da decisão<sup>43</sup>. Ronald Dworkin sintetiza esses argumentos e de que forma eles se conectam, em passagem cuja qualidade justifica a extensa citação:

Juízes não recebem legitimidade de Deus ou por eleições ou pela vontade dos governados ou por seu suposto talento pragmático ou domínio inspirado da razão. A única base de sua legitimidade – a única base – é a disciplina argumentativa: Seu comprometimento institucional de não realizar nada que não estejam prontos para justificar através de argumentos que satisfaçam, ao mesmo tempo, duas condições básicas. A primeira é a sinceridade: Eles devem acreditar, após reflexão introspectiva, que os argumentos empregados justificam o que fazem, e eles devem estar prontos para realizar o que tais argumentos justificam em casos posteriores e talvez bastante diversos, inclusive quando suas preferências pessoais ou políticas conduzam a resultado distinto. A segunda condição é a transparência. Os argumentos que eles considerem convincentes devem ser exatamente os argumentos apresentados aos profissionais e publicamente expostos em suas opiniões, com o grau de detalhamento necessário para permitir ao público que avalie por si próprio a adequação e consequências futuras desses argumentos.<sup>44</sup>

<sup>43</sup> GINSBURG, Ruth Bader. Remarks on Writing Separately. *Washington Law Review*, v. 65, n. 1, p. 140, 1990.

<sup>44</sup> DWORKIN, Ronald. Introduction..., cit, p. 54-5: “Judges do not gain legitimacy from God or election or the will of the governed or their supposed pragmatic skill or inspired reasonableness. The sole ground of their legitimacy – the sole ground – is the discipline of argument: Their institutional commitment to do nothing that they are not prepared to justify through arguments that satisfy, at once, two basic conditions. The first is sincerity. They must themselves believe, after searching self-examination, that these arguments justify what they do, and they must stand ready to do what the arguments justify in later, perhaps very different, cases as well, when their own personal preferences or politics are differently engaged. The second condition is

Prosseguindo-se, outro viés de defesa a decisões sinceras parte da visão de que a atividade jurisdicional desempenha uma tarefa, a curto ou longo prazos, de atualização do sentido do direito. De forma interna ao Poder Judiciário, a atualização do direito pode sobrevir de votos minoritários persistentes, que, ao longo do tempo, conquistem a maioria da Corte. Caso, entretanto, opte-se por se resignar à maioria, votando-se de forma conforme, porém insincera, restringe-se essa via de aprimoramento do direito. Segundo Ruth Ginsburg, votos minoritários desempenham algumas funções relevantes nas Cortes. Uma delas é a de que o juiz responsável por redigir a opinião da maioria se sentirá naturalmente compelido a apresentá-la com maior clareza e apuro técnico<sup>45</sup>. De forma menos frequente, é possível que um voto divergente seja tão persuasivo, que acabe conquistando mudanças de entendimento e formando uma nova maioria definitiva. Implícita a divergências judiciais é a noção de que essa postura não decorre de um capricho, mas de uma genuína discordância a respeito de qual solução jurídica deve corretamente reger o caso<sup>46</sup>.

Além disso, essa atividade de atualização do direito, que pode decorrer da interação no interior da Corte, pode se manifestar, externamente, por diálogos institucionais. Ao invalidar uma lei, expondo os motivos da inconstitucionalidade, é possível que o parlamento torne a legislar sobre a matéria, buscando adaptar o conteúdo da disciplina adotada, cedendo à visão do órgão jurisdicional que tenha invalidado a norma. Caso a motivação apresentada para invalidar o ato normativo não tenha sido sincera, é possível que a adaptação legislativa que parta de um esforço de absorção das razões apresentadas pela Corte invalidadora, na verdade, remanesça constitucionalmente insatisfatória. Um novo e eventual reconhecimento disso pelo Poder Judiciário potencialmente geraria um descrédito no potencial dos diálogos, além de sugerir um decisionismo judicial. Para Robert Lefflar, decisões criativas são as em que o dever de sinceridade se

---

*transparency. The arguments they themselves find convincing must be exactly the arguments that they present to the professional and lay public in their opinions, in as much detail as is necessary to allow that public to judge the adequacy and future promise of those arguments for themselves"* (tradução livre).

<sup>45</sup> GINSBURG, Ruth Bader. The Role of Dissenting Opinions. *Minnesota Law Review*, v. 95, n. 1, p. 3, 2010. Segundo narra a autora, essa situação já foi pessoalmente vivenciada pela mesma, ao votar, com a maioria da Suprema Corte, no sentido de que a vedação do ingresso de mulheres ao *Virginia Military Institute* violava a cláusula da igual proteção. Contudo, o Juiz Scalia divergiu da maioria, de uma forma, na avaliação de Ginsburg, que chamou a atenção do público, fazendo com que a juíza redigisse mais de uma dúzia de rascunhos da opinião da maioria, atingindo resultado final bastante superior aos escritos iniciais.

<sup>46</sup> É possível, contudo, que a divergência parta de uma leitura insincera das normas jurídicas, a fim de se buscar avançar um resultado que o julgador entenda mais conveniente por razões extrajurídicas.

manifesta com maior intensidade, já que são aquelas cuja qualidade mais deve chamar a atenção do público, o qual deverá tomar nota da alteração do direito, seja para questioná-la, seja para se adaptar à inovação<sup>47</sup>.

David Shapiro sustenta que o *judicial candor* vincula-se ao dever de tratamento das pessoas com respeito. Para ele, de forma implícita à defesa da insinceridade, manifesta-se uma visão mesquinha da parte sucumbente, de que esta não seria capaz de lidar com a verdade. Além de tal representar um tratamento desrespeitoso da parte, entende Shapiro que tais posturas abalam a confiança nas relações humanas, um atributo desejável destas<sup>48</sup>. Ademais, especialmente a longo prazo, posturas como essa tendem a não passar despercebidas, o que pode contribuir para uma perda de prestígio institucional, ou apoio difuso ao Poder Judiciário<sup>49</sup>. Acrescenta esse autor que a própria natureza das decisões judiciais – que devem ser pautadas por razões e se sujeitar a debate e crítica – pressupõe que estas sejam construídas com honestidade. Ausente essa postura, os motivos pelos quais a autoridade judiciária é exercida tornam-se encobertos, desvirtuando-se o debate e a crítica públicas às decisões, o que abre margem a abusos e à inviabilização do necessário constrangimento do exercício de poder judicial<sup>50</sup>. Como instrui Karl Larenz, o uso de ficções jurídicas na motivação das decisões judiciais torna a fundamentação apenas aparente<sup>51</sup>, o que constitui uma burla a esse parâmetro de exercício da atividade jurisdicional. Esse raciocínio pode ser ampliado para expedientes insinceros, em geral destinados a enganar aquele a quem a decisão se dirige.

De outra parte, a maior controlabilidade da atividade jurisdicional, especialmente quando criativa, não é o único ganho decorrente da sinceridade. Por meio desta, cai por terra a visão de que cabe exclusivamente a juízes especializados na intrincada e inacessível ciência jurídica apresentar respostas às questões constitucionais difíceis, como se a solução dessas decorresse de um

---

<sup>47</sup> LEFLAR, Robert. Op. cit., p. 737.

<sup>48</sup> SHAPIRO, David. Op. cit., p. 736-7.

<sup>49</sup> A ideia de apoio difuso à Suprema Corte corresponde à circunstância de a opinião pública ter uma visão positiva da Corte e de sua independência, mesmo que discorde de decisões suas, pontualmente. V.: FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review. *Texas Law Review*, v. 84, p. 326, 2005.

<sup>50</sup> Idem, p. 737.

<sup>51</sup> LARENZ, Karl. Op. cit., p. 369-70.

esforço de se desvelar uma norma jurídica oculta preexistente<sup>52</sup>. A compreensão de que as manifestações criativas da Corte espelham escolhas substantivas e passíveis de revisão representa um convite a que a sociedade civil atue como partícipe na interpretação constitucional. O senso de que questões constitucionais difíceis não têm respostas prontas e de que não há palavra final em caráter definitivo sobre o sentido da Constituição dignificam as interpretações não oficiais da Lei Maior, promovendo uma maior consciência epistêmica das credenciais do constitucionalismo democrático. Adotando-se a concepção de Jack Balkin de que a Constituição é uma moldura para o funcionamento da política<sup>53</sup>, a insinceridade quanto à criação judicial do direito favorece, quer conscientemente, ou não, um esmorecimento popular da reflexão crítica e defesa pública de visões próprias sobre questões constitucionais, como se estas não lhes dissessem respeito.

#### 4 SINCERIDADE EM ÓRGÃOS COLEGIADOS

*A sinceridade não necessariamente conquista votos.*  
(Susan Estrich)

Um aspecto do debate sobre sinceridade judicial que não foi levado em consideração, senão tangencialmente, até o momento é o de como a colegialidade pode impactar nesse dever. Segundo a doutrina norte-americana, o então Juiz da Suprema Corte William Brennan teria o hábito de perguntar a seus assessores qual seria a mais importante regra do direito constitucional. Ouvidas as respostas, sua reação seria a de erguer a mão, mostrando os seus cinco dedos, número equivalente ao mínimo de votos para formar uma maioria no Tribunal<sup>54</sup>. A narrativa ilustra a circunstância de que integrar um órgão colegiado afeta a atividade julgadora. Os juízes devem buscar conciliar suas compreensões normativas individuais com a necessidade de atingir resultados dentro de grupos. Além disso, tendem a modelar o conteúdo de suas pronúncias com base na avaliação de que reação tendem a produzir em outros órgãos

---

<sup>52</sup> FORRESTER, Ray. Truth in Judging: Supreme Court Opinions as Legislative Drafting. *Vanderbilt Law Review*, v. 38, n. 3, p. 477, 1985.

<sup>53</sup> BALKIN, Jack. *Living Originalism*. Cambridge: Harvard University, 2011. p. 21.

<sup>54</sup> STAUDT, Nancy; FRIEDMAN, Barry; EPSTEIN, Lee. On the role of ideological homogeneity in generating consequential constitutional decisions. *Journal of Constitutional Law*, v. 10, n. 2, p. 384, 2008.



políticos<sup>55</sup>. Costuma-se denominar isso modelo estratégico de decisão judicial<sup>56</sup>. Parte dessa estratégia envolve a compreensão de que a sinceridade pode não funcionar como um fator de atração de votos em sentido similar<sup>57</sup>.

Diversos fatores repercutem sobre o comportamento judicial em Tribunais – inclusive no que diz respeito ao conteúdo de suas manifestações. Segundo Lawrence Baum, estes envolvem fatores psicológicos, como evitar a frustração de “perder” (não integrar a maioria)<sup>58</sup>. Além disso, os juízes, presumivelmente, se importam com a “marca” que deixarão na história do Tribunal que integraram. Em julgamentos de grandes questões constitucionais, que integrem destacadamente a história de Supremas Cortes ou Cortes Constitucionais, é possível cogitar de uma adesão insincera à orientação dos demais votantes, em especial se já formada a maioria. Com isso, aquele que, em seu íntimo, discorde dos demais, evita o cenário de eternizar-se como o juiz que foi contrário a um marco jurisprudencial. Quer por esse motivo, ou não, é possível identificar na jurisprudência do STF unanimidades em matérias tipicamente divisivas moralmente, como ações afirmativas raciais<sup>59</sup> e uniões homoafetivas<sup>60</sup>, cuja resolução em Tribunais de outros países costuma ser acirrada.

Outro fator estratégico que repercute sobre o comportamento judicial é a busca por manter-se em estima elevada entre os demais membros da Corte (no que derrotas sucessivas tendem a não contribuir)<sup>61</sup>. Ao manter o prestígio entre seus pares, os juízes tenderiam a, com maior facilidade, conquistar a adesão da maioria no que compreendam como a solução devida em outros

---

<sup>55</sup> BRANDÃO, Rodrigo. Op. cit., p. 250: “[A] atuação estratégica dos Tribunais [é] guiada por uma série de fatores institucionais e políticos, dentre os quais se destacam os métodos de reação dos poderes políticos a decisões judiciais [...]. Tendo em vista que tais medidas afetam negativamente o Judiciário enquanto instituição, especialmente a Suprema Corte tende a evitar o seu efetivo emprego com vistas à sua autopreservação, de maneira a não raro se guiar por uma postura de ‘reação antecipada’, na qual altera a sua preferência original para adequar-se a perspectiva aceitável pelos poderes políticos”.

<sup>56</sup> FRIEDMAN, Barry. Op. cit., p. 280 e ss.

<sup>57</sup> ESTRICH, Susan. *The Justice of Candor*. *Texas Law Review*, v. 74, n. 6, p. 1228, 1996.

<sup>58</sup> BAUM, Lawrence. *Judges and their audiences: a perspective on judicial behaviour*. Nova Jersey: Princeton University, 2006. p. 55.

<sup>59</sup> BRASIL. STF, ADI 3330, Rel. Min. Ayres Britto, DJ 22.03.2013.

<sup>60</sup> BRASIL. STF, ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, DJ 14.10.2011.

<sup>61</sup> BAUM, Lawrence. Op. cit., p. 55.



casos<sup>62</sup>. Contudo, esse exercício tende a envolver o custo de se empreender argumentações insinceras. É possível, ainda, que a insinceridade tenha como objetivo impelir a maioria em direção que, embora não seja na ótica pessoal do julgador a mais desejável, tenha o efeito de impedir que se atinja um resultado reputado ainda pior<sup>63</sup>. Segundo Evan Caminker, a avaliação quanto à realização de um desvio insincero de modo a induzir a maioria em um sentido que, embora não ideal, seja menos equivocado, envolve fatores como: *i*) os custos do erro, o que diz respeito a que tipos de princípios ou valores seriam sacrificados pela decisão equivocada; *ii*) a proporção do erro – *e.g.*, em que medida um bem relevante será afetado pela decisão; *iii*) a rigidez do equívoco, descrita como o grau de vinculatividade desta perante os jurisdicionados; *iv*) a estabilidade do erro, o que diz respeito ao quão difícil será revisá-lo; e *v*) o grau de convicção que se tenha a respeito do caráter equivocado do resultado que se busca evitar<sup>64</sup>. Tudo isso indica que os juízes possuem incentivos substancialmente inferiores para atuarem de forma sincera quando integram órgãos colegiados.

Entretanto, a admissão da possibilidade de os juízes realizarem esse tipo de cálculo é sujeita a controvérsias doutrinárias. De um lado, levanta-se a hipótese de que não cabe aos julgadores sequer realizar esse tipo de aferição, por ser isso uma postura ilegítima, ao desviar o julgador do seu dever máximo, que é o de buscar o prevailecimento do que entende como a solução constitucional ao caso<sup>65</sup>. Já outros autores entendem que questões constitucionais são relevantes demais para que o julgador meramente adote uma postura purista quanto à interpretação constitucional, sem se preocupar com o resultado atingido pela maioria. Tal será mais grave quanto mais difícil for a reversão da decisão que venha a ser tomada<sup>66</sup>.

É possível, ainda, que o desvio estratégico seja fruto da necessidade de se atingir uma solução compromissória. Como argumenta Evan Caminker, em hipóteses em que haja três ou mais resultados razoáveis de julgamento, uma

---

<sup>62</sup> *Idem*, p. 56.

<sup>63</sup> KORNHAUSER, Lewis A.; SAGER, Lawrence G. The One and the Many: Adjudication in Collegial Courts. *California Law Review*, v. 81, n. 1, p. 55, 1993.

<sup>64</sup> CAMINKER, Evan. Sincere and Strategic Voting on Multimember Courts. *Michigan Law Review*, v. 97, n. 8, p. 2313 e ss., 1999.

<sup>65</sup> Narrando essa objeção a avaliações estratégicas, v.: SCHWARTZMAN, Michah. *Op. cit.*, p. 1010.

<sup>66</sup> IDLEMAN, Scott. *Op. cit.*, p. 1384.

sinceridade unânime pode produzir como resultado inviabilizar a formação de uma maioria. Nesses cenários, é provável que se forme uma coalizão de modo a se atingir um resultado que a maior parte dos membros do Tribunal considere subótimo, mas não rejeite integralmente<sup>67</sup>. Sobre situações de desacordo moral, Richard Fallon sustenta que a fidelidade à Constituição por um órgão colegiado não deve ser compreendida como atendida se cada um de seus membros adotar como postura votar apenas à luz de sua concepção individual sobre o assunto. Para o professor da Universidade de Harvard, a fidelidade deve ser entendida, ao menos parcialmente, em termos institucionais, no sentido de todos os membros do Tribunal buscarem um ponto de equilíbrio na solução de um caso difícil, o que, até certo ponto, envolve o sacrifício de visões pessoais<sup>68</sup>. Isso envolve a admissão de que o papel do julgador variará conforme decida um caso isoladamente, ou em grupo.

Teoricamente, é possível conciliar esse tipo de compromisso com uma versão não exigente do dever de sinceridade<sup>69</sup>, caso o resultado atingido seja visto por todos os membros da maioria, ou unanimidade, como ao menos razoável, ainda que não, necessariamente, representem sua preferência pessoal. Nesses cenários, é possível que uma estratégia de decisão minimalista auxilie na prolação de uma decisão, cujo resultado seja apoiado pela maioria, mesmo na ausência de acordo em relação aos fundamentos. Fallon elabora sua tese tendo como objeto de análise a Suprema Corte norte-americana. Contudo, se alterada a análise para Tribunais que adotem o modelo de decisão *per curiam* – prolação de decisão única do Tribunal sem identificação nominal do seu redator –, esse ideal de compromisso deve se tornar a regra. O próprio transplante da noção de sinceridade para um nível institucional é empreitada conceitualmente complexa. Nesse tipo de situação, é possível resgatar o modelo de Scott Idelman – rechaçado nesse estudo em relação a modelos de julgamento nos quais seja possível identificar individualmente o(s) julgador(es) –, no sentido de objetivação do dever de sinceridade, para se sustentar que há falha quanto ao seu atendimento se a decisão prolatada for irrazoável do ponto de vista lógico, ou empírico, ou flagrantemente incorreta.

---

<sup>67</sup> CAMINKER, Evan. Op. cit., p. 2316.

<sup>68</sup> FALLON, Richard H. The Supreme Court 1996 Term. Foreword: Implementing the Constitution. *Harvard Law Review*, v. 111, n. 1, p. 121, 1997.

<sup>69</sup> Tende-se a se prescindir, portanto, de se exigir o que se descreveu como franqueza.

## 5 UM MAU EXEMPLO: LEGISLADOR NEGATIVO E A INSINCERIDADE DE DISCURSOS DE NEGAÇÃO DA CRIATIVIDADE NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

*Juízes, em um sentido real, “criam” direito.  
Mas eles o fazem como juízes, é dizer, fazendo  
de conta que o “encontram”.*  
(Juiz Antonin Scalia)

A resistência em se reconhecer a criação judicial do direito – contrariando o senso comum a respeito – não é circunstância exclusiva de sistemas de *civil law*. Segundo Hannis Taylor, a negação da criatividade, aliada à defesa de que um novo princípio concebido pelo Poder Judiciário é mera norma extraída de âmbitos nebulosos do já existente corpo do direito, constitui a mais antiga das ficções jurídicas, firmando raízes no Direito romano, através da noção de equidade<sup>70</sup>. De acordo com esse historiador e jurista norte-americano, a sobrevivência da Constituição Federal desse país somente foi possível em virtude de intervenções criativas dos juízes, sem as quais esse documento jurídico teria se descolado das novas demandas sociais<sup>71</sup>. Em relação ao *common law*, essa postura já se fazia presente em manifestações do princípio da história da Suprema Corte americana. Como exemplo eloquente do que se afirma, confira-se trecho de decisão redigida pelo então *Chief Justice* Marshall:

O Poder Judiciário, se comparado ao poder das leis, não existe. Cortes são os meros instrumentos da lei e nada podem querer. Quando se afirma que exerce discricionariedade, trata-se apenas de uma discricionariedade legal, uma discricionariedade a se exercer no discernimento do direito prescrito; e, quando este for discernido, é dever da Corte segui-lo.<sup>72</sup>

<sup>70</sup> TAYLOR, Hannis. Legitimate functions of judge-made law. *The Green Bag*, v. XVII, n. 10, p. 562, 1905.

<sup>71</sup> *Idem*, p. 563.

<sup>72</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte, *Osborn v. Bank of U.S.*, 22 U.S. 738, 1824: “Judicial power, as contradistinguished from the power of the laws, has no existence. Courts are the mere instruments of the law and can will nothing. When they are said to exercise a discretion, it is a mere legal discretion, a discretion to be exercised in discerning the course prescribed by law; and, when that is discerned, it is the duty of the court to follow it” (tradução livre).

Há fundados motivos para se considerar essa passagem insincera. Como se sabe, o juiz Marshall foi responsável por proferir a mais conhecida decisão da Suprema Corte norte-americana, *Marbury v. Madison*, na qual foi produzido construtivamente, a partir da cláusula da supremacia da Constituição Federal, o controle de constitucionalidade. Não só construções constitucionais são, em si, atos de criatividade, como esta, em especial, conferiu enorme poder ao Judiciário sobre o Legislativo, o que revela total dissonância com o excerto transcrito. É fora de cogitação, ainda, que a decisão *Marbury v. Madison* tenha sido fruto de algo como um singelo e neutro ato de discernimento do conteúdo do Texto Constitucional a partir de sua interpretação ou sequer que Marshall acreditasse nisso. Bruce Ackerman demonstrou, em denso estudo histórico, que a decisão foi tomada em meio a um contexto político de acirrada disputa de poder, sobretudo entre membros do Executivo e Judiciário<sup>73</sup>.

Embora haja uma tendência em juristas de países de tradição romano-germânica em enxergar o *common law* com a impressão de que, ao menos recentemente, o fenômeno da criatividade judicial seja encarado com naturalidade nesse domínio, tal não é verdadeiro. A negação dessa atividade permanece uma realidade em países dessa família jurídica, como a epígrafe do presente tópico demonstra<sup>74</sup>. Em matéria constitucional, a circunstância de juízes criarem, ou não, o direito é o cerne do debate entre originalistas e adeptos da teoria da Constituição viva (*living constitutionalism*)<sup>75</sup>.

<sup>73</sup> ACKERMAN, Bruce. *The Failure of the Founding Fathers: Jefferson, Marshall, and the Rise of Presidential Democracy*. Cambridge: Belknap, 2007.

<sup>74</sup> A passagem foi retirada do caso *James M. Beam Distilling Co. v. Georgia*, 501 U.S. 529, 1991.

<sup>75</sup> De forma sintética, para o originalismo, interpretação constitucional é a tarefa de descoberta do sentido original das disposições constitucionais, tal qual pretendido pelo constituinte. Já a teoria da Constituição viva defende a atualização do sentido das normas ao longo do tempo, de forma a se amoldar a visões de mundo atualizadas. V.: SCALIA, Antonin. *Common-law Courts in a Civil-law System*. In: GUTMANN, Amy (Coord.). *A Matter of interpretation*. Nova Jersey: Princeton University, 1997. p. 3-47; FLEMING, James. *Fidelity to our imperfect constitution: for moral readings and against originalisms*. Oxford: Oxford University, 2015. Deve ser observado que o originalismo apenas prescreve que os juízes não devem criar direito, mas não é capaz de demonstrar que isso de fato não ocorra. De fato, é justamente da percepção de que, por vezes, a criação ocorre, associada à avaliação de que isso seria errado, que surgem outras correntes de interpretação constitucional no *common law*, como o *doctrinalism*. De acordo com esse ponto de vista, criações judiciais que descolem o direito jurisprudencial daquele positivado pelo constituinte seriam expediente intrinsecamente incorreto. Nessa perspectiva, a única razão normativa para a manutenção de decisões inovadoras seria o princípio do *stare decisis*. Cf. CALABRESI, Steven G. *Text vs. Precedent in Constitutional Law*. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, v. 31, n. 3, p. 947-959, 2008. Por fim, vale observar que, recentemente, começa a se testemunhar movimento de síntese entre os polos antagônicos desse debate, por meio

No Brasil, o mecanismo, por excelência, de negação da criatividade no âmbito da jurisdição constitucional, pelo STF, corresponde à tese de que este seria um *legislador negativo*<sup>76</sup>. Há sérios indícios da insinceridade dessa tese. De início, não faltam exemplos de decisões altamente inovadoras prolatadas pela Corte<sup>77</sup>. Ademais, a análise atenta de sua jurisprudência expõe como a adesão

do surgimento do que se tem denominado novo originalismo. Novos originalistas distinguem a interpretação – que permanece guiada pelos parâmetros do originalismo tradicional – da atividade de construção: em hipóteses de indeterminação semântica, ou do sentido originalmente pretendido a uma disposição constitucional, haveria espaço para intervenções judiciais criativas. V.: BALKIN, Jack. The New Originalism and the Uses of History. *Fordham Law Review*, v. 82, n. 1, p. 641-719, 2013; SOLUM, Lawrence. The Interpretation-Construction Distinction. *Constitutional Commentary*, v. 27, n. 1, p. 95-118, 2010.

<sup>76</sup> BRASIL. STF, ADO 22, Rel<sup>a</sup> Min. Cármen Lúcia, DJ 03.08.2015: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO – REGULAMENTAÇÃO DE PROPAGANDA DE BEBIDAS DE TEOR ALCOÓLICO INFERIOR A TREZE GRAUS GAY LUSSAC (13º GL) – AUSÊNCIA DE OMISSÃO – ATUAÇÃO DO PODER LEGISLATIVO – ART. 2º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – IMPOSSIBILIDADE DE ATUAR O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO LEGISLADOR POSITIVO, SUBSTITUINDO-SE AO PODER LEGISLATIVO NA DEFINIÇÃO DE CRITÉRIOS ADOTADOS NA APROVAÇÃO DAS NORMAS DE PROPAGANDA DE BEBIDAS ALCOÓLICAS: PRECEDENTES – AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE – DECISÃO COM EFEITOS VINCULANTES”; BRASIL. STF, ARE 710026-ED, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 23.04.2015: “3. O Poder Judiciário não pode atuar na condição de legislador positivo, para, com base no princípio da isonomia, desconsiderar os limites objetivos e subjetivos estabelecidos na concessão de benefício fiscal, de sorte a alcançar contribuinte não contemplado na legislação aplicável, ou criar situação mais favorável ao contribuinte, a partir da combinação – legalmente não permitida – de normas infraconstitucionais”. Algumas teses jurídicas do Tribunal surgiram como desdobramentos da noção de legislador negativo – como, *e.g.*, a vedação a que o Tribunal declare a inconstitucionalidade de parcela de um enunciado normativo e a recusa de extensão de benefícios pecuniários com fundamento no princípio da isonomia. Essa formulação decorre de importação da doutrina do austríaco Hans Kelsen. Entretanto, a leitura atenta à obra do autor demonstra que este não negava a circunstância de que Tribunais criam direito, o que pode ser compreendido por meio de sua imagem da pirâmide normativa: as decisões judiciais correspondem a atos de criação de normas individuais, à luz das normas gerais, positivadas pelo legislador. No modelo desse autor, a criatividade judicial se manifesta em especial nas hipóteses de discricionariedade decorrente da vagueza linguística das leis. V.: KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

<sup>77</sup> Decisão conhecida nessa sentido é a de *produção da regra de vedação ao nepotismo* por força do princípio da moralidade administrativa, contido no art. 37 da CF/1988, por meio da decisão na ADC 12. Por meio desta, reconheceu-se que a mencionada vedação se expande até o terceiro grau de parentesco nos três poderes e em todas as esferas federativas. Não é razoável considerar que o grau de detalhamento do acórdão tenha sido reflexo de um mero ato de interpretação reveladora do conteúdo do princípio da moralidade. Outro julgado relevante é o AgRg-RE 699199. Em matéria de pensão por morte de servidor público, foi judicializada a constitucionalidade de dispositivo da lei estadual de Minas Gerais que disciplina o assunto. Conforme dispõe a disciplina legal do art. 7º da Lei nº 9.380/1986, “[c]onsideram-se dependentes do segurado, para os efeitos desta Lei: I – a esposa, o marido inválido, [...]”. Como se vê, a lei mineira estabelece regime jurídico mais gravoso para os viúvos do que para as viúvas, já que apenas àqueles se impõe o requisito adicional da invalidez, para poderem ser

a esse parâmetro é seletiva, sendo possível identificar julgados que aplicam parâmetros normativos opostos aos decorrentes da teoria do legislador negativo, inclusive pela invocação de figuras opostas a essa, como a de que o STF seria um poder constituinte permanente<sup>78</sup>. Por fim, recentemente, os próprios membros do Tribunal vêm questionando a correção dessa tese, a qual, não obstante, subsiste<sup>79</sup>.

Posturas como essas não são saudáveis em democracias constitucionais, modelo de organização política em que o exercício da autoridade, quaisquer as vestes em que ela seja revestida, deve ser transparente e sujeito à crítica pública. Adicionalmente, esse discurso conta com a “conveniência” de desonerar os Tribunais em relação a decisões impopulares: como estas constituiriam mera aplicação de o que a Constituição “já impunha”, então, caso um pronunciamento seja recebido com insatisfação popular, simplesmente, caberia ao povo, por meio dos órgãos eleitos, reformar a Constituição, não havendo, assim, qualquer parcela de responsabilidade da Corte pelas decisões impopulares que veicula. Em oposição a isso, mediante fundamentações sinceras, escolhas valorativas ou visões distintas sobre a interpretação constitucional em geral se elevam ao patamar de centralidade dos debates jurisdicionais<sup>80</sup>.

---

beneficiários da pensão por morte. Entendendo o STF que essa distinção viola o princípio da isonomia, decidiu o Tribunal estender o tratamento conferido pela lei aos cônjuges supérstites de sexo feminino aos de sexo masculino. Dessa forma, rechaçou o argumento de que seria necessária a intervenção do Poder Legislativo para disciplinar o direito à pensão de maridos sobreviventes não inválidos.

<sup>78</sup> Exemplo pertinente a respeito é o MS 26604, no qual o STF criou nova hipótese de perda do mandato parlamentar, decorrente de infidelidade partidária. Considerou-se que o dever de fidelidade partidária independe de menção constitucional expressa, pois integra o regime de responsabilidades a que os deputados eleitos devem se submeter. O caso é emblemático quanto ao ativismo da Corte Suprema. Embora tenha optado o constituinte originário por excluir da perda do mandato parlamentar a infidelidade partidária – que era contida no art. 35 da Constituição anterior (CF/1969, art. 35, V) – e, apesar de haver regras expressas elencando os casos de perda do mandato no novo Texto Constitucional (CF/1988, art. 55), extraiu o STF essa nova hipótese de enunciados semanticamente vagos, embora axiologicamente centrais. Talvez, justamente, por contrariar as duas sinalizações do constituinte originário de não pretender contemplar essa regra é que o Ministro Celso de Mello tenha feito menção à figura do poder constituinte permanente na fundamentação de seu voto.

<sup>79</sup> BRASIL. STF, ADI 4277/DF, Rel. Min. Ayres Britto, DJ 13.10.2011: “[É] certo que o STF já está se livrando do vetusto dogma do legislador negativo, aliando-se, assim, à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotada pelas principais Cortes Constitucionais do mundo” (trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes).

<sup>80</sup> CHEMERINSKY, Erwin. Seeing through the emperor’s clothes: recognizing the reality of constitutional decision making. *Boston University Law Review*, v. 86, n. 5, p. 1079, 2006.

Vale mencionar que os riscos da insinceridade à jurisdição constitucional não se manifestam apenas no momento decisório, mas, também, na etapa de sabatina dos juízes. Como narra Erwin Chemerinsky, nos Estados Unidos, os atuais membros da Suprema Corte Juízes Roberts e Alito, usualmente associados à ala conservadora da Corte, recusaram-se a responder quaisquer perguntas atinentes a suas posições pessoais sobre questões morais controversas<sup>81</sup>. Como forma de se esquivar desse tipo de exposição, apenas adotava-se o discurso de que seus papéis como juízes seria o de aplicar a Constituição, colocando suas visões pessoais de lado. Nessa linha, o Juiz Roberts comparou a atividade desempenhada pelo juiz da Suprema Corte à de um árbitro de beisebol<sup>82</sup>.

Esse tipo de retórica encontra eco favorável em governos republicanos. Como informa Chemerinsky, um dos motes da campanha presidencial de 2005 de George Bush era o de que ele selecionaria juízes que *apliquem a lei, e não legislem do Tribunal*<sup>83</sup>. Isso acaba funcionando como um incentivo adicional à insinceridade a respeito da criação do direito, já que adotar o discurso de sua negação pode favorecer as chances de um jurista de ser nomeado como membro da Suprema Corte, um cargo presumivelmente cobiçado. Estabelecendo-se um paralelo com o cenário brasileiro, seria como se, em uma sabatina, o jurista nomeado se esquivasse de responder perguntas que reputasse inconvenientes, através da resposta de que, como Ministro do STF, atuará como legislador negativo, não desempenhando qualquer papel criativo, razão pela qual sua visão pessoal sobre quaisquer assuntos é irrelevante. Esse discurso conta, ainda, com o apelo adicional de ser, pretensamente, democrático. Afinal, se o julgador não desempenha atividades criativas, isso significa que ele realiza sua função exclusivamente por meio da aplicação de atos normativos elaborados pelo legislativo ou constituinte. Tal seria extremamente positivo ao princípio democrático e à separação de poderes, não fosse um mito.

De fato, o efeito decorrente desse tipo de discurso é, justamente, oposto à promoção desses princípios. Sendo os juízes vitalícios nos EUA, entre nós se sujeitando à aposentadoria compulsória ao completar 75 anos, sabinas são o momento em que, de forma mais acentuada, se deve fazer presente uma forma de controle de cunho democrático e que afirme o princípio da separação de poderes, ao permitir que o parlamento desempenhe um papel na composição

---

<sup>81</sup> Idem, p. 1077.

<sup>82</sup> Idem, p. 1069.

<sup>83</sup> Idem, *ibidem*.



das mais altas Cortes<sup>84</sup>. Por esse mecanismo, busca-se aferir se os entendimentos do juiz nomeado a respeito de questões controvertidas e que ocupem espaços destacados no debate público possuem algum grau de afinamento com visões que contem com adesão. Esse discurso insincero pode acobertar ideologias totalmente dissonantes ou idiossincráticas. Naturalmente, pesquisas a respeito do histórico da carreira daquele que tenha sido nomeado podem atenuar esse risco.

Considerando-se a criatividade um traço inevitável da atividade adjudicatória, então o que o princípio da separação de poderes exige não pode ser um fingimento judicial manifestado pela pretensa mera aplicação de um direito pré-pronto, mas que a jurisdição criativa seja sujeita a controles pelas instâncias majoritárias. Dessa forma, tornar pesquisas prévias a respeito do nomeado o único mecanismo de controle efetivo significa condenar a sabatina à irrelevância, degradando-a em um palco de performances teatrais falsas, em vez de um espaço de exposição à crítica pública. Lamentavelmente, estudos empíricos confirmam essa tendência<sup>85</sup>.

Apesar disso, a consciência em relação à inevitabilidade de escolhas substantivas na interpretação constitucional parece ser um aspecto unanimemente reconhecido, embora negado por razões estratégicas. Isso torna inevitavelmente insincero o uso de concepções como a tese do legislador negativo, ou vertentes do originalismo, de forma a sugerir que a jurisdição constitucional não envolve a produção de novos conteúdos normativos. A sinceridade quanto a esse aspecto basilar da atividade julgadora deve ser encarada como uma exigência indispensável. Dessa forma, decisões criativas restarão devidamente sujeitas à crítica pública. Resultados considerados inaceitáveis sobre questões altamente controvertidas não poderão ser justificados como uma mera decorrência do que teria decidido o constituinte. Do contrário, corre-se o risco de as manifestações jurisdicionais tornarem-se incontroláveis<sup>86</sup>.

<sup>84</sup> Idem, p. 1078.

<sup>85</sup> WEDEKING, Justin; FARGANIS, Dion. The candor factor: does nominee evasiveness affect judiciary committee support for supreme court nominees? *Hofstra Law Review*, v. 39, n. 2, p. 366, 2011. Para esses autores – que estudam os debates parlamentares sobre nomeações de ministros de 1955 até a data de elaboração do trabalho –, embora a insinceridade se sujeite a críticas no âmbito do parlamento, esse fator não é decisivo no resultado da sabatina. Diversamente, a ideologia dos juízes é fator de maior relevância, o que é aferido mediante estudos prévios de seus perfis.

<sup>86</sup> Em linha similar, v.: SMITH, Peter J. New legal fictions. *Georgetown Law Journal*, v. 95, n. 5, p. 1483 e ss., 2007.



Clareza e sinceridade são, contudo, intimamente interligadas, na medida em que, sem a primeira, torna-se mais difícil a segunda. Ademais, há uma estreita interdependência entre o grau de poder das Cortes e os métodos decisórios que estas empreguem – abertamente, ou não<sup>87</sup>. Em síntese, a legitimidade e a controlabilidade do poder dependem de que este se exerça inspirado por esses valores, ainda que de forma temperada por considerações estratégicas mínimas.

## **PALAVRAS FINAIS**

Um dos sentidos mais basilares do conceito de Estado de Direito é a noção de que o conteúdo do jurídico não se confunde com a vontade de uma autoridade, nem com aquilo que esta deseje alçar a esse patamar. Além disso, aceita a premissa pós-positivista de que é intrínseco e definidor do direito a sua pretensão de correção, torna-se imprescindível que as razões de decidir empregadas pelos órgãos jurisdicionais, bem como o resultado ao qual estas conduzem, correspondam ao que o julgador entenda como legalmente certo. A sinceridade é, portanto, requisito indispensável para a legitimação do exercício de poder estatal pelo Judiciário.

Essa constatação é ainda mais necessária e premente no que diz respeito à jurisdição constitucional. A Constituição é, simultaneamente, fundação e cume do ordenamento jurídico. De um lado, é por meio da interpretação coletiva desta – muitas vezes, de caráter criativo – que se demarcam os princípios basilares e os direitos inafastáveis regentes de uma determinada organização política. De outro, ela se situa no vértice do sistema, servindo de parâmetro de validade de todos os atos estatais. Os valores em jogo na guarda da Constituição são elevados demais para que os responsáveis por essa tarefa cedam a ímpetos de insinceridade.

De forma correlata, recentemente, vem sendo sustentado que o Poder Judiciário possui uma representatividade de caráter argumentativo, isto é, que esse poder, embora não seja eleito, legitima-se democraticamente pelos argumentos que empregue, os quais, não apenas persuasivos, não devem ser falsos<sup>88</sup>. O julgador insincero trai todos esses ideais simultaneamente, bem como – não menos importante – os próprios jurisdicionados.

---

<sup>87</sup> PANZERA, Claudio. *Interpretare, Manipolare, Combinare*. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale. Roma: Edizioni Scientifiche Italiane, 2013. p. 19.

<sup>88</sup> Esse debate se popularizou, no Brasil, por meio de escritos do constitucionalista germânico Robert Alexy, que cunhou o conceito de representação argumentativa do Tribunal Constitucional. A respeito, v.: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 54 e ss.

## REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. *The Failure of the Founding Fathers: Jefferson, Marshall, and the Rise of Presidential Democracy*. Cambridge: Belknap, 2007.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ALTMAN, Scott. Beyond Candor. *Michigan Law Review*, v. 89, n. 2, p. 296-351, 1991.

BALKIN, Jack. *Living Originalism*. Cambridge: Harvard University, 2011.

\_\_\_\_\_. The New Originalism and the Uses of History. *Fordham Law Review*, v. 82, n. 1, p. 641-719, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, n. 2, p. 24-50, 2015.

BAUM, Lawrence. *Judges and their audiences: a perspective on judicial behaviour*. Nova Jersey: Princeton University, 2006.

BENTHAM, Jeremy. *The works of Jeremy Bentham - Under the Superintendence of his Executor, John Bowring (part I)*. Londres: Simpkin, Marshall & Co, 1838.

BOK, Sissela. Lies for the Public Good. In: MENKEL, Carrie; WHEELER, Michael (Coord.). *What's Fair - Ethics for Negotiators*. São Francisco: Jossey-Bass, 2004. p. 371-82.

BRANDÃO, Rodrigo. *Suprema judicial versus diálogos constitucionais: quem tem a última palavra na interpretação da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

BRASIL. STF, ADI 3330, Rel. Min. Ayres Britto, DJ 22.03.2013.

\_\_\_\_\_. STF, ADI 3510, Rel. Min. Ayres Britto, DJ 28.05.2010.

\_\_\_\_\_. STF, ADI 4277, Rel. Min. Ayres Britto, DJ 13.10.2011.

\_\_\_\_\_. STF, ADO 22, Rel<sup>a</sup> Min. Cármen Lúcia, DJ 03.08.2015.

\_\_\_\_\_. STF, ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, DJ 14.10.2011.

\_\_\_\_\_. STF, ARE 710026-ED, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 23.04.2015.

---

Sobre o tema, v., ainda: BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria, *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, n. 2, p. 24-50, 2015; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Representação democrática do Judiciário: reflexões preliminares sobre os riscos e dilemas de uma ideia em ascensão. *Revista Juris Poiesis*, n. 17, p. 343-359, 2014; POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou representação: política, direito e democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. Destaque-se, por fim, que essa tese já recebeu acolhida na jurisprudência do STF, inclusive para pautar pronúncias de caráter ativista. Nessa linha, cf. BRASIL, STF, ADI 3510, Rel. Min. Ayres Britto, DJ 28.05.2010, em especial o voto do Ministro Gilmar Mendes.

CALABRESI, Guido. *A Common Law for the Age of Statutes*. Cambridge: Harvard University, 1982.

CALABRESI, Steven G. Text vs. Precedent in Constitutional Law. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, v. 31, n. 3, p. 947-959, 2008.

CAMINKER, Evan H. Sincere and Strategic Voting on Multimember Courts. *Michigan Law Review*, v. 97, n. 8, p. 2297-2380, 1999.

CHEMERINSKY, Erwin. Seeing through the emperor's clothes: recognizing the reality of constitutional decision making. *Boston University Law Review*, v. 86, n. 5, p. 1069-1082, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University, 1978.

\_\_\_\_\_. Introduction. In: DWORKIN, Ronald (Coord.). *A badly flawed election*. Nova York: The New Press, 2002.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte, *Osborn v. Bank of U.S.*, 22 U.S. 738, 1824.

FALLON, Richard H. The Supreme Court 1996 Term. Foreword: Implementing the Constitution. *Harvard Law Review*, v. 111, n. 1, p. 54-152, 1997.

FLEMING, James. *Fidelity to our imperfect constitution: for moral readings and against originalisms*. Oxford: Oxford University, 2015.

FORRESTER, Ray. Truth in Judging: Supreme Court Opinions as Legislative Drafting. *Vanderbilt Law Review*, v. 38, n. 3, p. 463-477, 1985.

FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review. *Texas Law Review*, v. 84, p. 257-337, 2005.

FULLER, Lon. *Legal Fictions*. Stanford: Stanford University, 1970.

GINSBURG, Ruth Bader. Remarks on Writing Separately. *Washington Law Review*, v. 65, n. 1, p. 133-150, 1990.

\_\_\_\_\_. The Role of Dissenting Opinions. *Minnesota Law Review*, v. 95, n. 1, p. 1-8, 2010.

HIRSCH, Alan. Candor and Prudence in Constitutional Adjudication. *George Washington Law Review*, v. 61, n. 3, p. 858-870, 1993.

IDLEMAN, Scott. A Prudential Theory of Judicial Candor. *Texas Law Review*, v. 73, n. 2, p. 1307-1417, 1995.

LEFLAR, Robert A. Honest Judicial Opinions. *Northwestern University Law Review*, v. 74, n. 5, p. 721-741, 1979.

KAHAN, Dan. Neutral Principles, Motivated Cognition, and Some Problems for Constitutional Law. *Harvard Law Review*, v. 125, n. 1, p. 1-77, 2010.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

KITROSSER, Heidi. Interpretive Modesty. *Minnesota Legal Studies Research Paper*, n. 14-34, p. 1-43, 2014.

KORNHAUSER, Lewis A.; SAGER, Lawrence G. The One and the Many: Adjudication in Collegial Courts. *California Law Review*, v. 81, n. 1, p. 1-60, 1993.

MAINE, Henry Sumner. *Ancient Law – It's connection to the History of Early Society*. Reino Unido: Read Books, 2007.

MILLER, Arthur Selwyn; SASTRI, D. S. Secrecy and the Supreme Court: On the Need for Piercing the Red Velour Curtain. *Buffalo Law Review*, v. 22, n. 3, p. 799-824, 1973.

MULLER, John F. The Constitutional Incompleteness Theorem. *Journal of Constitutional Law*, v. 15, n. 5, p. 1373-1454, 2013.

PANZERA, Claudio. *Interpretare, Manipolare, Combinare*. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale. Roma: Edizioni Scientifiche Italiane, 2013.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Representação democrática do Judiciário: reflexões preliminares sobre os riscos e dilemas de uma ideia em ascensão. *Revista Juris Poiesis*, n. 17, p. 343-359, 2014.

POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou representação: política, direito e democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

POSNER, Richard. *The Federal Courts*. Cambridge: Harvard University, 1999.

\_\_\_\_\_. Foreword: A Political Court. *Harvard Law Review*, v. 119, n. 1, p. 32-102, 2005.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. Originalism as a Political Practice: The Right's Living Constitution. *Fordham Law Review*, v. 75, n. 2, p. 545-574, 2006.

RAWLS, John. *Political Liberalism*. Nova York: Columbia University, 1996.

SANCHÍS, Luis Prieto. *Interpretación Jurídica y Creación Judicial del Derecho*. Lima: Temis, 2007.

SCALIA, Antonin. Common-law Courts in a Civil-law System. In: GUTMANN, Amy (Coord.). *A Matter of interpretation*. Nova Jersey: Princeton University, 1997. p. 3-47.

SCHAUER, Frederick. *Thinking Like a Lawyer – A New Introduction to Legal Reasoning*. Cambridge: Harvard University, 2009.

SCHWARTZMAN, Micah. The Principle of Judicial Sincerity. *Virginia Law Review*, v. 94, n. 4, p. 987-1028, 2008.

SEGAL, Jeffrey; SPAETH, Harold. *The Supreme Court and the Attitudinal model revisited*. Cambridge: Cambridge University, 2002.

SHAPIRO, David L. In defense of judicial candor. *Harvard Law Review*, v. 100, p. 731-750, 1987.

SHAPIRO, Martin. Judges as liars. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, v. 17, p. 155-156, 1994.

SMITH, Peter J. New legal fictions. *Georgetown Law Journal*, v. 95, n. 5, p. 1435-1496, 2007.

SOLUM, Lawrence. The Interpretation-Construction Distinction. *Constitutional Commentary*, v. 27, n. 1, p. 95-118, 2010.

STAUDT, Nancy; FRIEDMAN, Barry; EPSTEIN, Lee. On the role of ideological homogeneity in generating consequential constitutional decisions. *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, v. 10, n. 2, p. 361-386, 2008.

SULLIVAN, Kathleen M. The Candor of Justice Marshall. *Harvard Blackletter Law Journal*, v. 6, p. 83-9, 1989.

\_\_\_\_\_. Incompletely Theorized Agreements in Constitutional Law. *Social Research*, v. 74, n. 1, p. 1-24, 2007.

SWEET, Alec Stone. *Governing with judges*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

TAYLOR, Hannis. Legitimate functions of judge-made law. *The Green Bag*, v. XVII, n. 10, p. 557-565, 1905.

WEDEKING, Justin; FARGANIS, Dion. The candor factor: does nominee evasiveness affect judiciary committee support for supreme court nominees? *Hofstra Law Review*, v. 39, n. 2, p. 329-368, 2011.

Submissão em: 29.07.2016

Avaliado em: 10.08.2016 (Avaliador A)

Avaliado em: 10.08.2016 (Avaliador B)

Aceito em: 14.09.2016

# DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: O ESTADO BUSCANDO SUPERAR UM DÉFICIT SOCIAL CONSAGRADO

*THE RIGHTS OF CHILDREN AND ADOLESCENTS: STATE TRYING TO COPE A SOCIAL CONSECRATED DEFICIT*

**Helen Cris Cosme de Carvalho<sup>1</sup>**

Professora do Centro Universitário do Norte - UNINORTE, em Manaus/AM

**ÁREA(S) DO DIREITO:** direito da criança e do adolescente; direito constitucional; direitos sociais.

**RESUMO:** Este artigo tem o escopo de evidenciar os direitos da criança e do adolescente como um direito essencialmente fundamental. Para tal, faz-se necessário analisá-los ao longo da história brasileira, de igual importância propõe-se identificar as mudanças, avanços e retrocessos das legislações pátrias quanto a esta temática, enfatizando a absoluta prioridade dos direitos fundamentais da criança e do adolescente. Para equacionar tal estudo, a metodologia empregada na fase de investigação foi o método

indutivo, e foram também acionadas as técnicas do referente, da categoria, dos conceitos operacionais, da pesquisa bibliográfica e do fichamento. Com tal pesquisa busca-se relacionar a evolução do tratamento dado às crianças e adolescentes no Estado brasileiro e as conquistas alcançadas até a legislação atual: Constituição Federal de 1988 e Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) de 1990.

**PALAVRAS-CHAVE:** constituições federais; criança e adolescente; direitos fundamentais; legislações específicas.

**ABSTRACT:** *This article has scope to highlight the rights of children and*

---

<sup>1</sup> Possui graduação em Pedagogia pela Universidade Federal do Amazonas, graduação em Direito e especialização em Metodologia do Ensino Superior pelo Centro Universitário do Norte/*Laureate International Universities*. Especialização em Psicopedagogia Clínica e Institucional pela Faculdade Metropolitana de Manaus - FAMETRO. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí/SC. Doutoranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Sua área de atuação é em Direitos Humanos, Políticas Públicas com ênfase em Segurança Pública e educação e Direitos da Criança e do Adolescente. Professora da Faculdade Metropolitana de Manaus - FAMETRO. E-mail: prof.helencriscarvalho@yahoo.com.br. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/1088077237870411>.

*adolescents as a Fundamental Right essentially, to this end, it is necessary to analyze them throughout Brazilian history, of equal importance is proposed to identify the changes, advances and setbacks of homelands laws regarding this issue, emphasizing the priority of the fundamental rights of children and adolescents. To equate this study the methodology used for the research was the inductive method, were also driven techniques the referent category, operational concepts, and bibliographic research* BOOK REPORT. With such research seeks to relate the evolution of the treatment of children and adolescents in the Brazilian State and the achievements to the current legislation: Federal Constitution of 1988 and the Statute of Children and Adolescents 1990.

**KEYWORDS:** *federal constitutions; children and adolescents; fundamental rights; specific laws.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 O direito da criança e do adolescente como um direito fundamental; 2 Resgate histórico da proteção social e jurídica à infância e à adolescência no Brasil; Considerações finais; Referências.

**SUMMARY:** *Introduction; 1 The law of children and adolescents as a fundamental right; 2 Historical rescue of social and legal to childhood and adolescence in Brazil protection; Final considerations; References.*

## INTRODUÇÃO

Sujeitos de direitos, sujeitos de atenção especial que atenda à condição peculiar de desenvolvimento, qual o real tratamento despendido a esses sujeitos? Público-alvo do Princípio da Cooperação, previsto pelo art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente e pelo art. 227 da Constituição Federal Brasileira. Como resguardar a efetivação de tantos direitos quando esse adolescente surge em meio a uma família ausente, um Estado omissivo e uma sociedade revoltada?

Pode-se, aqui, mencionar o estudo de alguns psicólogos, como Arminda Aberastury e Maurício Knobel<sup>2</sup>, cujo posicionamento afirma ser necessário analisar e conceber a adolescência a partir do seu meio social, visto que toda adolescência tem, além de características individuais, características do meio cultural, social e histórico em que vive. Daniel Becker<sup>3</sup> questiona ser possível, em tempos atuais, quando a nossa sociedade atravessa a mais grave crise já vivida,

<sup>2</sup> ABERASTURY, Arminda; KNOBEL, Maurício. *Adolescência normal: um enfoque psicanalítico*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1992. p. 31.

<sup>3</sup> BECKER, Daniel. *O que é adolescência*. São Paulo: Brasiliense, 2003. p. 29.

desconsiderar a relevância imprescindível dos fatores sociais, econômicos e culturais que o adolescente presencia para a construção de suas atitudes e valores.

Crianças e adolescentes vivenciam diariamente o descaso e a violação de seus direitos, são vítimas, quer seja da sociedade, quer seja da família ou mesmo do Estado, as agressões são diversas<sup>4</sup>.

De um lado, a família que, por vezes, não está presente, quer por trabalho ou qualquer outro motivo, que não ampara, não acolhe, que em situações específicas vai ao extremo, abusa, espanca, pratica alienação parental, ou, ao outro extremo, quando não impõe limites, não diz não, quando delega à escola o dever educacional. De outro lado, o Estado<sup>5</sup>, que em muito se apresenta omissa, seja pela escassez de políticas públicas voltadas para este público ou pela má implementação dos programas já existentes, como saúde, educação, esporte e direito à convivência familiar, e, finalizando este trinômio que deveria proteger, cuidar e amparar crianças e adolescentes, temos, ainda, a sociedade, que faz vista grossa a um dos problemas mais crescentes da humanidade, a subumanização da infância e adolescência, que está nos faróis pedindo ou fazendo malabares, está servindo ao tráfico, está embaixo dos viadutos, em frente aos estabelecimentos, nas calçadas, em todo lugar. Aliás, parecem se multiplicar e também incomodar, assustar aos que travam as portas, sobem os vidros, viram o rosto, não ouvem ou preferem não ouvir.

Fenômeno conhecido como vitimização da infância e adolescência, enfim, aos que caberia resguardar e manter a salvo a dignidade, a honra, a boa conduta e a salubridade daqueles que estão em desenvolvimento e construindo seus seres,

<sup>4</sup> “A fronteira entre o ‘normal’ e o ‘patológico’ na adolescência é uma questão crucial e difícil [...] a própria adolescência constitui uma crise normativa’, ou seja, um momento evolutivo que se caracteriza por um processo normativo de estruturação da identidade do indivíduo e sugere que o ‘mundo adulto’ dê uma ‘moratória’ ao Adolescente em turbulência.” (ERIKSON, Erik H. *Identidade, juventude e crise*. Rio de Janeiro: Zahar, 1972)

<sup>5</sup> “Transformações sociais ocorridas nas últimas décadas, a amplitude dos sujeitos coletivos, as formas novas e específica de subjetividades e a diversidade na maneira de ser em sociedade têm projetado e intensificado outros direitos que podem ser inseridos na ‘terceira dimensão’, como os direitos de gênero (dignidade da mulher, subjetividade feminina), direitos da criança, direitos do idoso (terceira idade), os direitos do deficiente físico e mental, o reconhecimento e a problematização dos direitos das minorias (étnicas, raciais, religiosas, sexuais e outras) e novos direitos da personalidade (à intimidade, à honra, à imagem).” (WOLKMER, Antonio Carlos. *Perspectivas contemporâneas na fundamentação dos direitos humanos. Revista de Direito – Tópicos em Direitos Humanos*. Curso de Direito, Faculdade de Ciências Sociais de Florianópolis, Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina. Florianópolis: CESUSC, n 1, mar. 2006)



resulta, na verdade e em verdade, no esmaecimento dessa fase tão importante e decisiva.

Como enfatiza a professora Maria das Graças Dias<sup>6</sup>, a violência e o terrorismo são manifestações do descuido, e o descuido exclui, marginaliza, desumaniza o ser, o cuidado, estabelecendo um paradoxo, integra, cria laços, desenvolve o sentimento e a afetividade. Como esperar que um indivíduo sofrido, abusado e agredido saiba amar?

José Outeiral<sup>7</sup> complementa e alerta para a prática constante da sociedade de uma atitude “filicida”, citando Arnaldo Rascovsky, defendendo que os sacrifícios infantis, sejam eles cometidos pela família, pela sociedade ou pelo Estado, em muito comprometem a saúde afetiva e psicológica da criança e do adolescente.

## 1 O DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

O entendimento propulsor deste trabalho tem como alicerce a convicção de que a criança e o adolescente são merecedores de direitos próprios e especiais e que, em razão de sua condição específica de pessoas em desenvolvimento, estão a necessitar de uma proteção especializada, diferenciada e integral<sup>8</sup>.

O surgimento de uma legislação que se ocupasse seriamente dos “novos” direitos da infância e da adolescência era de caráter imprescindível, pois havia uma necessidade fundamental de que estes passassem da condição de menores, da semicidadania para a cidadania.<sup>9</sup>

<sup>6</sup> DIAS, Maria da Graça dos Santos; SILVA, Moacyr Motta da; MELO, Osvaldo Ferreira de. *Política jurídica e pós-modernidade*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. p. 22.

<sup>7</sup> OUTEIRAL, José O. *Adolescer: estudos sobre adolescência*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1994. p. 41.

<sup>8</sup> VERONESE, Josiane Rose Petry. Humanismo e infância: a superação do paradigma da superação do sujeito. In: MEZZARROBA, Ordes (Org.). *Humanismo latino e estado no Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteux – Treviso; Fondazione Cassamarca, 2003. p. 439.

<sup>9</sup> VERONESE, Josiane Rose Petry. Os direitos da criança e do adolescente: construindo o conceito de sujeito-cidadão. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas – Uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 44.

No que concerne aos Direitos Fundamentais, bem leciona Sarlet<sup>10</sup>, o termo “Direitos Fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado.

Como bem leciona o professor espanhol Peces-Barba:

Direitos Fundamentais constituem a faculdade que a norma atribui de proteção à pessoa no referente à sua vida, à sua liberdade, à igualdade, à sua participação política ou social, ou a qualquer outro aspecto fundamental que afete seu desenvolvimento integral como pessoa, em uma comunidade de homens livres, exigindo o respeito dos demais homens, dos grupos sociais e do Estado, e com possibilidade de por em marcha o aparato coativo do Estado em caso de infração.<sup>11</sup>

Os direitos de proteção à pessoa da criança e do adolescente são tidos como direitos fundamentais, uma vez que preenchem as características para atingirem tal *status*, como afirma o professor Marcos Leite Garcia<sup>12</sup>:

Algumas questões são diferenciadoras dos chamados direitos fundamentais de terceira geração, também chamados de “novos” direitos. Devido às suas especiais condições, diferentes dos demais direitos fundamentais, os “novos” direitos são: individuais, coletivos e difusos ao mesmo tempo, por isso considerados *trans-individuais*.<sup>13</sup> São *transfronteiriços* e *transnacionais*,

<sup>10</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001. p. 29.

<sup>11</sup> PECES-BARBA, Gregorio. *Derechos fundamentales*. 2. ed. Madrid: Biblioteca Universitaria Gaudiana, 1976. p. 80. “Facultad que la norma atribuye de protección a la persona en lo referente a su vida, a su libertad, a la igualdad, a su participación política o social, o a cualquier otro aspecto fundamental que afecte a su desarrollo integral como persona, en una comunidad de hombres libres, exigiendo el respecto de los demás hombres, de los grupos sociales y del Estado, y con posibilidad de poner en marcha el aparato coactivo de Estado en caso de infracción.”

<sup>12</sup> GARCIA, Marcos Leite. Direitos fundamentais e transnacionalidade: um estudo preliminar. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Org.). *Direito e transnacionalidade*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 179.

<sup>13</sup> CRUZ, Paulo M.; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do Direito Transnacionais. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Org.). *Direito e transnacionalidade*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 57-58. “O prefixo ‘trans’ denotaria ainda a capacidade não apenas da justaposição de

pois sua principal característica é que sua proteção não é satisfeita dentro das fronteiras tradicionais do Estado nacional. São direitos relacionados com o valor solidariedade.

Partindo dos ensinamentos do referido professor, remete-se ao próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, que, ao nomear o capítulo VII “Da Proteção Judicial dos Interesses Individuais, Difusos e Coletivos”, atende às características para ser considerado como “novos” direitos ou Direitos Fundamentais.

Esse significativo avanço na positivação dos direitos humanos<sup>14</sup> destinados a essa parcela frágil da sociedade, verificado no Brasil, tem como fonte o direito internacional e como origem histórica outros eventos internacionais<sup>15</sup>, os direitos das crianças e adolescentes fundamentam-se, também, na dignidade humana<sup>16</sup>, não só por tratar-se de direitos de parcela social em situação especial, mas por serem direitos inerentes à condição de seres humanos.

A esse respeito, Wolkmer<sup>17</sup> afirma que:

Transformações sociais ocorridas nas últimas décadas, a amplitude dos sujeitos coletivos, as formas novas e específica de subjetividades e a diversidade na maneira de ser em sociedade têm projetado e intensificado outros direitos que podem ser inseridos na “terceira dimensão”, como os direitos de gênero (dignidade da mulher, subjetividade feminina), direitos da

---

instituições ou da superação/transposição de espaços territoriais, mas a possibilidade da emergência de novas instituições multidimensionais, objetivando a produção de respostas mais satisfatórias aos fenômenos globais contemporâneos. Dessa forma, a expressão latina *trans* significaria algo que vai ‘além de’ ou ‘para além de’, a fim de evidenciar a superação de um lócus determinado, que indicaria que são perpassadas diversas categorias unitárias, num constante fenômeno de desconstrução e construção de significados.”

<sup>14</sup> BOBBIO, Noberto. *A era dos direitos*. Trad. Nelson Coutinho. 9. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 78-79. Esclarece Bobbio que “Direitos Humanos é expressão afeta ao direito natural, ao passo que direitos fundamentais é expressão ligada ao direito positivo”.

<sup>15</sup> CONCEIÇÃO JUNIOR, Hermes Siedler da; PES, João Hélio Ferreira. Os direitos da criança e do adolescente no contexto histórico dos direitos humanos. In: PES, João Hélio Ferreira. *Direitos humanos – Crianças e adolescentes*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 37.

<sup>16</sup> PEREZ-LUÑO, António E. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995. p. 318. Afirma que: “A dignidade da pessoa humana constitui não apenas a garantia negativa de que a pessoa não será objeto de ofensas ou humilhações, mas implica, também, um sentido positivo, o pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo”.

<sup>17</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. Op. cit.

criança, direitos do idoso (terceira idade), os direitos do deficiente físico e mental, o reconhecimento e a problematização dos direitos das minorias (étnicas, raciais, religiosas, sexuais e outras) e novos direitos da personalidade (à intimidade, à honra, à imagem).

Sobre a abordagem dos direitos fundamentais da criança e do adolescente pela Lei nº 8.069/90, Garrido de Paula<sup>18</sup> afirma que:

Quando dispõe a respeito dos direitos fundamentais, o Estatuto da Criança e do Adolescente valora em grau máximo a vida, a saúde, a liberdade, o respeito, a dignidade, a convivência familiar e comunitária, a Educação, a cultura, o esporte e o lazer, a profissionalização e a proteção no trabalho. Através da prevenção busca evitar lesão ou ameaça de lesão aos direitos fundamentais, utilizando-se da tutela civil e penal como forma de proteger bens jurídicos primordiais. Estimula a realização espontânea dos direitos mediante a definição da política de atendimento e a criação de instrumentos de democracia participativa, como os Conselhos de Direitos e os Conselhos Tutelares. E, como último recurso, dispõe sobre o acesso à justiça, prescrevendo o conteúdo e a forma de validação compulsória dos direitos irrealizados.

O Princípio da Prioridade Absoluta converge com os direitos fundamentais estabelecidos no Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>19</sup> e na Constituição Federal de 1988<sup>20</sup>, observando a condição peculiar de desenvolvimento das crianças e dos adolescentes.

A criança e o adolescente na ótica menorista eram menos objetos de toda uma ideologia tutelar, de uma cultura que coisificava a infância. Já na ótica desse novo direito,

<sup>18</sup> PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 57.

<sup>19</sup> Brasil, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Art. 4º. Diário Oficial da União, Brasília, 13 de julho de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)>. Acesso em: 30 jul. 2013.

<sup>20</sup> Brasil, Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, art. 227.

a criança e o adolescente são compreendidos como sujeitos, cujas autonomias estão se desenvolvendo, elevando-os a autores da própria história, enquanto autores sociais.<sup>21</sup>

A Constituição Federal<sup>22</sup>, de forma inédita, confere à proteção da criança e do adolescente<sup>23</sup> prioridade absoluta, agregando a concepção do ECA ao assegurar a primazia no que tange às crianças e aos adolescentes no âmbito judicial, extrajudicial, familiar e social<sup>24</sup>.

Por absoluta prioridade, devemos entender que a criança e o adolescente deverão estar em primeiro lugar na escala de preocupação dos governantes; devemos entender que, primeiro, devem ser atendidas todas as necessidades das crianças e adolescentes [...] por absoluta prioridade entende-se que, na área administrativa, enquanto não existirem creches, escolas, postos de saúde, atendimento preventivo e emergencial às gestantes, dignas moradias e trabalho, não se deveria asfaltar ruas, construir praças, sambódromos, monumentos artísticos etc., porque a vida, a saúde, o lar, a prevenção de doenças são mais importantes que as obras de concreto que ficam para demonstrar o poder do governante.<sup>25</sup>

Para Maria Cristina Vicentin, é verdade que o século XX trouxe para as crianças e para os adolescentes o reconhecimento como sujeitos de direitos,

---

<sup>21</sup> VERONESE, Josiane Rose Petry. Os direitos da criança e do adolescente: construindo o conceito de sujeito-cidadão. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Org.). Op. cit., p. 32.

<sup>22</sup> Brasil, Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, art. 227.

<sup>23</sup> Brasil, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Art. 4º. Diário Oficial da União, Brasília, 13 de julho de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)>. Acesso em: 30 jul. 2013.

<sup>24</sup> VERONESE, Josiane Rose Petry. *Temas de direito da criança e do adolescente*. São Paulo: LTr, 1997. p. 84. Assinala que: “O Estatuto da Criança e do Adolescente não privilegia o procedimento com o rito e nem com o nome da ação pela qual determinado assunto deva ser levado à justiça da infância e adolescência, mas sim com a relevância do conteúdo e do direito pleiteado”.

<sup>25</sup> LIBERATI, Wilson Donizete. *Comentários ao estatuto da criança e do adolescente*. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 4.

com significativas conquistas e consideráveis avanços, tanto do âmbito jurídico-formal como do âmbito das práticas concretas<sup>26</sup>.

O Estatuto da Criança e do Adolescente se assenta no princípio de que todas as crianças e adolescentes, sem exceção, desfrutam dos mesmos direitos e sujeitam-se a obrigações compatíveis com a peculiar condição de desenvolvimento que se encontram, desligando-se, definitivamente, com a ideia até então em vigor de que os Juizados de Menores representariam justiça para os pobres, na medida em que, durante a Doutrina da Situação Irregular, se constatava que, para os bem-nascidos, a legislação baseada naquele primado lhes era absolutamente indiferente<sup>27</sup>.

## 2 RESGATE HISTÓRICO DA PROTEÇÃO SOCIAL E JURÍDICA À INFÂNCIA E À ADOLESCÊNCIA NO BRASIL

Neste subitem será feita uma breve incursão histórica para entender a origem dos direitos da criança e do adolescente e analisar os avanços conquistados pela legislação brasileira.

O resgate histórico das nossas leis e ações em favor da criança brasileira é importante para compreendermos no que consiste, efetivamente, a mudança de paradigma ocorrida. Ou seja, do Direito Tutelar, caracterizador da “Doutrina da Situação Irregular”, para um Direito Protetor-responsabilizador, da “Doutrina da Proteção Integral”.<sup>28</sup>

Tratar da evolução histórica, social e jurídica das legislações específicas da criança e do adolescente é uma tarefa bem desafiadora, visto que a criança tinha poucas formas para manifestar sua vontade. A construção social da criança no Brasil foi reproduzida pelo olhar do adulto, olhar impregnado de desigualdade que submetia a criança a seu poder<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> VICENTIN, Maria Cristina G. *A vida em rebelião: jovens em conflito com a lei*. São Paulo: Hucitec – Fapesp, 2005. p. 26.

<sup>27</sup> SARAIVA, João Batista Costa. *Adolescente em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral – Uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil*. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 85.

<sup>28</sup> VERONESE, Josiane Rose Petry. Os direitos da criança e do adolescente: construindo o conceito de sujeito-cidadão. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Org.). Op. cit., p. 32-33.

<sup>29</sup> CUSTODIO, André Viana; VERONESE, Josiane Rose Petry. *Crianças esquecidas: o trabalho infantil doméstico no Brasil*. Curitiba: Multideia, 2009. p. 18.

E a esse respeito, entende Veronese e Vieira<sup>30</sup> que:

Crianças e adolescentes nem sempre foram considerados sujeitos de direitos, ou melhor, tal condição, é definitivamente assegurada somente com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que sepulta a Doutrina Jurídica da Situação Irregular para adotar a Doutrina Jurídica da Proteção Integral. Até então, pouco se questionava a respeito da garantia dos direitos infanto-juvenis.

No período colonial, assumindo o modelo português no trato à criança, o Brasil adotou a Roda dos Expostos como prática de institucionalização, ligada ao que posteriormente se nomearia como problema de abandono<sup>31</sup>.

No Brasil, a primeira roda foi instalada em Salvador, antes do ano de 1700; entretanto, o Império português regulamentou tal prática apenas em 1806, atribuindo às Casas de Misericórdia a função assistencial aos órfãos e abandonados<sup>32</sup>.

A regulação normativa das condições de vida da população infanto-juvenil é bastante recente no Brasil. Durante o Brasil Colônia e o Império praticamente inexistiam políticas públicas voltadas para as crianças e adolescentes.<sup>33</sup>

Percebe-se que as instituições incumbidas de prestar auxílio e proteção às crianças no período do Brasil Colônia e no Brasil Império eram quase que exclusivamente as associações civis e religiosas, ações filantrópicas ligadas à aristocracia, sendo, indubitavelmente, a Igreja Católica a primeira instituição a prestar assistência às crianças e aos adolescentes abandonados, incluindo alimentação e moradia, restando a entidades filantrópicas a prestação de

---

<sup>30</sup> VIEIRA, Elias Cleverton; VERONESE, Josiane Petry. *Limites na educação: sob a perspectiva da Doutrina da Proteção Integral do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional*. Florianópolis: OAB/SC, 2006. p. 18.

<sup>31</sup> MARTINS, Daniele Comin. *Estatuto da criança e do adolescente & política de atendimento*. Curitiba: Juruá, 2003. p. 29.

<sup>32</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>33</sup> VIEIRA, Elias Cleverton; VERONESE, Josiane Petry. *Op. cit.*, p. 18.

assistência médica e educacional, como a Associação Brasileira Protetora da Infância Desamparada e o Asilo Agrícola Santa Isabel<sup>34</sup>.

Neste sentido, assinala Rizzini, com grande propriedade, que:

A assistência à infância, na passagem para o século XX, afirma que no início desse século é que o Estado passa a intervir no espaço social através do policiamento de tudo que foi causador da desordem física e moral e pela ordenação desta sob uma nova ordem. Para tal serão importadas novas teorias e criadas novas técnicas, as quais servirão de subsídio para a criação de projetos, leis e instituições que integrarão um projeto de assistência social, ainda não organizado em termos de uma política social a ser seguida a nível nacional [...]. A infância pobre torna-se alvo, não só de atenção e de cuidados, mas também de receios. Denuncia-se a situação da infância no país, seja nas famílias, nas ruas ou nos asilos, o consenso é geral: a infância está em perigo. Mas há um outro lado da questão, constantemente lembrado pelos meios médicos e jurídicos: a infância moralmente abandonada é potencialmente perigosa, já que, devido às condições de extrema pobreza, baixa moralidade, doenças, etc. de seus progenitores, ela não recebe a Educação considerada adequada pelos especialistas: educação física, moral, instrucional e profissional [...]. Ciências como a medicina, psiquiatria, o direito e a pedagogia contribuirão com teorias e técnicas para a formação de uma nova mentalidade de atendimento ao menor. A mentalidade repressora começa a ceder espaço para uma concepção de reeducação, de tratamento na assistência ao menor. Verifica-se o surgimento de um novo modelo de assistência à infância, fundada não mais somente nas palavras da fé, mas também da ciência, basicamente médica, jurídica e pedagógica. A assistência caritativa, religiosa, começa a ceder espaço a um modelo de assistência calcado na racionalidade

<sup>34</sup> VERONESE, Josiane Rose Petry. *Os direitos da criança e do adolescente*. São Paulo: LTr, 1999. p. 11.



científica onde o método, a sistematização e a disciplina têm prioridade sobre a piedade e o amor cristãos.<sup>35</sup>

## 2.1 LEGISLAÇÕES ESPECÍFICAS DE PROTEÇÃO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE

No aspecto jurídico, foi só em 1920 que se fortaleceu a opinião de que a assistência infantojuvenil caberia ao Estado. Fato que corrobora com o surgimento, nesse período, do trabalho de formulação da primeira legislação específica para menores<sup>36</sup>.

Em 1921, o jurista José Cândido Albuquerque Mello Mattos, conhecido como apóstolo da infância<sup>37</sup>, finalizou seu projeto do Código de Menores, sendo somente aprovado em 1927, elemento que conseguiu corporificar lei e decretos existentes desde 1902, propunha, à época, aprovar um mecanismo legal que desse especial tratamento às questões do menor de idade, que, entre outros, apresentou uma alteração e/ou substituiu concepções obsoletas, como as de discernimento, culpabilidade e responsabilidade, disciplinando, ainda, que a assistência à infância e à adolescência deveria passar do caráter punitivo para o educacional, extremamente inovador à época, resultado do positivismo, cuja tese era que, quanto mais cedo houvesse uma intervenção, relacionada a tratamento, sobre este menor de idade, seja ele delinquente ou abandonado, maiores seriam as chances de sua recuperação e reintegração social<sup>38</sup>.

Pioneiro, ao ser considerado o primeiro código da América Latina<sup>39</sup> e um avanço para a sua época<sup>40</sup>, o Código de Mello Mattos, como ficou conhecido, fazendo referência e homenagem ao seu idealizador, tinha as crianças e os adolescentes como sujeitos de uma lei específica. Desenhava-se, a partir de então, um modelo assistencialista de responsabilidade estatal, no trato de questões

<sup>35</sup> RIZZINI, Irma. A assistência à infância na passagem para o século XX - Da repressão à reeducação. *Revista Fórum Educacional*, Rio de Janeiro: IESAE FGV, v. 14, n. 2, mar./maio 1990. p. 80.

<sup>36</sup> VERONESE, Josiane Rose Petry. Os direitos da criança e do adolescente: construindo o conceito de sujeito-cidadão. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Org.). Op. cit., p. 34.

<sup>37</sup> JESUS, Mauricio Neves de. *Adolescente em conflito com a lei: prevenção e proteção integral*. Campinas: Sevanda, 2006. p. 43.

<sup>38</sup> VERONESE, Josiane Rose Petry. Os direitos da criança e do adolescente: construindo o conceito de sujeito-cidadão. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Org.). Op. cit., p. 34.

<sup>39</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>40</sup> PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 310.

sociais direcionadas ao público-alvo desta legislação, de modo a garantir o controle social do Estado.

O Código de Mello Mattos (Decreto nº 17.943-A de 12 de outubro de 1927) representa o início de uma grande e longa trajetória na busca da efetiva regulamentação dos direitos das crianças e dos adolescentes. E, como bem enfatiza Bobbio, “o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não é mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los”<sup>41</sup>, visto que, até hoje, a legislação específica dos direitos da criança e do adolescente é marcada pela ineficiência e ineficácia em garantir sua plena efetividade.

Instituindo a “Doutrina da Situação do Menor”, o Código de Mello Mattos considerava duas categorias de crianças e adolescentes: os abandonados e os delinquentes<sup>42</sup>, com idade inferior a 18 anos.

No que tange ao tratamento direcionado aos “menores delinquentes”, como eram classificados os adolescentes que cometiam ato contrário à lei, o Código de 1927 trazia em sua letra para aqueles com idade inferior a 14 anos<sup>43</sup>:

Art. 68. O menor de 14 annos, indigitado autor ou cúmplice de facto qualificado crime ou contravenção, não será submettido a processo penal de, especie alguma; a autoridade competente tomará sómente as informações precisas, registrando-as, sobre o facto punivel e seus agentes, o estado physico, mental e moral do menor, e a situação social, moral e economica dos paes ou tutor ou pessoa em cujo guarda viva.

§ 1º Si o menor soffrer de qualquer forma de alienação ou deficiencia mental. fôr apileptico, surdo-mudo, cego, ou por seu estado de saude precisar de cuidados especiaes, a autoridade ordenará seja elle submettido no tratamento apropriado.

<sup>41</sup> BOBBIO, Norberto. Op. cit., p. 25.

<sup>42</sup> Brasil, Presidência da República. Decreto nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927. Consolida as leis de assistência e protecção a menores. Art. 1º. Diário Oficial da União, Brasília, 12 de outubro de 1927. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1910-1929/D17943Aimpressao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D17943Aimpressao.htm)>. Acesso em: 30 jul. 2013.

<sup>43</sup> Idem, art. 68.

§ 2º Si o menor fôr abandonado, pervertido ou estiver em perigo de o ser, a autoridade competente proverá a sua collocação em asylo casa de Educação, escola de preservação ou confiará a pessoa idonea por todo o tempo necessario á sua Educação contando que não ultrapasse a idade de 21 annos.

§ 3º si o menor não fôr abandonado. nem pervertido, nem estiver em perigo do o ser, nem precisar de tratamento especial, a autoridade o deixará com os paes ou tutor ou pessoa sob cuja guarda viva, podendo fazel-o mediante condições que julgar uteis.

§ 4º São responsaveis, pela reparação civil do damno causado pelo menor os paes ou a pessoa a quem incumba legalmente a sua vigilancia, salvo si provarem que não houve da sua parte culpa ou negligencia.

Com referências aos adolescentes com idade superior a 14 anos, traz o referido Código<sup>44</sup>:

Art. 69. O menor indigitado autor ou cumplice de facto qualificado crime ou Contravenção, que contar mais de 14 annos e menos de 18, será submettido a processo especial, tomando, ao mesmo tempo, a autoridade competente as precisas informações, a respeito do estado physico, mental e moral delle, e da situação social, moral e economica dos paes, tutor ou pessoa incumbida de sua guarda.

§ 1º Si o menor soffrer de qualquer forma de alienação ou deficiencia mental, fôr epileptico, sudo-mudo e cego ou por seu estado de saude precisar de cuidados especiaes, a autoridade ordenará seja submettido ao tratamento apropriado.

---

<sup>44</sup> Brasil, Presidência da República. Decreto nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927. Consolida as leis de assistencia e protecção a menores. Art. 69. Diário Oficial da União, Brasília, 12 de outubro de 1927. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1910-1929/D17943Aimpressao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D17943Aimpressao.htm)>. Acesso em: 30 jul. 2013.

§ 2º Si o menor não fôr abandonado, nem pervertido, nem estiver em perigo de o ser, nem precisar do tratamento especial, a autoridade o recolherá a uma escola de reforma pelo prazo de um n cinco annos.

§ 3º Si o menor fôr abandonado, pervertido, ou estiver em perigo de o ser, a autoridade o internará em uma escola de reforma, por todo o tempo necessario á sua Educação, que poderá ser de tres annos, no minimo e de sete annos, no máximo.

Ao tratar dos menores de 18 anos, o Código de 1927 iniciava a cultura e prática preponderante até a atualidade, não apresentava qualquer preocupação com os fatores que induziam ao abandono e à delinquência dos menores, consideravam apenas o abandono e os atos de delinquência praticados, buscando sempre a solução do problema apresentado e não a prevenção destes. Os motivos que levavam a delinquência e ao abandono eram por todos conhecidos, sempre remetendo à problemática econômica, carecendo de propostas sociais, psicológicas e pedagógicas para atender às famílias em geral<sup>45</sup>.

A família, como fato cultural, está antes do Direito e nas entrelinhas do sistema jurídico. Mais que fotos nas paredes, quadro de sentido, possibilidades de convivência. Na cultura, na história, prévia a códigos e posteriores a emoldurações. No universo jurídico, trata-se mais de um modelo de família e seus direitos. Vê-la tão-só na percepção jurídica do Direito de Família é olhar menos que a ponta de um *iceberg*. Antecede, sucede e transcende o jurídico, a família como fato e fenômeno.<sup>46</sup>

É fato que o Código Mello Mattos inovou ao prever a inimputabilidade aos adolescentes menores de 14 anos e ao determinar, aos maiores de 14 anos, a internação em uma escola de reforma, com finalidade educacional, ou tratamento em local apropriado, se este fosse portador de alguma deficiência mental ou alienação, passando a considerar vários aspectos inerentes à condição do menor.

<sup>45</sup> COSTA, Maria Berenice Alho da. História da assistência ao menor carente no Rio de Janeiro de 1907 a 1927. Dissertação. Universidade Pontifícia Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1986. p. 100.

<sup>46</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito da família*: curso de direito civil. Rio de Janeiro: Cortez, 1999. p. 14.

Por outro lado, a internação determinada pelo código aos “menores infratores”, como punição pelos danos causados à sociedade, sociedade esta que os levou até tal estado, mantendo em entidades por até sete anos<sup>47</sup>, dando início à síndrome do cárcere<sup>48</sup> e à exclusão para reabilitação.

Em 1924, surge o primeiro Juizado de Menores do Brasil, situado no Rio de Janeiro, idealizado, também, pelo Jurista e Legislador Mello Mattos, oficializado por meio do Decreto nº 16. 272, de 20 de dezembro de 1923 (Cap. I, art. 37).

A esse respeito, discorre Eleonora Brito:

No Brasil, a criação dos Juizados de Menores foi, como na França, precedida de debates encetados por especialistas ligados aos vários campos do conhecimento científico que então se formavam. Foram, em geral, médicos e juristas – profissionais que de forma mais ou menos direta estiveram envolvidos com a construção dos parâmetros “científicos” para o campo da criminologia – os formuladores da *questão do menor* no Brasil.<sup>49</sup>

Nasce, então, um novo período que iria se caracterizar pela ação social do Juizado de menores.<sup>50</sup>

Dentre as funções desse juízo de menores estava a promoção, solicitação, acompanhamento, fiscalização e orientação em todas as ações judiciais que envolvessem interesses de menores, sobretudo os que se encontravam internados nos institutos do Governo Federal e nos particulares subvencionados pelo Estado. O juiz de menores tinha o encargo, determinado por lei, de educar todas as espécies de menores: órfãos, abandonados, pervertidos, viciados, delinquentes/

---

<sup>47</sup> Brasil, Presidência da República. Decreto nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927. Consolida as leis de assistência e proteção a menores. Art. 69, § 3º. Diário Oficial da União, Brasília, 12 de outubro de 1927. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1910-1929/D17943Aimpressao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D17943Aimpressao.htm)>. Acesso em: 30 jul. 2013.

<sup>48</sup> VOLPI, Mario (Org.). *O adolescente e o ato infracional*. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2006. p. 9.

<sup>49</sup> BRITO, Eleonora Zicari Costa de. *Justiça e gênero: uma história da justiça de menores em Brasília (1960-1990)*. Brasília: Universidade de Brasília – FINATEC, 2007. p. 123.

<sup>50</sup> VERONESE, Josiane Rose Petry. *Os direitos da criança e do adolescente*, p. 23.

moral e materialmente, isto porque era o citado Juizado o órgão responsável pela assistência aos menores do Distrito Federal.<sup>51</sup>

E que pese o Código de Menores ser considerado um avanço legislativo para a defesa e promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente à época, ao considerar os fatores de constituição do indivíduo, físico, moral e mental, concedendo tratamento e Educação, não foi capaz de sustentar e garantir a efetividade dos direitos previstos<sup>52</sup>.

Entre tantos fatores<sup>53</sup>, a característica de impor castigos e desconsiderar a causa destes problemas vividos pelas crianças e adolescentes findou por extinguir o Código de Mello Mattos e favoreceu a criação do Código de 1979 (Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979 – considerado o Ano Internacional da Criança), que instituía, a partir de então, a Doutrina da Situação Irregular, que viria a nomear por “menor em situação irregular” o menor com idade inferior a 18 anos que se encontrava materialmente abandonado, vítima de maus-tratos, em perigo moral, desassistido juridicamente, com desvio de conduta e ainda o autor de infração penal<sup>54</sup>.

No que tange ao Código de Menores de 1979, este tratava dos direitos e garantias referentes aos menores entre 0 e 18 anos, de modo que as crianças e os adolescentes eram tidos como objetos da norma jurídica quando estivessem em um quadro de patologia jurídica ou social, ou seja, caracterizassem a situação irregular<sup>55</sup>; em contrapartida, no que diz respeito à aplicação de medidas preventivas, o atendimento independe da situação irregular<sup>56</sup>.

<sup>51</sup> Idem, p. 24.

<sup>52</sup> PEREIRA, Tania da Silva. Infância e adolescência: uma visão histórica de sua proteção social e jurídica no Brasil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Direitos de família e do menor*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 309. “Afirma, ainda, que reservaria ao juiz o papel de declarar a condição jurídica da criança e abandonada ou não, se delinquente, e qual o amparo que deveria receber.”

<sup>53</sup> VERONESE, Josiane Rose Petry. *Os direitos da criança e do adolescente*, p. 31. Ressalta a autora citada que, apesar dos esforços de Mello Mattos e seus sucessores, estes tiveram como uma barreira praticamente intransponível, em virtude da política da época, a falta de recursos e de autonomia para a manutenção dos institutos já existentes e a implantação de novos. De forma que as reclamações oriundas dos juízes de menores nesse sentido eram constantes.

<sup>54</sup> Idem, p. 35.

<sup>55</sup> VIEIRA, Elias Cleverton; VERONESE, Josiane Petry. Op. cit., p. 29.

<sup>56</sup> Brasil, Presidência da República. Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979. Institui o Código de Menores. Art. 1º. Diário Oficial da União, Brasília, 10 de outubro de 1979. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1970-1979/l6697.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/l6697.htm)>. Acesso em: 30 jul. 2013.

A assistência representa pelas necessidades, que tinha como resposta o binômio correção-repressão, produzia e reproduzia práticas violentas, mas consideradas legítimas, porque eram operadas pelo Estado, ente responsável pelo controle e distribuição da dor. Tudo nos moldes da tecnologia centralizada, para não sofrer instabilidades contestatórias, com o reforço do poder policial e judiciário, pois o desafio era corrigir a situação irregular. A situação irregular era a da “menoridade”, estigma que restringe os direitos, dividindo a infância em duas partes segregadas no próprio paradoxo de uma sociedade desigual.<sup>57</sup>

O termo então instituído, *Situação Irregular*, encontraria sua definição no art. 2º do referido código<sup>58</sup>:

Art. 2º Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor:

I – privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de:

- a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável;
- b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las;

II – vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável;

III – em perigo moral, devido a:

- a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes;
- b) exploração em atividade contrária aos bons costumes;

IV – privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável;

<sup>57</sup> CUSTODIO, André Viana; VERONESE, Josiane Rose Petry. Op. cit., p. 68.

<sup>58</sup> Brasil, Presidência da República. Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979. Institui o Código de Menores. Art. 2º. Diário Oficial da União, Brasília, 10 de outubro de 1979. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1970-1979/l6697.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/l6697.htm)>. Acesso em: 30 jul. 2013.

V - Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária;

VI - autor de infração penal.

O Código de 1979, ainda determinava medidas, de caráter preventivo, que seriam aplicadas pela autoridade judiciária aos menores que se encontrassem em situação irregular, como aponta o art. 14 da referida legislação<sup>59</sup>:

Art. 14. São medidas aplicáveis ao menor pela autoridade judiciária:

I - advertência;

II - entrega aos pais ou responsável, ou a pessoa idônea, mediante termo de responsabilidade;

III - colocação em lar substituto;

IV - imposição do regime de liberdade assistida;

V - colocação em casa de semiliberdade;

VI - internação em estabelecimento educacional, ocupacional, psicopedagógico, hospitalar, psiquiátrico ou outro adequado.

O Código de Menores de 1979, na contramão de seu antecessor, o Código de Mello Mattos, não trazia, em seu corpo, distinção entre as crianças e os adolescentes abandonados e delinquentes daqueles que viviam no seio de suas famílias, dando a todos eles tratamento igualitário e de acordo com seus comportamentos e atitudes<sup>60</sup>.

<sup>59</sup> Brasil, Presidência da República. Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979. Institui o Código de Menores. Art. 14. Diário Oficial da União, Brasília, 10 de outubro de 1979. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1970-1979/16697.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/16697.htm)>. Acesso em: 30 jul. 2013.

<sup>60</sup> VERONESE, Josiane Rose Petry. Os direitos da criança e do adolescente: construindo o conceito de sujeito-cidadão. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Org.). Op. cit., p. 43. Em seu dizer, a autora afirma ainda que o Código de Menores de 1979, ao se dirigir a uma categoria de crianças e adolescentes, os que se encontravam em situação irregular, colocava-se como uma legislação tutelar. Na realidade tal tutela pode ser entendida como culturalmente inferiorizadora, pois implica o resguardo da superioridade de alguns, ou mesmo de grupos, sobre outros, como a história registrou ter ocorrido, e ainda ocorrer, com mulheres, índios e outros. No que concerne este aspecto, parece muito interessante e oportuna a crítica de Zaffaroni, ao afirmar que: "Ao longo de toda a história da humanidade, a ideologia tutelar em qualquer âmbito resultou em um sistema processual punitivo inquisitório. O tutelado sempre o tem sido em razão de alguma inferioridade (teológica, racial, cultural, biológica etc.). Colonizados, mulheres, doentes mentais, minorias sexuais etc. foram psiquiatrizados ou considerados inferiores, e portanto, necessitados de tutela".



A Doutrina do Menor em Situação Irregular é adotada pelo Código de Menores de 1979 (Lei nº 6.697 de 10 de outubro de 1979) que mais uma vez volta-se aos efeitos e não às causas dos problemas atinentes à população infantojuvenil, pois trata de regular a situação do Estado diante de casos específicos, ou melhor, de situações irregulares em que se situavam crianças e adolescentes. Novamente, as políticas de prevenção e proteção à infância são deixados de lado para que o principal modo de intervenção pública seja aquele que ocorre posteriormente ao surgimento da chamada situação irregular.<sup>61</sup>

O código trazia uma concepção biopsicossocial, do abandono e da delinquência, enfatizando diferenças e discriminação das crianças e dos adolescentes pobres, tratando-os, independente de suas situações, como menores em situação irregular<sup>62</sup>, visto que o mesmo definia que cabia ao Estado a intervenção junto aos menores sem condições de sobrevivência econômica e a atuação na defesa das crianças e dos adolescentes vítimas de abandono ou maus-tratos<sup>63</sup>.

Há que se ressaltar que as situações de desrespeito a condição de ser criança, de ser adolescente, anteriormente analisadas e criticadas, foram tornando-se cada dia mais flagrantes, e desencadearam um processo de mobilização nacional, na tentativa de alterar o Código de Menores, e de suscitar uma nova legislação nesta área. Tanto que, em 13 de julho de 1990, foi sancionado o Estatuto da Criança e do Adolescente, uma lei mais compatível com a realidade brasileira, na qual vivem cerca de 40 milhões de crianças e adolescentes num quadro de exploração, miséria e de abandono.<sup>64</sup>

---

<sup>61</sup> VIEIRA, Elias Cleverton; VERONESE, Josiane Petry. Op. cit., p. 27.

<sup>62</sup> CUSTODIO, André Viana; VERONESE, Josiane Rose Petry. Op. cit., p. 68.

<sup>63</sup> Brasil, Presidência da República. Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979. Consolida as leis de assistência e proteção a menores. Diário Oficial da União, Brasília, 10 de outubro de 1979. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1970-1979/l6697.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/l6697.htm)>. Acesso em: 30 jul. 2013.

<sup>64</sup> VERONESE, Josiane Rose Petry. *Os direitos da criança e do adolescente*, p. 42.

Vale, ainda, ratificar que a política de atendimento praticada às crianças e aos adolescentes pelo então Código de Menores apresentava ainda características do antigo modelo assistencialista e correccional repressivo<sup>65</sup>.

Somam-se a este cenário condições de verdadeiro abandono ou em que pese o mero exercício do direito de ir e vir poderiam ser considerados como “vadiagem”, “atitude suspeita” ou simplesmente “perambulância”, e era o suficiente para o encaminhamento às mesmas instituições nas quais também se abrigavam os menores tidos como *infratores*, ou seja, crianças e adolescentes autores de atos infracionais, inclusive de natureza grave.

A concepção de infância e adolescência é, a partir deste momento, reconstruída sob um novo paradigma, extrapolando aqueles ditados pelo Estado até o momento<sup>66</sup>.

Durante os anos 1980, a sociedade civil organizou-se em torno desta problemática. Movimentos não governamentais passaram a denunciar o tratamento brutal que o Estado dava às crianças, a total falência das entidades de internação e os extermínios de criança e adolescente que ocorriam<sup>67</sup>.

Diferentemente de seus precursores – o Código de Mello Mattos e o Código de Menores –, o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990<sup>68</sup>, preconiza a proteção integral à criança e ao adolescente, proposta pela Assembleia Geral das Nações Unidas<sup>69</sup>.

---

<sup>65</sup> VERONESE, Josiane Rose Petry. Os direitos da criança e do adolescente: construindo o conceito de sujeito-cidadão. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Org.). Op. cit., p. 43. Ressalta que o Código de Menores de 1979, ao se dirigir a uma categoria de crianças e adolescentes, os que se encontravam em situação irregular, colocava-se como uma legislação tutelar. Na realidade tal tutela pode ser entendida como culturalmente inferiorizadora, pois implica o resguardo da superioridade de alguns, ou mesmo de grupo, sobre outros, como a história registrou ter ocorrido, e ainda ocorrer, com mulheres, índios e outros.

<sup>66</sup> MARTINS, Daniele Comin. Op. cit., p. 35.

<sup>67</sup> GOHN, Maria da Glória. Movimento de meninos e meninas de rua no Brasil. In: GOHN, Maria da Glória. *Os sem-terra, ONGs e cidadania*. São Paulo: Cortez, 1997. p. 120.

<sup>68</sup> Brasil, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 13 de julho de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)>. Acesso em: 30 jul. 2013.

<sup>69</sup> Organização das Nações Unidas (ONU), Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1959. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c\\_a/lex41.htm](http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex41.htm)>. Acesso em: 19 jul. 2013.

Assim, todo o período que vai de 1927 a 1990, quando o Código de 1979 é revogado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, prevaleceu a política assistencialista de abrigo aos menores, que ingenuamente pode ser vista pelo caráter de prestação de socorro aos necessitados, mas que, por outro lado, a partir de um enfoque crítico, revela-se que o assistencialismo praticado refletiu não só a necessidade de retirar das ruas crianças e adolescentes que começavam a incomodar a sociedade amedrontada pela crescente marginalidade, mas também uma “ação política de manutenção do *status quo* do atendido, pois, certamente, esta ação não tem preocupação de alterar as condições em que o miserável vive”.<sup>70</sup>

Consoante os ditames da atual Constituição Federal<sup>71</sup>, em obediência ao art. 227 que segue:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à Educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

E também pela Declaração Universal dos Direitos da Criança, especificamente em seu Princípio 2<sup>o72</sup>:

A criança deve gozar de proteção especial, e a ela devem ser dadas oportunidades e facilidades, pela lei e outros meios, para permitir a ela o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social de um modo saudável e normal e em condições de liberdade e dignidade. Na

<sup>70</sup> MARTINS, Daniele Comin. Op. cit., p. 34.

<sup>71</sup> Brasil, Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, art. 227.

<sup>72</sup> Organização das Nações Unidas (ONU), Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1959. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c\\_a/lex41.htm](http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex41.htm)>. Acesso em: 19 jul. 2013.

edição de leis para esse propósito, o melhor interesse da criança deve ser a consideração superior.<sup>73</sup>

Introduz-se, no Direito brasileiro, o Estatuto da Criança e do Adolescente. Fato que se comprova já no art. 1º do referido Estatuto<sup>74</sup>: “Esta lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”.

Corroborando, ainda, a este, o art. 3º do mesmo<sup>75</sup>:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Legislação específica para atendimento aos direitos da criança e do adolescente, responsável pela transição da “Doutrina da Situação Irregular” para a “Doutrina da proteção Integral”<sup>76</sup>.

O Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece uma nova concepção de criança e adolescente, independente de uma suposta situação irregular e contempla Doutrina da Proteção Integral. Rompe-se a separação entre menor e criança e reverte-se a imagem negativa que segrega e reprime a criança e o adolescente pobre,

---

<sup>73</sup> “The child shall enjoy special protection, and shall be given opportunities and facilities, by Law and others means, to enable him to develop physically, mentally, morally, spiritually and socially in a healthy and normal manner and in conditions of freedom and dignity. In the enactment of laws for this purpose, the best interest of the child shall be the paramount consideration.” (Disponível em: <<http://www.un.org/cyberschoolbus/humanrights/resources/child.asp>>. Acesso em: 19 jul. 2013)

<sup>74</sup> Brasil, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Art. 1º. Diário Oficial da União, Brasília, 13 de julho de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)>. Acesso em: 30 jul. 2013.

<sup>75</sup> Brasil, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Art. 3º. Diário Oficial da União, Brasília, 13 de julho de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)>. Acesso em: 30 jul. 2013.

<sup>76</sup> A doutrina de Proteção Integral fundamenta-se em diversas convenções internacionais, entre elas, a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança (1989), Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil - Diretrizes de RIAD (1988), Regra Mínimas das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil - Regras de Beijing (1985).

criando-se uma lei que obriga o Estado a protegê-los, independente de sua condição social.<sup>77</sup>

O ECA inicia uma nova fase no ordenamento jurídico brasileiro, passa a conceber às crianças e aos adolescentes como verdadeiros sujeitos-cidadãos, resguardando a estes direitos e garantias jamais pensados anteriormente, reconhece o especial e específico período de desenvolvimento em que se encontram, preocupa-se com os diversos aspectos formadores de um indivíduo, que se encontra em uma fase de transição, pleiteando o equilíbrio entre Estado repressor e os direitos inerentes a este público.

No dizer de Veronese<sup>78</sup>:

A atual Carta Política tem essa nova base doutrinária, a qual implica que, fundamentalmente, as crianças e adolescentes brasileiros passam a ser sujeitos de direitos. Essa categoria encontra sua expressão mais significativa na própria concepção de Direitos Humanos “O Direito ter Direitos”, ou seja, a dinâmica dos novos direitos que surge a partir do exercício dos direitos já conquistados. Desse ponto de partida o sujeito de direitos seria o indivíduo apreendido do ordenamento jurídico com possibilidades de, efetivamente, ser um sujeito-cidadão.

Nesta mesma vertente, apoia Pereira<sup>79</sup>:

Perceber a criança ou o adolescente como sujeito e não como objeto dos direitos dos adultos reflete talvez o maior desafio para a própria sociedade e, sobretudo, para o sistema de justiça. Ser sujeito de direitos é ser titular de uma identidade social que lhe permita buscar proteção especial, já que se trata de uma pessoa em condição peculiar de desenvolvimento<sup>80</sup>. Sua identidade

---

<sup>77</sup> LIBERATI, Wilson Donizeti. Op. cit., p. 97.

<sup>78</sup> VERONESE, Josiane Rose Petry. Os direitos da criança e do adolescente: construindo o conceito de sujeito-cidadão. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Org.). Op. cit., p. 42.

<sup>79</sup> PEREIRA, Tânia da Silva. Op. cit., p. 226.

<sup>80</sup> Brasil, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Art. 6º. Diário Oficial da União, Brasília, 13 de julho de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)>. Acesso em: 30 jul. 2013. “Na interpretação

pessoal tem vínculo direto com sua identificação no grupo familiar. Seu nome o localiza em seu mundo. A aplicação deste princípio enfrenta na realidade, inúmeras dificuldades.

O Estatuto da Criança e do Adolescente tem relevante papel, ao regulamentar o texto constitucional, de fazer com que este último não se constitua em letra morta<sup>81</sup>, dando efetividade e resguardando os direitos em prol das crianças e dos adolescentes.

OECA torna as crianças e os adolescentes sujeitos de direitos, possibilitando que este público seja tratado como titulares de direitos fundamentais, visto que a presente legislação incentiva a participação popular na busca da aplicabilidade destes direitos, por meio da participação em políticas públicas, tendo como objeto esta temática<sup>82</sup>.

Entre as inovações propostas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, assinala Veronese que<sup>83</sup>:

Pode-se destacar, justamente, a possibilidade de exigir do Estado, por meio, por exemplo, da interposição de uma ação civil pública, o cumprimento de determinados direitos como o acesso à escola, a um sistema de saúde, a um programa especial para portadores de doenças físicas e mentais etc., previstos na Constituição Federal e regulamentados pela Lei nº 8.069/1990.

A eficácia social desta lei dependerá, pois, da capacidade dos agentes envolvidos com a defesa da criança e do adolescente de mobilizarem e buscarem os mecanismos de viabilização das políticas previstas no Diploma Legal<sup>84</sup>.

---

desta lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da Criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.”

<sup>81</sup> VERONESE, Josiane Rose Petry. Os direitos da criança e do adolescente: construindo o conceito de sujeito-cidadão. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Org.). Op. cit., p. 44.

<sup>82</sup> PEREIRA, Tânia da Silva. Op. cit., p. 29.

<sup>83</sup> VERONESE, Josiane Rose Petry. Os direitos da criança e do adolescente: construindo o conceito de sujeito-cidadão. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Org.). Op. cit., p. 45.

<sup>84</sup> MARTINS, Daniele Comin. Op. cit., p. 50.

No que concerne à regulamentação legal, assim como o mencionado art. 227 da Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>85</sup> também reitera a responsabilidade social em seu art. 4º quando define que:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à Educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Quanto à positivação dos chamados adolescentes em conflito com a lei, o ECA delimita as hipótese de aplicação das medidas socioeducativas aos atos infracionais, exterminando as conhecidas e descabidas práticas do Código de Menores, que determinavam medidas de constrição da liberdade pelo “desvio de conduta, decorrente de grave inadaptação familiar ou social”<sup>86</sup>.

Como positiva o art. 112 do mencionado estatuto, aos adolescentes (12 a 18 anos)<sup>87</sup> serão designadas as seguintes medidas<sup>88</sup>:

Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:

- I – advertência;
- II – obrigação de reparar o dano;
- III – prestação de serviços à comunidade;
- IV – liberdade assistida;
- V – inserção em regime de semi-liberdade;
- VI – internação em estabelecimento educacional;
- VII – qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.

<sup>85</sup> Brasil, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Art. 4º. Diário Oficial da União, Brasília, 13 de julho de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)>. Acesso em: 30 jul. 2013.

<sup>86</sup> Brasil, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Art. 4º. Diário Oficial da União, Brasília, 13 de julho de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)>. Acesso em: 30 jul. 2013.

<sup>87</sup> Idem, art. 2º.

<sup>88</sup> Idem, art. 112.

§ 1º A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração.

§ 2º Em hipótese alguma e sob pretexto algum, será admitida a prestação de trabalho forçado.

§ 3º Os adolescentes portadores de doença ou deficiência mental receberão tratamento individual e especializado, em local adequado às suas condições.

Regulamenta, ainda, a presente legislação o tratamento direcionado às crianças e aos adolescentes, como Medidas Específicas de Proteção<sup>89</sup>, como enfatiza o seguinte:

Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;

II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;

III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;

IV - inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente;

V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;

VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;

VII - acolhimento institucional;

VIII - inclusão em programa de acolhimento familiar;

IX - colocação em família substituta.

Ressalta-se que, todas as medidas específicas de proteção e medidas aplicáveis aos atos infracionais, anteriormente mencionados, segundo a própria

<sup>89</sup> Idem, art. 101.



legislação específica, deverão observar as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários<sup>90</sup>.

*In verbis*, menciona Veronese<sup>91</sup>:

É importante destacarmos que o estatuto não apenas reconhece os princípios da convenção como os desenvolve, convencido de que a criança e o adolescente são merecedores de direitos próprios e especiais e que, em razão de sua condição específica de pessoas em desenvolvimento, estão a necessitar de uma proteção especializada, diferenciada e integral.

## 2.2 TEXTOS CONSTITUCIONAIS DE PROTEÇÃO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE

Sob a ótica constitucional, percebem-se as grandes variações das constituições brasileiras a respeito da proteção infantojuvenil.

Cabe salientar que as duas primeiras cartas políticas do Brasil – em 1824, a Constituição do Império, e em 1891, a Primeira da República – se apresentaram totalmente omissas quanto à questão dos direitos da criança e do adolescente<sup>92</sup>.

A Constituição Brasileira de 1934 foi pioneira no trato da criança e na proteção dos seus direitos quando estabeleceu diretrizes para a relação de trabalho dos menores, vedando o trabalho para menores de 14 anos, de trabalho noturno a menores de 16 anos e insalubres a menores de 18 anos<sup>93</sup>.

A Constituição de 1937, conhecida como a Constituição do Estado Novo, editada por Getúlio Vargas, foi ampliada na proteção dos direitos das crianças e dos adolescentes. Sobre essa temática, leciona Veronese<sup>94</sup>:

O Estado deveria dar assistência à infância e à juventude, assegurando-lhes condições físicas e morais para o

---

<sup>90</sup> Brasil, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Art. 100. Diário Oficial da União, Brasília, 13 de julho de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)>. Acesso em: 30 jul. 2013.

<sup>91</sup> VERONESE, Josiane Rose Petry. Os direitos da criança e do adolescente: construindo o conceito de sujeito-cidadão. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Org.). Op. cit., p. 41.

<sup>92</sup> Idem, p. 34.

<sup>93</sup> VERONESE, Josiane Rose Petry. *Os direitos da criança e do adolescente*, p. 42.

<sup>94</sup> Idem, *ibidem*.

desenvolvimento de suas faculdades. O abandono à criança importava em falta grave dos pais, neste caso, caberia ao Estado provê-las. Os pais miseráveis teriam o direito de pedir um auxílio ao Estado para subsistência e educação dos filhos.

A Carta de 1946 não trouxe inovações, manteve os mesmos princípios da carta que a precedia, vale salientar, a assistência à maternidade, à infância e à adolescência, obrigava as empresas industriais e agrícolas com mais de 100 funcionários à manutenção de ensino primário para os filhos, ministrar aprendizagem aos trabalhadores menores e proibição do trabalho para menores de 14 anos<sup>95</sup>.

A Constituição Brasileira de 1967, em suma, manteve os mesmos preceitos das cartas anteriores, entretanto, trouxe duas grandes alterações, instituiu o ensino obrigatório e gratuito de 7 a 14 anos de idade em estabelecimentos oficiais, ao passo que retrocedeu ao diminuir a proibição do trabalho para menores de 14 para 12 anos. A Emenda Constitucional nº 1, de 1969, manteve os mesmos dispositivos, incluindo o acesso à educação às crianças excepcionais<sup>96</sup>.

A Carta Magna de 1988 representa um ícone na prolatação de uma série de novos direitos, como frisa Veronese ao lembrar que esta constituição representa o resultado da participação ativa de toda a sociedade junto à Assembleia Nacional Constituinte e um trabalho que se estendeu por mais de um ano<sup>97</sup>:

[...] significou um grande avanço nos direitos sociais, e isto, por sua vez beneficiou, entre outros, a criança e o adolescente. Nessa perspectiva, tem-se, exemplificativamente, que a idade mínima para admissão ao trabalho é, novamente, fixada em 14 anos (art. 7º, XXXIII).<sup>98</sup>

Destarte, a Constituição Federal de 1988 trouxe significativas alterações, ao desconsiderar a figura do “menor”, até então mero “objeto das determinações dos adultos”, elevá-los ao nível de “sujeitos de direitos”, ao ampliar o rol de

<sup>95</sup> VERONESE, Josiane Rose Petry. *Os direitos da criança e do adolescente*, p. 43.

<sup>96</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>97</sup> Idem, p. 44.

<sup>98</sup> VERONESE, Josiane Rose Petry. *Os direitos da criança e do adolescente: construindo o conceito de sujeito-cidadão*. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Op. cit.*, p. 35.

direitos a eles assegurados, e ao considerar garantias plenas no trato processual. Nesse sentido, atribuiu institutos antes pertencentes somente aos direitos dos adultos, igualando-os e declarando que os mesmos possuem os mesmos direitos e garantias inerentes à pessoa humana<sup>99</sup>.

Toda essa previsão legal, de acordo com Nogueira, embora se apresente meritória, se apresenta também um tanto utópica, não teve correspondência, na prática, já que não encontrou campo na prática propício ao seu desenvolvimento. Ainda de acordo com o autor, é preciso, de uma vez por todas, que as nossas autoridades se conscientizem de que os problemas sociais, econômicos e mesmo políticos não se resolvem com a feitura de leis, que nunca chegam a ser aplicadas, ou por serem inexequíveis ou porque são elaboradas com o único propósito de se dar ao povo a impressão de que alguma coisa está sendo feita<sup>100</sup>.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na análise apurada das legislações específicas de proteção ou trato das crianças e dos adolescentes, denota-se uma grande evolução, desde o Código de Mello Matos, que sintetizou legislações relacionadas a este público, entretanto, tratava-os como abandonados ou delinquentes, ou em perigo de o ser, tidos como um incômodo, um problema a ser tratado com soluções moralizadoras e castigo aos “menores infratores” em instituições bastante precarizadas.

Somente com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, por uma tipificação da Constituição Federal de 1988 que obriga o Estado a proteger as crianças e os adolescentes, independentemente de sua condição social, é que estes passam a ser considerados como sujeitos de direitos, incluindo a proteção como prioridade absoluta e inserido a doutrina da proteção integral, tendo, a partir de então, seus direitos *status* de Direitos Fundamentais.

O funcionamento regular das políticas públicas oferecidas pelo Estado é peça indispensável para que ocorra uma reviravolta social, visto que o Estado, e somente ele, define a vontade política, condição essencial para a ocorrência de mudanças. E para a implementação de políticas públicas específicas, as categorias de Direitos Fundamentais devem ser tidas como parâmetro, atendendo sempre ao Princípio da Prioridade Absoluta conferido pelo ordenamento jurídico brasileiro e que possibilitem a democracia participativa, valorizando o eixo

---

<sup>99</sup> MARTINS, Daniele Comin. Op. cit., p. 50.

<sup>100</sup> NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. 4. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 6.

norteador da descentralização, o que resultaria em uma melhor divisão de tarefas e atribuições entre União, Estados e Municípios para, efetivamente, alcançar o cumprimento dos Direitos Sociais e Fundamentais.

A realidade social vivida por grande parcela dos adolescentes brasileiros representa um fator eminentemente preocupante, visto que interfere concretamente na definição de uma identidade, contendas que se agravam sem escolher classe social, adolescentes que se desenvolvem em meio a um núcleo familiar desestruturado.

## REFERÊNCIAS

ABERASTURY, Arminda; KNOBEL, Maurício. *Adolescência normal: um enfoque psicanalítico*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1992.

BECKER, Daniel. *O que é adolescência*. São Paulo: Brasiliense, 2003.

BOBBIO, Noberto. *A era dos direitos*. Trad. Nelson Coutinho. 9. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Decreto nº 8.910, de 17 de março de 1883. Dá novos regulamentos aos Asylos de Menores Desvalidos. Diário Oficial da União, Brasília, 17 de março de 1883. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20 jul. 2013.

\_\_\_\_\_. Lei nº 4.513, de 1º de dezembro de 1964. Autoriza o Poder Executivo a criar a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor, a ela incorporando o patrimônio e as atribuições do Serviço de Assistência a Menores, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 1º de dezembro de 1964. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L4513.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4513.htm)>. Acesso em: 22 jul. 2013.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.029, de 12 de abril de 1990. Dispõe sobre a extinção e dissolução de entidades da administração Pública Federal e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 12 de abril de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8029cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8029cons.htm)>. Acesso em: 30 jul. 2013.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 13 de julho de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)>. Acesso em: 30 jul. 2013.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Decreto nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927. Consolida as leis de assistência e proteção a menores. Diário Oficial da União, Brasília, 12 de outubro de 1927. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1910-1929/D17943Aimpressao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D17943Aimpressao.htm)>. Acesso em: 30 jul. 2013.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979. Institui o Código de Menores. Diário Oficial da União, Brasília, 10 de outubro de 1979. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1970-1979/16697.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/16697.htm)>. Acesso em: 30 jul. 2013.

BRITO, Eleonora Zicari Costa de. *Justiça e gênero: uma história da justiça de menores em Brasília (1960-1990)*. Brasília: Universidade de Brasília – FINATEC, 2007.

CONCEIÇÃO JUNIOR, Hermes Siedler da; PES, João Hélio Ferreira. Os direitos da criança e do adolescente no contexto histórico dos direitos humanos. In: PES, João Hélio Ferreira. *Direitos humanos – Crianças e adolescentes*. Curitiba: Juruá, 2010.

COSTA, Maria Berenice Alho da. História da assistência ao menor carente no Rio de Janeiro de 1907 a 1927. Dissertação. Universidade Pontifícia Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1986.

CRUZ, Paulo M.; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do Direito Transnacionais. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Org.). *Direito e transnacionalidade*. Curitiba: Juruá, 2009.

CUSTODIO, André Viana; VERONESE, Josiane Rose Petry. *Crianças esquecidas: o trabalho infantil doméstico no Brasil*. Curitiba: Multideia, 2009.

DIAS, Maria da Graça dos Santos; SILVA, Moacyr Motta da; MELO, Osvaldo Ferreira de. Política jurídica e pós-modernidade. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito da família: curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Cortez, 1999.

GARCIA, Marcos Leite. Direitos fundamentais e transnacionalidade: um estudo preliminar. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Org.). *Direito e transnacionalidade*. Curitiba: Juruá, 2009.

GOHN, Maria da Glória. Movimento de meninos e meninas de rua no Brasil. In: GOHN, Maria da Glória. *Os sem-terra, ONGs e cidadania*. São Paulo: Cortez, 1997.

JESUS, Mauricio Neves de. *Adolescente em conflito com a lei: prevenção e proteção integral*. Campinas: Sevanda, 2006.

LIBERATI, Wilson Donizete. *Comentários ao estatuto da criança e do adolescente*. São Paulo: Malheiros, 1993.

MARTINS, Daniele Comin. *Estatuto da criança e do adolescente & política de atendimento*. Curitiba: Juruá, 2003.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. 4. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

ORGANIZAÇÃO das Nações Unidas (ONU). Declaração Universal dos Direitos da Criança de 20 de novembro de 1959. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c\\_a/lex41.htm](http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex41.htm)>. Acesso em: 19 jul. 2013.

OUTEIRAL, José O. *Adolescer: estudos sobre adolescência*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1994.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PECES-BARBA, Gregorio. *Derechos fundamentales*. 2. ed. Madrid: Biblioteca Universitaria Guadiana, 1976.

PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

PEREZ-LUÑO, António E. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

RIZZINI, Irma. A assistência à infância na passagem para o século XX – Da repressão à reeducação. *Revista Fórum Educacional*, Rio de Janeiro: IESAE FGV, v. 14, n. 2, p. 77-94, mar./maio 1990.

SARAIVA, João Batista Costa. *Adolescente em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral – Uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil*. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.

THE Child Shall Enjoy Special Protection, and shall be given opportunities and facilities, by Law and others means, to enable him to develop physically, mentally, morally, spiritually and socially in a healthy and normal manner and in conditions of freedom and dignity. In the enactment of laws for this purpose, the best interest of the child shall be the paramount consideration. Disponível em: <<http://www.un.org/cyberschoolbus/humanrights/resources/child.asp>>. Acesso em: 19 jul. 2013.

VERONESE, Josiane Rose Petry. Humanismo e infância: a superação do paradigma da superação do sujeito. In: MEZZAROBBA, Orides (Org.). *Humanismo latino e estado no Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteux – Treviso; Fondazione Cassamarca, 2003.

\_\_\_\_\_. Os direitos da criança e do adolescente: construindo o conceito de sujeitocidadão. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas – Uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. *Os direitos da criança e do adolescente*. São Paulo: LTr, 1999.

\_\_\_\_\_. *Temas de direito da criança e do adolescente*. São Paulo: LTr, 1997.

VICENTIN, Maria Cristina G. *A vida em rebelião: jovens em conflito com a lei*. São Paulo: Hucitec – Fapesp, 2005.

VIEIRA, Elias Cleverton; VERONESE, Josiane Petry. *Limites na educação: sob a perspectiva da Doutrina da Proteção Integral do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional*. Florianópolis: OAB/SC, 2006.

VOLPI, Mario (Org.). *O adolescente e o ato infracional*. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2006.

WOLKMER, Antonio Carlos. Perspectivas contemporâneas na fundamentação dos direitos humanos. *Revista de Direito – Tópicos em Direitos Humanos*. Curso de Direito, Faculdade de Ciências Sociais de Florianópolis, Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina. Florianópolis: CESUSC, n. 1, mar. 2006.

Submissão em: 24.07.2015

Avaliado em: 06.06.2016 (Avaliador A)

Avaliado em: 29.05.2016 (Avaliador B)

Avaliado em: 24.08.2016 (Avaliador C)

Aceito em: 14.09.2016

# O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE E O PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO

*THE CONSTITUTIONALITY DIFFUSE CONTROL AND THE PRINCIPLE OF JURISDICTION NON-OBTENTION*

**Janaína Rigo Santin<sup>1</sup>**

Pós-Doutora em Direito pela Universidade de Lisboa

**Jean Carlos Menegaz Bitencourt<sup>2</sup>**

Procurador do Município de Lagoa Vermelha/RS

**ÁREA(S) DO DIREITO:** direito constitucional; processo constitucional.

**RESUMO:** O presente artigo analisa a aplicabilidade do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal), bem como sua conexão com o controle difuso de constitucionalidade. A metodologia empregada foi o método dedutivo. A pesquisa dos institutos (princípio constitucional da jurisdição e controle de constitucionalidade) demonstra que

estão intimamente interligados e são fundamentais para o fortalecimento do ordenamento jurídico brasileiro. Conclusões preliminares indicam que o controle difuso de constitucionalidade é um instrumento paradigmático-constitucional da efetivação do princípio da inafastabilidade da jurisdição, o qual pode ser arguido em todas as demandas judiciais. É essencial uma reflexão sobre o controle difuso de constitucionalidade, o qual deve atuar na defesa dos indivíduos que não têm

<sup>1</sup> Pós-Doutora em Direito pela Universidade de Lisboa, com apoio Capes. Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Advogada. Professora do Mestrado em Direito e do Doutorado e Mestrado em História da Universidade de Passo Fundo (UPF), no Rio Grande do Sul, Brasil. *E-mail:* janainars@upf.br. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/3213900043864696>.

<sup>2</sup> Mestre em Direito pela Universidade de Passo Fundo (UPF), no Rio Grande do Sul, Brasil, linha de Pesquisa Jurisdição Constitucional e Democracia. Bolsista do Prosup/Capes/UPF/Taxa. *E-mail:* jean.bitencourt@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/7924667679832648>.



legitimidade para a forma concentrada e que buscam manter o ordenamento jurídico de conformidade com os preceitos previstos na Constituição Federal.

**PALAVRAS-CHAVE:** jurisdição; controle de constitucionalidade; direitos fundamentais.

**ABSTRACT:** *This article analyzes the applicability of the principle of non-obviation (of jurisdiction) (Article 5, paragraph XXXV of the Federal Constitution), as well as its connection with that principle diffuse control of constitutionality. The methodology used was the inductive method. Research institutes (constitutional principle of jurisdiction and judicial review) shows that are closely interlinked and are crucial to the strengthening of the Brazilian legal system. Preliminary findings indicate that the diffuse control of constitutionality is a paradigm-constitutional instrument of the realization of the principle of non-obviation (of jurisdiction), which can be accused in all lawsuits. It is essential to reflect on the diffuse control of constitutionality, which must act in the defense of individuals, which is not entitled to the concentrated form, and seeking to keep the law in accordance with the precepts laid down in the Constitution.*

**KEYWORDS:** *jurisdiction; judicial review; fundamental rights.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Noção de direitos fundamentais, aplicabilidade e interpretação constitucional; 2 Princípio da inafastabilidade da jurisdição constitucional; 3 Controle difuso ou incidental de constitucionalidade; Considerações finais; Referências.

**SUMMARY:** *Introduction; 1 Notion of fundamental rights, applicability and constitutional interpretation; 2 Principle of non-obviation of constitutional jurisdiction; 3 Incidental control of constitutionality; Final considerations; References.*

## INTRODUÇÃO

O presente estudo tenciona analisar o princípio da inafastabilidade da jurisdição, enfatizando o seu papel instrumental na efetivação dos direitos fundamentais consubstanciados na Constituição Federal de 1988.

Importante ressaltar que a delimitação do tema proposto na pesquisa refere-se à possibilidade de o controle difuso de constitucionalidade ser o mecanismo/instrumento para efetividade do direito fundamental da inafastabilidade da jurisdição, principalmente quando analisado sob o enfoque das garantias dos direitos fundamentais.

O problema da pesquisa reside em analisar a dificuldade de efetividade dos direitos fundamentais, mesmo quando interpretados de forma ampla e com aplicabilidade imediata. Assim, o artigo pretende refletir sobre o controle difuso de constitucionalidade e sua atuação na efetivação do princípio da inafastabilidade da jurisdição, em especial no que tange à defesa dos indivíduos que não têm legitimidade para atuar nos tribunais superiores pela forma concentrada, e que buscam manter o ordenamento jurídico em conformidade com o previsto na Constituição Federal de 1988.

No que concerne à sua estrutura, o trabalho, inicialmente, analisa a noção de direitos fundamentais, de aplicabilidade e de interpretação constitucional. O tópico seguinte ocupa-se do princípio da inafastabilidade da jurisdição constitucional, analisado a partir das normais constitucionais e também internacionais que o estruturam. Por fim, é estudado o controle difuso de constitucionalidade e sua conexão com o princípio fundamental da inafastabilidade da jurisdição, sob a luz da ordem constitucional.

## 1 NOÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS, APLICABILIDADE E INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

O constitucionalismo, que se refere à “positivação dos direitos fundamentais como limites e vínculos substanciais à legislação positiva”, representa uma “segunda revolução na natureza do direito, que se expressa em uma alteração interna do paradigma positivista clássico”<sup>3</sup>.

Nas palavras de Ferrajoli, existe um dado “momento na história no qual pode ser colocada essa mudança de paradigma”. Trata-se do momento seguinte à catástrofe da Segunda Guerra Mundial e à derrota do nazifascismo. Naquele “ambiente cultural e político no qual nasce o moderno constitucionalismo – a Carta da ONU de 1945, a Declaração Universal dos Direitos de 1948, a Constituição Italiana de 1948, a Lei Fundamental da República Federal Alemã de 1949 –, compreende-se que, se a mera observância do princípio da legalidade” é insuficiente para proteger os cidadãos dos “abusos da jurisdição e da administração”, também é insuficiente para protegê-los contra os abusos cometidos pela atividade legiferante e as “involuções antiliberais e totalitárias dos supremos órgãos de decisão”. E se redescobre o significado da Constituição como “limite e vínculo aos poderes públicos, estipulados há dois séculos no

<sup>3</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Trad. Alexandre Salim e outros. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 43.

art. 16 da Declaração dos Direitos de 1789: ‘toda sociedade na qual não são asseguradas as garantias dos direitos nem a separação dos poderes não tem constituição’<sup>4</sup>.

Os direitos fundamentais são “direitos públicos-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como objetivo limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual”<sup>5</sup>.

Para Ingo Wolfgang Sarlet, a fundamentalidade formal dos direitos fundamentais resulta dos seguintes aspectos:

a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, de tal sorte que – neste sentido – se cuida de direitos de natureza supralegal; b) na qualidade de normas constitucionais, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) da forma constitucional (art. 60 da CF), cuidando-se, portanto (pelo menos num certo sentido) e como leciona João dos Passos Martins Neto, de direitos pétreos...; c) por derradeiro, cuida-se de normas diretas aplicáveis e que vinculam de forma imediata as entidades públicas e privadas (art. 5º, § 1º, da CF).<sup>6</sup>

Para a caracterização de um direito fundamental a partir de sua fundamentalidade material, é imprescindível a análise de seu conteúdo, isto é, “da circunstância que conterem, ou não, decisões fundamentais sobre estrutura do Estado e da sociedade, de modo especial, porém, no que diz com a posição nestes ocupada pela pessoa humana”<sup>7</sup>. Portanto, as normas consagradoras de direitos fundamentais firmam valores, os quais incidem sobre a totalidade do

<sup>4</sup> FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 44-45.

<sup>5</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 46-47.

<sup>6</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 74-75.

<sup>7</sup> Idem, p. 75. Mas o autor ressalta que nem todo direito fundamental positivado na Magna Carta está vinculado ao princípio da dignidade humana.

ordenamento jurídico e servem para iluminar as tarefas dos órgãos judiciários, legislativos e executivos.

Como refere Konrad Hesse, “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”<sup>8</sup>. Assim, para Luiz Guilherme Marinoni, o “princípio da força normativa da Constituição dá base às interpretações que conferem aos direitos fundamentais, diante das circunstâncias concretas, uma eficácia ótima”<sup>9</sup>.

Não se pode esquecer as contribuições de Peter Häberle quanto ao Estado Constitucional, o qual entende que deve ser focado/interpretado na realização da cultura os seguintes elementos: a) dignidade humana como premissa que deriva a cultura de todo o povo e dos direitos humanos universais; b) princípio da soberania popular, como forma identificada de uma colaboração que se renova cada vez de forma aberta e responsável; c) a Constituição como pacto, objetivos de educação e valores orientadores possíveis e necessários; d) princípio da divisão dos poderes, com sentido plural e amplo; e) Estado de Direito e Estado Social de Direito, dando ênfase ao princípio da cultura estatal aberta<sup>10</sup>.

A literatura crítica é um catalizador que atua nos processos de fermentação social e nas opiniões públicas, colaborando a formular a autocompreensão de todo povo de cunho pluralista. O estado constitucional é algo demasiadamente importante para deixar apenas nas mãos dos juristas a sua interpretação, pois todos, órgãos de poder e cidadãos, são guardiões da Constituição<sup>11</sup>.

Peter Häberle conceitua humanidade mediante todas as culturas, de modo que aparece simultaneamente próxima à paz mundial e aos direitos humanos universais. Defende a proteção dos bens culturais em vários níveis, criando, assim, a “humanidade união”. Trata-se de conceito que se dá a partir de muitos indivíduos e culturas, cujas dimensões descritas pelo respectivo tamanho de cada uma são corolário de uma espécie de cosmopolitismo cultural geral, o que caracteriza o que se poderia chamar de “natureza internacional da

<sup>8</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 22-23.

<sup>9</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela de direitos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 170.

<sup>10</sup> HÄBERLE, Peter. *Teoría de la constitución como ciencia de la cultura*. Trad. Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2000. p. 33.

<sup>11</sup> HÄBERLE, Peter. Op. cit., p. 58-59.

humanidade”<sup>12</sup>. Conclui o autor que a teoria da Constituição, de cunho científico-cultural, pode cooperar para reduzir o direcionamento dos objetivos do Estado Constitucional, exclusivamente, para o bem-estar materialista, a partir do paradigma do Estado Social de Direito. Oferece crítica a toda interpretação desse tipo de Estado que seja fundada unipontualmente no crescimento quantitativo e sobredimensionado<sup>13</sup>.

Nesse sentido, Häberle aponta elementos concretos de como deve ser o constitucionalismo, com as seguintes variantes nacionais: (1) a dignidade humana, pois tudo começa com a importância do indivíduo (premissa antropológica cultural), colocando-o no centro do debate; (2) democracia pluralista, em razão das inúmeras influências e visões, fruto da teoria possibilista; (3) capacidade postulatória do indivíduo em buscar os direitos fundamentais (o *status activus processualis*); (4) a divisão dos poderes; (5) a independência (autonomia) dos tribunais, porque a justiça constitucional exerce um papel definitivo nas decisões de poder; (6) visão de Estado (Constitucional) Democrático de Direito; (7) direito organizatório das ordenações (estruturas) constitucionais – competências e procedimentos da Constituição; (8) federalismo, regionalismo e autonomia municipal<sup>14</sup>.

Nesse contexto, a interpretação constitucional deve ser um processo público, o qual parte da ideia de formação e transformação da sociedade aberta de intérpretes da Constituição, cujo contexto contém processos públicos muito complexos, nos quais os mais concretos são os processos constitucionais que se referem às controvérsias no âmbito científico-jurídico e da própria comunidade cidadã. Dessa forma, a exegese constitucional deve ser entendida de maneira ampla, não contemplando apenas o sentido estrito do processo jurídico no âmbito dos Tribunais, mas em todos aqueles em que os cidadãos participam de maneira ativa ou passiva<sup>15</sup>.

Entretanto, cabe analisar a dificuldade de efetividade dos direitos fundamentais, mesmo quando interpretados de forma ampla e com aplicabilidade imediata.

---

<sup>12</sup> Idem, p. 156.

<sup>13</sup> Idem, p. 160.

<sup>14</sup> HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Trad. Emilio Mikunda. Madri: Tecnos, 2002. p. 88.

<sup>15</sup> Idem, p. 89.

Luigi Ferrajoli distingue dois tipos de crise de efetividade dos direitos fundamentais: a) “uma inefetividade contingente, conseqüente à violação de suas garantias por obra de atos inválidos ou ilícitos, das suas garantias”; e b) “uma inefetividade estrutural, conseqüente da falta de garantias e de comprometimento com as relativas funções e instituições, por causa da omissa produção das leis de atuação”. A inefetividade contingente é reparável por meio da intervenção judiciária, consistente na anulação de atos ilícitos. A inefetividade estrutural necessita da intervenção do legislador, pois somente ele pode (e deve) repará-la<sup>16</sup>.

O constitucionalismo rígido introduziu na fenomenologia do direito positivo o espaço do “direito inválido” ou “ilegítimo”: expressões, como se sabe, avaliadas por Kelsen na questão das contradições em termos. Nas democracias constitucionais, “validade e existência não coincidem: nelas, podem ocorrer antinomias e lacunas”. Conferiu-se “à ciência jurídica um papel crítico e projetístico, impensável no velho modelo paleopositivista e unidimensional do estado legislativo de direito”<sup>17</sup>.

Tal entendimento vai ao encontro da necessidade de um controle difuso de constitucionalidade, pois em um país com a produção legislativa cada vez mais abundante como o Brasil, impossível retirar do cidadão a legitimidade de buscar perante o Poder Judiciário seus direitos constitucionais violados.

Para Luigi Ferrajoli, o adimplemento dessas promessas somente poderia se dar por meio da construção de uma esfera pública mundial, “principal desafio lançado à razão jurídica e à razão política pela crise dos Estados nacionais e pelos gigantescos problemas abertos pela globalização”. A proteção dos “direitos fundamentais e, mais do que nunca, dos direitos sociais, não pode ocorrer sem o desenvolvimento, por conta da política e do direito, de uma esfera pública distinta das esferas privadas do mercado e da economia, como esfera heterônoma”<sup>18</sup>.

Dessa forma, o princípio da efetividade “sintetiza a ideia de que os direitos fundamentais devem ser interpretados em um sentido que lhes confira a maior

---

<sup>16</sup> FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 115.

<sup>17</sup> FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 116-117.

<sup>18</sup> Idem, p. 119-120.

efetividade possível, ou melhor, no caso de dúvida, deve prevalecer a tese que dê a maior efetividade possível ao direito fundamental<sup>19</sup>.

E para atingir a efetividade dos direitos fundamentais pela via do Poder Judiciário, tem-se o controle difuso de constitucionalidade, o qual é tido neste estudo como um instrumento paradigmático-constitucional da efetivação do princípio da inafastabilidade da jurisdição, já que pode ser arguido em todas as demandas judiciais.

## 2 PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Reza o artigo VIII da Declaração Universal de Direitos do Homem de 1948: “toda a pessoa tem o direito de receber dos Tribunais nacionais competentes recurso efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais, que lhe sejam reconhecidos pela Constituição ou pela lei”<sup>20</sup>. No mesmo sentido também é a disposição contida na Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969:

Artigo 8º Garantias judiciais:

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.<sup>21</sup>

Por sua vez, a Constituição Federal brasileira de 1988 consagra o princípio da inafastabilidade da jurisdição no inciso XXXV, do art. 5º, o qual dispõe: “a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito”<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 171.

<sup>20</sup> Brasil, Declaração Universal dos Direitos do Homem 10.12.1948. Disponível em: <[http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/por.pdf](http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf)>. Acesso em: 4 fev. 2015.

<sup>21</sup> Brasil, Convenção Americana de Direitos Humanos de 22.11.1969 - ratificada pelo Brasil em 25.09.1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf)>. Acesso em: 4 fev. 2015.

<sup>22</sup> Brasil, Constituição Federal de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 4 fev. 2015.

Mediante o princípio da inafastabilidade da jurisdição, todos devem ter acesso à justiça, para pleitear tutela jurisdicional preventiva ou reparatória à lesão ou ameaça de lesão a um direito individual, coletivo ou difuso.

Embora tenha como destinatário principal o legislador, o dispositivo constitucional anteriormente referido “atinge a todos indistintamente”, ou seja, “não pode o legislador nem ninguém mais impedir que o jurisdicionado” ingresse em juízo para deduzir sua pretensão<sup>23</sup>. Todos tem acesso à justiça para postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória relativamente a um direito.

Historicamente, o Brasil já passou por um modelo de Estado autoritário quando da edição do Ato Institucional nº 5, de 13.12.1968, o qual dispunha, em seu art. 11: “Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato Institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos”<sup>24</sup>.

Nas palavras de Nelson Nery Júnior, “felizmente, o período de exceção do Estado de Direito passou e o País voltou à normalidade institucional” a partir da redemocratização, em 1984, e, com o advento da Constituição Federal de 1988, “já não mais permite qualquer tipo de ofensa ao direito”, ao devido processo legal e às garantias do direito de ação, do contraditório e da ampla defesa<sup>25</sup>, tidos como cláusula pétrea, assim como todos os direitos e garantias individuais (art. 60 da Constituição Federal de 1988).

A importância do princípio da inafastabilidade da jurisdição dentro da estrutura do Estado Democrático de Direito é imanente e decorre da proibição da autotutela pelo Estado, que assume o monopólio da jurisdição. Assim, em contrapartida à proibição da autotutela, o Estado confere aos cidadãos, individual ou coletivamente, o direito de ação<sup>26</sup>.

Rui Portanova, ao analisar a disponibilidade ao direito de ação, entende que quando “o Estado retirou do indivíduo o direito de resolver seus próprios

<sup>23</sup> NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na constituição federal (processo civil, penal e administrativo)*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 170.

<sup>24</sup> Brasil, Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/AIT/ait-05-68.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm)>. Acesso em: 4 fev. 2015.

<sup>25</sup> NERY JUNIOR, Nelson. Op. cit., p. 171.

<sup>26</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 140.



conflitos (pela autotutela ou justiça privada), o Estado lhe deu a disponibilidade (positiva) de usar e (ou negativa) de não usar o Poder Judiciário<sup>27</sup>.

Para Nelson Nery Junior, o princípio da inafastabilidade da jurisdição disciplina o direito de ação e o devido processo legal, ou direito ao processo justo. Assim, todos têm o direito de obter do Poder Judiciário a tutela jurisdicional adequada, não sendo suficiente, apenas, o direito à tutela jurisdicional. Afinal, “é preciso que essa tutela seja adequada, sem o que estaria vazio o sentido do princípio”. Quando a tutela adequada para o jurisdicionado for medida urgente, preenchidos os requisitos legais, poderá ser, inclusive, concedida a tutela urgente liminarmente<sup>28</sup>. Nesse sentido, percebe-se que tais medidas vêm sendo concedidas em grande quantidade, principalmente quando está em pauta a garantia dos direitos fundamentais, entre eles saúde (vida) e educação, que são prioritários e indisponíveis.

Por sua vez, a tutela jurisdicional adequada exige respeitar, também, o princípio do juiz natural (segundo o qual deve haver regras objetivas de competência jurisdicional, garantindo independência e imparcialidade ao Juízo). Por esse princípio, veda-se a criação de Tribunais de Exceção. E, por fim, salienta-se a necessidade de garantir o direito a uma tutela jurisdicional célere, em um período de tempo razoável e compatível com a complexidade do litígio, o que contraria o que ocorre atualmente, eis que se vê demandas intermináveis. Afinal, no dizer de Rui Barbosa, justiça tardia é uma injustiça manifesta. Nesse sentido, veja-se trecho de “Oração aos Moços”.

Mas justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade. Os juízes tardinheiros são culpados, que a lassidão comum vai tolerando. Mas sua culpa tresdobra com a terrível agravante de que o lesado não tem meio de reagir contra o delinqüente poderoso, em cujas mãos jaz a sorte do litígio pendente.<sup>29</sup>

---

<sup>27</sup> PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 109.

<sup>28</sup> NERY JUNIOR, Nelson. Op. cit., p. 172.

<sup>29</sup> BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. 5. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997. p. 40.

Ao Judiciário é conferido o papel de solucionador das controvérsias em tempo razoável e conforme os princípios do devido processo legal e do juiz natural, em decorrência do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição. Nesse sentido, o Judiciário deverá apresentar as respostas aos anseios sociais, entre as quais se inclui também o controle da constitucionalidade de normas infraconstitucionais, conforme será analisado na sequência. Aqui encontra-se a conexão do princípio constitucional como instrumento para a concretização do controle difuso de constitucionalidade.

A importância do princípio da inafastabilidade da jurisdição é destacada por Luiz Guilherme Marinoni:

Tal direito não poderia deixar de ser pensado como fundamental, uma vez que o direito à prestação jurisdicional efetiva é decorrência da própria existência dos direitos e, assim, a contrapartida da proibição da autotutela. O direito à prestação jurisdicional é fundamental para a própria efetividade dos direitos, uma vez que esses últimos, diante das situações de ameaça ou agressão, sempre restam na dependência da sua plena realização. Não é por outro motivo que o direito à prestação jurisdicional efetiva já foi proclamado como o mais importante dos direitos, exatamente por construir o direito a fazer valer os próprios direitos.<sup>30</sup>

Portanto, “o acesso à justiça é considerado princípio informativo da ação e da defesa, na perspectiva de se colocar o Poder Judiciário como local onde todos os cidadãos podem fazer valer seus direitos individuais e sociais”<sup>31</sup>. Todo o ato judicial é ato de jurisdição constitucional, o qual deve ser apreciado, enfrentado e analisado sob a égide dos princípios fundamentais. Assim, o julgador sempre deve examinar, antes de qualquer outra coisa, a compatibilidade do texto normativo infraconstitucional com a Constituição<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 38.

<sup>31</sup> PORTANOVA, Rui. Op. cit., p. 113.

<sup>32</sup> Nesse sentido, ver: WINCK, Fernando Pritsch. A concreção da teoria da vinculação dos direitos fundamentais nas relações interprivadas, através do controle incidental de constitucionalidade: uma análise à luz do princípio da solidariedade. Dissertação de Mestrado em Direito pela Unisc. Disponível em: <[http://www.unisc.br/portal/images/stories/mestrado/direito/dissertacoes/2013/fernando\\_wink.pdf](http://www.unisc.br/portal/images/stories/mestrado/direito/dissertacoes/2013/fernando_wink.pdf)>. Acesso em: 23 mar. 2015.

Assim, a tutela jurisdicional tem de ser adequada e eficaz para a tutela dos direitos<sup>33</sup>, o que demonstra que a jurisdição constitucional está presente em qualquer ato processual. Afinal, para cada direito material deve corresponder, concomitantemente, um direito processual ou uma atividade jurisdicional, a fim de garantir a efetividade dos direitos, sejam eles fundamentais ou não.

### 3 CONTROLE DIFUSO OU INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE

*Marbury versus Madison*, sem dúvida, foi o precedente judicial que inaugurou o atual sistema de controle de constitucionalidade<sup>34</sup>, alterando profundamente a concepção da teoria da separação de poderes tal como concebida originalmente por Montesquieu. A partir dessa decisão, passou-se a entender o Poder Judiciário e a atividade jurisdicional não só como mera aplicadora da lei ao caso concreto, mas sim como detentora de um dever/direito de examinar a adequação dos atos jurídicos e políticos à Constituição.

Trata-se de um controle difundido em todos os órgãos do Judiciário, no qual qualquer juiz, em qualquer grau de jurisdição, trabalhando singularmente ou em órgão colegiado, tem competência para controlar a constitucionalidade de lei ou ato administrativo, desde que o faça a partir de um caso concreto. Passou a ser adotado no Brasil na Constituição Republicana de 1891 e foi o único mecanismo de controle de constitucionalidade das leis no ordenamento jurídico brasileiro até a edição da Emenda Constitucional nº 16/1965 (à Constituição de 1945), a qual introduziu a possibilidade do controle concentrado, realizado apenas pelo Supremo Tribunal Federal, se ocorrida violação à Constituição Federal, e pelos Tribunais de Justiça estaduais, em hipóteses de violação às Constituições Estaduais<sup>35</sup>.

Ao examinar a atividade do Poder Judiciário no caso *Hamilton, Madson e Jay*, formulou-se a seguinte proposição:

Uma Constituição é, de fato, a lei básica e como tal deve ser considerada pelos juízes. Em consequência,

---

<sup>33</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2000. p. 499.

<sup>34</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 9-10.

<sup>35</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O controle incidental de normas no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, v. 760, p. 11, fev. 1999. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/o%20controle%20incidental%20de%20normas%20no%20direito%20brasileiro.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2015.

cabe-lhes interpretar seus dispositivos, assim como o significado de quaisquer resoluções do Legislativo. Se acontecer uma irreconciliável discrepância entre estas, a que tiver maior hierarquia e validade deverá, naturalmente, ser a preferida; em outras palavras, a Constituição deve prevalecer sobre a lei ordinária, a intenção do povo sobre a de seus agentes.<sup>36</sup>

Sem tirar os méritos do juiz Marshall (1803), a decisão acima foi “fundamental para o desenvolvimento do controle jurisdicional da constitucionalidade”. Basta a sua leitura para que não paire dúvida de que o precedente anteriormente relatado, alguns anos antes, “já deixara fixado o princípio da supremacia constitucional, e que cabia ao Poder Judiciário decidir em favor da Constituição” sempre que houvesse conflito entre esta e a lei<sup>37</sup>.

Para Clémerson Merlin Clève, as constituições “são documentos normativos do Estado e da sociedade”. Representam um “momento de redefinição das relações políticas e sociais desenvolvidas no seio de determinada formação política e social”. Não apenas “regula o exercício do poder, transformando a *potestas* em *actoritas*, mas também impõe diretrizes específicas para o Estado, ao apontar o vetor (sentido) de sua ação, bem como de sua interação com a sociedade”. Assim, a “Constituição opera força normativa, vinculando, sempre, positiva ou negativamente, aos poderes públicos. Os cidadãos têm acesso direto à normativa constitucional, inclusive para buscar proteção contra o arbítrio ou a omissão do Legislador”<sup>38</sup>. Nas palavras do autor:

[...] a compreensão da Constituição como norma dotada de superior hierarquia; a aceitação de que tudo o que nela reside constitui norma jurídica, não havendo lugar para lembretes, avisos, conselhos ou regras morais; por fim, a compreensão de que o cidadão tem acesso à Constituição, razão pela qual o Legislativo não é o seu

<sup>36</sup> HAMILTON, Alexander; MADSON, James; JAY, John. *O federalista*. 3. ed. Campinas: Russell Editores, 2010. p. 479-480.

<sup>37</sup> VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 39.

<sup>38</sup> CLÉVE, Clémerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 18.

único intérprete, são indispensáveis para a satisfação da supremacia constitucional.<sup>39</sup>

A supremacia constitucional deve vir unida de certa “consciência constitucional”, ou, como prefere Konrad Hesse, de uma “vontade de constituição”, a qual reclama a defesa permanente da Constituição e dos valores plasmados pelo Poder Constituinte no documento constitucional. Afinal, sem “consciência constitucional” ou sem “vontade de constituição”, nenhuma sociedade consegue realizar satisfatoriamente sua Constituição ou cumprir com seus valores<sup>40</sup>. Nesse particular, gize-se, esse espírito de supremacia constitucional ainda está deixando muito a desejar na sociedade e nas instituições brasileiras. E, nesse sentido, Clémerson Merlin Clève ressalta que a “inconstitucionalidade (situação ou estado decorrente de um ou de vários vícios) pode ser conceituada como a desconformidade do ato normativo (inconstitucionalidade material) ou do seu processo de elaboração (inconstitucionalidade formal) com algum preceito ou princípio constitucional”<sup>41</sup>.

Pelo modelo adotado pelo constituinte brasileiro, restou estabelecido um controle de constitucionalidade misto, ou seja, que se dá com base em um controle difuso (a fiscalização constitucional é realizada por todos os órgãos judiciais do ordenamento, com efeitos restritos à lide) e em um controle concentrado (controle realizado pelo órgão jurisdicional quando decide sobre a inconstitucionalidade de uma lei, concentrando a sua competência, cuja decisão tem efeitos *erga omnes*)<sup>42</sup>.

Como bem referiu Juarez Freitas, “todo juiz, no sistema brasileiro, é, de certo modo, juiz constitucional”<sup>43</sup>. Nesse mesmo sentido é o entendimento de Elival da Silva Ramos, que aduz que os tribunais brasileiros estão investidos da competência de controle, pois a fiscalização de constitucionalidade pode ser examinada de forma incidental em qualquer das esferas jurisdicionais, podendo

---

<sup>39</sup> Idem, p. 27.

<sup>40</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>41</sup> Idem, p. 30.

<sup>42</sup> DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 73-75.

<sup>43</sup> FREITAS, Juarez. O intérprete e o poder de dar vida à constituição. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, v. 34, 2000. p. 59.

os juízes e tribunais declarar inconstitucionalidade da lei impugnada no caso em concreto<sup>44</sup>.

Não há dúvida de que o controle incidental ou difuso “ainda é a única via acessível ao cidadão comum para a tutela de seus direitos subjetivos constitucionais”<sup>45</sup>. Tal fator é óbvio, pois, caso o controle de constitucionalidade fosse realizado apenas na forma concentrada, por um único tribunal, com legitimados em *numerus clausus* no manejo/ingresso das ações constitucionais, o cidadão ficaria sem ferramentas jurídicas para ver elidida norma inconstitucional.

Assim, “quando no curso de uma causa comum é arguida a inconstitucionalidade da lei que configura pressuposto à tutela jurisdicional do direito”, o juiz brasileiro em qualquer órgão jurisdicional, singular ou colegiado, “está autorizado a tratar da questão constitucional como prejudicial à solução do litígio”. O objeto do processo, nesses casos, “é um litígio entre as partes, que não se confunde com a questão constitucional”. Assim, a “questão de natureza constitucional, suscitada incidentalmente” e com efeitos apenas *inter partes*, passa a ser “ajustada como prejudicial à resolução do litígio entre os litigantes. Quando isso ocorre, fala-se que há, por parte do juiz, controle difuso ou incidental de constitucionalidade”<sup>46</sup>.

O autor, ao apresentar a demanda, e o réu, ao contestar, invocam leis ou atos normativos para sustentar suas posições, cuja validade depende de estarem em conformidade com a Constituição. A norma que viola a Constituição é nula, não podendo ser aplicada pelo juiz.

A questão constitucional pode ser levantada em processos de qualquer natureza, seja de conhecimento, de execução ou cautelar. O que se exige é que haja um conflito de interesses, uma pretensão resistida, um ato concreto de autoridade ou a ameaça de que venha a ser praticado. O controle incidental de constitucionalidade somente pode se dar na tutela de uma pretensão subjetiva. O objeto do pedido não é o ataque à lei, mas a proteção de um direito que seria por ela afetado.

---

<sup>44</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectiva de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 247.

<sup>45</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 89.

<sup>46</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 918.

Havendo a situação concreta, é indiferente a natureza da ação ou do procedimento. O que não é possível é pretender a declaração de inconstitucionalidade de lei em tese, fora de uma lide, de uma disputa entre partes.<sup>47</sup>

Ingo Sarlet traz importante pesquisa na doutrina norte-americana a respeito do assunto. Ao analisar a obra de John Rawls, afirma que um dos princípios do constitucionalismo reside na distinção entre a lei mais alta e a lei comum:

A lei mais alta é expressão do poder constituinte do povo e tem a autoridade mais alta da vontade de “Nós o Povo”, ao passo que a lei ordinária tem a autoridade do poder ordinário do parlamento e do eleitorado, e é uma expressão desse poder. A lei mais alta restringe e guia esse poder ordinário.<sup>48</sup>

Tese similar é defendida por Bruce Ackerman, para quem o constitucionalismo estadunidense expressa uma concepção “dualista” da democracia, segundo a qual “busca distinguir duas decisões diferentes que podem ser tomadas em uma democracia. A primeira é uma decisão tomada pelo povo estadunidense e a segunda pelo governo”, sendo que as decisões do “povo” estabelecem a norma constitucional, ao passo que as dos governantes ocorrem pela via de leis, decretos e atos regulares de governo<sup>49</sup>. Essa teoria desenvolve o argumento utilizado por Hamilton, no “Federalista”, para justificar:

[...] a autoridade da Corte Suprema para declarar nulas as leis inconstitucionais: como a Constituição é fruto da vontade do Povo e as leis são decisões dos representantes do povo então quando a vontade do corpo legislativo, declara nos seus estatutos, está em oposição à do povo, declarada na Constituição, é a essa última que os juízes devem obedecer.<sup>50</sup>

---

<sup>47</sup> BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 89.

<sup>48</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p. 956.

<sup>49</sup> Idem, p. 956-957.

<sup>50</sup> Idem, *ibidem*.

Em retorno à análise dessas questões no ordenamento jurídico brasileiro, cabe referir a possibilidade de controle de constitucionalidade de ofício, como entendeu o Supremo Tribunal Federal no Agravo Regimental nº 145.589:

[...] não se contesta que, no sistema difuso de controle de constitucionalidade, o STF, a exemplo de todos os demais órgãos jurisdicionais de qualquer instância, tenha o poder de declarar incidentemente a inconstitucionalidade da lei, mesmo de ofício; o que não é dado àquela Corte, em recurso especial, é rever a decisão da mesma questão constitucional do tribunal inferior; se o faz, de duas uma: ou usurpa a competência do STF, se interposto paralelamente o extraordinário, ou, caso contrário, ressuscita matéria preclusa.<sup>51</sup>

Assim, o exercício da competência reservada aos tribunais, por óbvio, não exclui a possibilidade de o julgador, ao se deparar com uma inconstitucionalidade até então não arguida pelas partes, mas prejudicial à solução da lide, decidir de ofício a respeito da situação.

Frisa-se, por derradeiro, que, em nenhum momento, deve ser colocado o Poder Judiciário acima dos demais poderes em matéria de políticas públicas, o que é justificado pelo princípio da independência e da harmonia entre os poderes. Mas, quando houver desvios de finalidades constitucionais, é necessário intervir por meio dos remédios constitucionais ou pela forma incidental.

Por todo o exposto, não há dúvida de que o controle de constitucionalidade serve como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais, tornando-se modo de defesa dos direitos individuais contra o Estado e contra os demais indivíduos. Os direitos fundamentais, de acordo com a lei, só podem ser limitados por outras disposições da Constituição e, por isso, é necessário encontrar uma ponderação entre o âmbito da proteção e da regulação<sup>52</sup>, a qual

<sup>51</sup> Distrito Federal, Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 145.589/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence. 2 set. 1993. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28AI%24.SCLA.+E+145589.NUME.%29+OU+%28AI.ACMS.+ADJ2+145589.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/af52czd>>. Acesso em: 4 fev. 2015.

<sup>52</sup> HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Trad. Pedro Cruz Villalón e Miguel Azpitarte Sánchez. Madri: Fundación Coloquio Jurídico Europeo e Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011. p. 154-156.



pode ser atacada/defendida pelo exercício do controle de constitucionalidade de forma difusa.

O controle difuso caracteriza-se, portanto, pela alegação de inconstitucionalidade tida como questão prejudicial em demandas concretas, sendo que o juízo de inconstitucionalidade é suscitado incidentalmente. Isso se dá por ser relevante e necessário para se saber se a lei vai ser aplicada ou não (inconstitucionalidade) ao caso em questão, razão pela qual, em todas as espécies de ação, pode-se suscitar o controle de constitucionalidade pelas partes, em face à conexão com o princípio fundamental da inafastabilidade da jurisdição.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Os direitos fundamentais têm como finalidade precípua ampliar, integrar e efetivar o Estado Democrático de Direito, dando aos cidadãos os direitos de liberdade e sociais garantidos pela Declaração de Direitos Humanos, os quais foram ripristinados na Constituição pátria.

A norma do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal afirmou que a lei, além de não poder excluir, está proibida de excluir lesão ou ameaça de lesão a direitos da apreciação jurisdicional. O objetivo de dita norma deixa expresso que o direito de ação deve propiciar a tutela inibitória e ter a sua disposição técnica processual capaz de permitir, inclusive, a antecipação da tutela e a concessão de liminares.

Diante do aspecto funcional dos direitos fundamentais e do princípio da efetividade da tutela jurisdicional, o direito à prestação jurisdicional confere um direito de exigir uma prestação do Estado. Ao Estado-Juiz também compete o dever de proteção, o qual se efetiva no momento em que é proferida a decisão a respeito de ter havido – ou não – lesão a direitos fundamentais.

Não restam dúvidas de que as atividades políticas e jurídicas exercidas pelo Executivo e pelo Legislativo devem ser compatíveis com a Constituição Federal e com as demais Constituições Estaduais, principalmente no que concerne aos direitos fundamentais. Assim, em situação de desvios, cabe o Poder Judiciário a interferência, a fim de realizar a análise da sua constitucionalidade, bem como de concretizar os direitos subjetivos ali envolvidos.

A atividade jurisdicional, inclusive e principalmente em âmbito de controle de constitucionalidade, deve redimensionar o seu foco de análise, investigando o fundamento de todos os atos estatais a partir dos objetivos

fundamentais do Estado inseridos na Carta Magna (art. 3º), bem como sobre os direitos fundamentais.

O controle jurisdicional é, destarte, aquele exercido pelo Poder Judiciário, mediante o qual são solucionadas as questões jurídicas postas à sua averiguação, em respeito ao princípio da inafastabilidade da apreciação de qualquer ameaça ou lesão a direito por parte de tal poder. Assim, o Poder Judiciário é responsável por zelar pelo ordenamento jurídico e pelo Estado Democrático de Direito, e, por isso, tem o dever precípua de, quando provocado, examinar toda e qualquer lesão ou ameaça de lesão a direitos dos cidadãos.

Esse poder conferido ao Judiciário, atrelado à gama de princípios e ao reconhecimento da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, conduz a uma maior participação do Poder Judiciário em questões relacionadas ao controle de constitucionalidade das leis e demais atos do Poder Público. Por consequência, fomenta a instrumentalidade do controle difuso de constitucionalidade, o que aumenta sobremaneira a legitimidade democrática do Poder Judiciário, que busca, acima de tudo, uma ordem democrática justa, com o respeito à Carta Magna por todos os entes da Federação.

Não restam dúvidas de que a instituição dos direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito alteraram profundamente a natureza da jurisdição, a qual é, acima de tudo, constitucional. A jurisdição não apenas sujeita o julgador ao cumprimento da lei, mas possibilita análise crítica do significado das normas infraconstitucionais frente aos princípios constitucionais, entre eles, o da inafastabilidade da jurisdição.

Dessa forma, quaisquer que sejam as normas públicas editadas pelos entes federados devem observar os princípios fundamentais ou, inexoravelmente, haverão de ser tidas como juridicamente insubsistentes, por meio do controle jurisdicional de constitucionalidade difuso, pela via incidental.

## REFERÊNCIAS

BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. 5. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/AIT/ait-05-68.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm)>. Acesso em: 4 fev. 2015.

\_\_\_\_\_. Convenção Americana de Direitos Humanos de 22.11.1969 – ratificada pelo Brasil em 25.09.1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf)>. Acesso em: 4 fev. 2015.

\_\_\_\_\_. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 4 fev. 2015.

\_\_\_\_\_. Declaração Universal dos Direitos do Homem 10.12.1948. Disponível em: <[http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/por.pdf](http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf)>. Acesso em: 4 fev. 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2000.

CLÉVE, Clémerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

\_\_\_\_\_; MARTINS, Leonardo. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DISTRITO Federal. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 145.589/RJ. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. 2 set. 1993. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28AI%24.SCLA.+E+145589.NUME.%29+OU+%28AI.ACMS.+ADJ2+145589.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/af52czd>>. Acesso em: 4 fev. 2015.

FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Trad. Alexandre Salim e outros. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FREITAS, Juarez. O intérprete e o poder de dar vida à constituição. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, v. 34, 2000.

HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Trad. Emilio Mikunda. Madri: Tecnos, 2002.

\_\_\_\_\_. *Teoría de la constitución como ciencia de la cultura*. Trad. Emilio Mikunda. Madri: Tecnos, 2000.

HAMILTON, Alexander; MADSON, James; JAY, John. *O federalista*. 3. ed. Campinas: Russell Editores, 2010.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

\_\_\_\_\_. *Escritos de derecho constitucional*. Trad. Pedro Cruz Villalón e Miguel Azpitarte Sánchez. Madri: Fundación Coloquio Jurídico Europeo e Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. Comentário ao artigo 5º, inciso XXXV. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coord.). *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

\_\_\_\_\_. *Técnica processual e tutela de direitos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. O controle incidental de normas no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, v. 760, p. 11, fev. 1999. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/o%20controle%20incidental%20de%20normas%20no%20direito%20brasileiro.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2015.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na constituição federal (processo civil, penal e administrativo)*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectiva de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

\_\_\_\_\_; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

WINCK, Fernando Pritsch. A concreção da teoria da vinculação dos direitos fundamentais nas relações interprivadas, através do controle incidental de constitucionalidade: uma análise à luz do princípio da solidariedade. Dissertação de Mestrado em Direito pela Unisc. Disponível em: <[http://www.unisc.br/portal/images/stories/mestrado/direito/dissertacoes/2013/fernando\\_wink.pdf](http://www.unisc.br/portal/images/stories/mestrado/direito/dissertacoes/2013/fernando_wink.pdf)>. Acesso em: 23 mar. 2015.

Submissão em: 16.11.2015

Avaliado em: 02.06.2016 (Avaliador B)

Avaliado em: 19.05.2016 (Avaliador C)

Avaliado em: 20.06.2016 (Avaliador D)

Aceito em: 14.09.2016



# DIALÉTICA DO ESCLARECIMENTO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: RAZÃO, CONSCIÊNCIA E EMANCIPAÇÃO

*DIALECTIC CLEARING IN THE STATE OF DEMOCRATIC RIGHT: REASON,  
CONSCIOUSNESS AND EMANCIPATION*

**Luciano Braz da Silva<sup>1</sup>**

Mestre em Filosofia do Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília –  
Univem, Marília/SP, Brasil

**ÁREA(S) DO DIREITO:** direito civil; filosofia.

**RESUMO:** O leitor tem em mãos, com esse artigo, um texto que faz justiça à pretensão fundamental de Habermas, qual seja, refletir sobre as esferas de ação integradas pelo agir comunicativo sob o ponto de vista da racionalidade jurídica. Os esforços de Jürgen Habermas para explicitar o nexo conceitual entre Estado de Direito e democracia integram-se nesse escopo, sendo levados a efeito a partir da retomada da clássica distinção entre facticidade e validade, legalidade e legitimidade. O artigo empreende uma análise acurada dos textos de Habermas, para demonstrar que o vínculo lógico entre Direito e democracia deriva do próprio conceito moderno do Direito, de acordo com o qual o direito positivo não pode mais extrair sua legitimidade

de uma esfera de legislação externa e superior à sua própria. O direito moderno deriva sua legitimação da autonomia igualmente garantida a todo cidadão, de tal maneira que as autonomias pública e privada são pressupostos recíprocos uma da outra.

**PALAVRAS-CHAVE:** razão comunicativa; emancipação; facticidade e validade do direito; democracia.

**ABSTRACT:** *The reader has at hand, with this article, a text that does justice to the fundamental claim of Habermas, that is, to reflect on the spheres of action for integrated communicative action from the point of view of legal rationality. The efforts of Jürgen Habermas to explain the conceptual link between rule of law and democracy that integrates scope, being carried out from the resumption of the classical distinction*

---

<sup>1</sup> Advogado. E-mail: brazadvogadoluciano@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/2499358345479734>.

*between facticity and validity, legality and legitimacy. The article analyzes the writings of Habermas accurate, to demonstrate that the logical link between law and democracy itself derives from the modern concept of law, according to which the positive law can no longer draw its legitimacy from a sphere of legislation and external superior to his own. The modern law derives its legitimacy autonomy equally guaranteed to all citizens, so that the public and private autonomy assumptions are reciprocals of each other.*

**KEYWORDS:** *communicative reason; emancipation; facticity and validity of law; democracy.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Razão prática & razão comunicativa: prognósticos para implementação do *medium* linguístico; 2 Mundo da vida e a construção das identidades: normatização e valoração para integração social; 3 A função do direito no mundo da vida; Considerações finais; Referências.

**SUMMARY:** *Introduction; 1 Reason practice & communicative reason: predictions for the implementation of the linguistic medium; 2 World of life and the construction of identities: standardization and evaluation for social integration; 3 The right function in the world of life; Final considerations; References.*

## INTRODUÇÃO

O presente artigo prisma o viés de duas perspectivas teleológicas assumidas no corpo do presente texto, a saber: conceitual (teórica) e estrutural (lógica). Em um primeiro momento incumbiu-se de ofertar ao leitor algumas considerações teóricas introdutórias que sustentaram todas as reflexões teóricas que decorrerão nas páginas sucessivas, por exemplo, a tensão existente entre a inter-relação do Direito com a linguagem naquilo que se refere sua facticidade e validade. Ora, entre as razões abordadas no pensamento de Habermas, essa se pauta como a principal, de onde, do conceito do agir comunicativo, atribui às forças ilocucionárias da linguagem orientada ao entendimento a função importante da coordenação da ação. A par disso, temos, ainda, a tarefa de esclarecer a questão de como a razão comunicativa faz a mediação com os fatos sociais e, mais ainda, em que sentido a razão comunicativa poderia incorporar-se aos fatos sociais? O presente artigo buscará enfrentar essas problemáticas de fundo (política-teóricas) no sentido de extrair da filosofia habermasiana a lógica estrutural teórica formulada sob o viés da razão comunicativa, que, mediante o uso da linguagem, os sujeitos findarão seus atos (pretensões de validade criticáveis) de fala no instante em que se fixar o entendimento formulado pelos mesmos.

Em um segundo momento, o presente artigo direcionará, de forma restrita, suas arguições aos problemas enfrentados por Habermas quanto à transformação da compreensão paradigmática do direito que se configura ora pelas liberdades subjetivas em prol das concorrências em particular, ora mediante reivindicações de benefícios, ideário do Estado de bem-estar social. Devemos considerar – a partir dos debates públicos – os aspectos relevantes para o tratamento igualitário ou desigual de casos típicos isolados, caso se queira assegurar aos atores sociais o devido reconhecimento pelo direito, bem como, sua organização particular e autônoma da própria vida condizente com seus direitos subjetivos.

Nos últimos tópicos, verificaremos as questões ligadas às complexidades da sociedade que impelem a ampliar as perspectivas restringidas etnocentricamente de modo a proporcionar a pluralização de formas de vida, as quais inibem as zonas de sobreposição ou de convergência de convicções que se encontram na base do mundo da vida. Este esboço é suficiente para levantar o problema típico das sociedades modernas: como estabilizar, na perspectiva própria dos atores, a validade de uma ordem social, na qual ações comunicativas tornam-se autônomas e claramente distintas de interações estratégicas? O direito passa, então, a ser visto como resposta adequada ao presente questionamento. Ao perceber que a linguagem, mesmo quando utilizada comunicativamente, não tem força suficiente para assegurar a integração social, devido ao multiculturalismo e às complexidades ideológicas que envolvem a sociedade moderna, torna praticamente impossível estabelecer uma base comum para regularização das questões problematizadas.

## **1 RAZÃO PRÁTICA & RAZÃO COMUNICATIVA: PROGNÓSTICOS PARA IMPLEMENTAÇÃO DO MEDIUM LINGUÍSTICO**

Concomitante ao uso da razão prática, produto da modernidade descrita como faculdade subjetiva, percebeu-se que, dado o transpassar dos conceitos aristotélicos para premissas da filosofia do sujeito, com efeito, houve uma espécie de desenraizamento que, por conseguinte, resultou no próprio desligamento da razão prática no que diz respeito às incorporações de formas de vida culturais e nas ordens da vida política.

Descrita sob aspecto e regularização individual, Habermas considera que a razão prática pode ser representada referencialmente como felicidade, ao que, de certo modo, sob a égide da autonomia do indivíduo moralmente agudizado “à liberdade do homem tido como um sujeito privado, que também pode assumir papéis de um membro da sociedade civil, do Estado e do mundo” asseguraria



sua autonomia racional-discursiva à composição das interações linguísticas. Sendo assim, com relação aos seus atos enquanto cidadão do mundo, o indivíduo confunde-se com o homem em geral – de forma que o homem passa ser considerado, simultaneamente, como um eu singular e geral<sup>2</sup>. Esses conceitos formulados à luz do repertório suscitado no século XVIII assumem ainda – no século XIX – uma dimensão histórica, ou seja, o sujeito singular é valorizado a partir da sua história de vida; nessa mesma perspectiva, os Estados – no âmbito das relações internacionais – passam a ser considerados a partir do teor proposto no sistema da história das nações. Coerente com essa linha, Habermas entende que

[...] tanto Hegel como Aristóteles estão convencidos de que a sociedade encontra sua unidade na vida política e na organização do Estado; a filosofia prática da modernidade parte da ideia de que os indivíduos pertencem à sociedade como os membros a uma coletividade ou como as partes a um todo que se constitui por meio da ligação de suas partes.<sup>3</sup>

Dados os efeitos oriundos dos processos tecnológicos e científicos, a sociedade moderna, erigida e regulada sob o esteio da modernização, agregou, em sua substância, considerável complexidade estrutural e teórica ao ponto de essas duas figuras de pensamento – a de uma sociedade formada sob os modelos do Estado e a da sociedade composta de indivíduos – não poderem mais ser utilizadas indistintamente. Considerando os fenômenos e os efeitos que circunscrevem tais figuras, constatam-se duas situações peculiares.

Em um primeiro momento, visualizamos a figura do Estado que passa a formar um subsistema atrelado, paralelamente, a outros subsistemas que, funcionalmente especificados, integram o organismo social como um todo; estes, por sua vez, “encontram-se numa relação configurada como ‘sistema-mundo circundante’, o mesmo acontecendo com as pessoas e sua sociedade”. Para Habermas, Luhmann, partindo da ideia hobbesiana da autoafirmação naturalista dos indivíduos, praticamente elimina a razão prática por meio da autopoiesis de sistemas dirigidos auto-referencialmente. Destarte, acredita-se que os “esforços de reabilitação e as formas empiristas retraídas já não mais

<sup>2</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. I. 2. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 37.

<sup>3</sup> Idem, p. 17.

conseguem devolver ao conceito da razão prática a força explanatória que ele tivera no âmbito da ética e da política, do direito racional e da teoria moral, da filosofia da história e da teoria da sociedade”<sup>4</sup>.

Muito embora essas questões levantadas sejam definidas com certo receio no que se refere ao aspecto qualitativo de sua essência, a bem da verdade, a filosofia da história pode sim decifrar elementos de racionalidade consideráveis, do ponto de vista cognoscível, elaborados no decorrer dos processos históricos. Entretanto, esses elementos de racionalidade restringem-se tão somente àqueles engendrados e introduzidos por ele mesmo a partir dos conceitos pontuais teleológicos; todavia, sob a perspectiva filosófica habermasiana, seria falacioso, senão dogmático, extrair da constituição histórica e natural do homem imperativos normativos para uma conduta racional da vida humana. Ora, nossa situação é nitidamente diferente daquelas ocorridas no passado, vivemos em uma sociedade totalmente pluralista – fruto da modernidade –, portanto, não há em nossa sociedade nenhum consenso substantivo sobre valores que definiria a melhor forma de vida para o ser humano, como alhures ocorria naquelas sociedades tradicionais por meio dos sistemas éticos vinculados à religião<sup>5</sup>. Na esteira de suas considerações, Habermas aponta ainda uma crítica à antropologia, afirmando que,

Não menos que a filosofia da história, uma antropologia nos moldes de Scheler ou de Gehlen é alvo de crítica das ciências que a antropologia tenta em vão tomar a seu serviço – as fraquezas de uma são simétricas em relação às da outra. A renúncia contextualista à fundamentação também não convence, uma vez que se limita a responder as fracassadas tentativas de fundamentação da antropologia e da filosofia da história, teimando em invocar a força normativa do fático. A enaltecida linha de desenvolvimento do Estado Democrático de Direito do “Atlântico Norte” certamente nos proporcionou resultados que merecem ser preservados; todavia, os que casualmente não se encontram entre os felizes

<sup>4</sup> Idem, p. 18.

<sup>5</sup> SILVA, Luciano Braz. Considerações de Jürgen Habermas para a filosofia do direito do século XXI: os limites e possibilidades da democracia, do Estado Democrático de Direito e dos Direitos Humanos. Dissertação (Mestrado em Filosofia do Direito). Mestrado em Direito. Centro Universitário Eurípedes de Marília. Marília, 2013. p. 148.

herdeiros dos fundadores da constituição americana não conseguem encontrar, em sua própria tradição, boas razões que aconselhem a separar o que é digno de ser conservado daquilo que merece crítica.<sup>6</sup>

Com isso, evidenciou-se a insuficiência do normativismo do direito, registrado a partir do colapso da figura da razão prática pela filosofia do sujeito, como Habermas aponta que não haveria mais condições para fundamentar seus conteúdos com base na teleologia da história, bem como, na constituição do homem ou no fundo casual de tradições “bem sucedidas”; nesse sentido, o normativismo do Direito, quando confrontado às contingências sociais, não pode corresponder à segurança jurídica esperada. Para o filósofo, isso explicaria a razão de, ainda, nos parecer atrativa a única opção que restara em aberto, que seria a do desmentido intrépido da razão em geral nas formas dramáticas de uma crítica da razão pós-nietzscheana, ou à maneira sóbria do funcionalismo das ciências sociais, que neutraliza qualquer elemento de obrigatoriedade ou de significado na perspectiva dos participantes<sup>7</sup>.

Vemos que a razão prática foi tomada, até o período hegeliano, como instrumento regulador do indivíduo em seu agir, o direito natural configurava – com seu poder normativo – a única e correta ordem política e social. Entretanto, ocorrendo a transposição do conceito da razão para o médium linguístico e se o aliviarmos da ligação exclusiva com o elemento moral, o conceito de razão passará a considerar outros elementos teóricos, até então ignorados. Segundo a concepção descrita em Direito e democracia, é próprio da modernidade a identificação da razão prática a uma faculdade subjetiva constituída a partir do sujeito singular ou da concepção de um macro sujeito. No campo da filosofia prática, o indivíduo é descrito por uma ótica solipsista que pensa e interpreta o mundo e a história a partir de si mesmo. Logo, entende-se que a razão, por estar ligada à faculdade subjetiva, tornou-se, concomitantemente, uma razão de cunho normativista. Com essa premissa, tem-se que, do conteúdo normativista da razão prática, permite-se à modernidade oferecer ao indivíduo uma alternativa aos problemas que afetam tanto sua vida como da comunidade. Nesse sentido, o indivíduo passa a ser entendido como sede de toda moralidade e de toda

<sup>6</sup> HABERMAS, Jürgen. Op. cit., p. 18.

<sup>7</sup> SILVA, Luciano Braz. Considerações de Jürgen Habermas para a filosofia do direito do século XXI: os limites e possibilidades da democracia, do Estado Democrático de Direito e dos Direitos Humanos. Dissertação (Mestrado em Filosofia do Direito). Mestrado em Direito. Centro Universitário Eurípides de Marília. Marília, 2013. p. 151.

politicidade, podendo servir aos objetivos descritivos da reconstrução de estruturas da competência e da consciência, além de possibilitar a conexão com modos de ver funcionais e com explicações empíricas<sup>8</sup>. Para que isso ocorresse, caberia à razão prática servir de guia para a ação do indivíduo, oferecendo-lhe orientações normativas em sua ação, cabendo ao direito natural, por sua vez, a institucionalização dessa ação em termos sociopolíticos.

Entretanto, nas sociedades modernas, o normativismo herdado da razão prática se faz presente mediante a organização democrática da sociedade, que se administra via processos burocráticos com suas diretrizes voltadas à associação entre Estado e Economia. Conseqüentemente, o direito racional será conduzido a um trilema: dado o fato da substituição da razão prática pela filosofia solipsista, doravante não se concebia mais a ideia de buscar o conteúdo do direito racional em uma teologia da história, na essência do homem, ou, ainda, recorrer ao “sucesso” das tradições culturais. Com a ausência de uma proposta normativa que pudesse guiar e regular as ações em um plano individual ou social, abrem-se, assim, os espaços para a recusa da razão em seu todo. Em outras palavras, com o desaparecimento da instância de conteúdo que possibilitava o ingresso imediato para a práxis em geral, gera-se uma ausência de sentido que, em última instância, confundir-se-á com a recusa mesma da racionalidade. Essa anomia torna-se evidente em decorrência da ausência de uma base normativa, de um conteúdo que ofereça orientações para as ações. Discordando desse horizonte, Habermas – por meio da reviravolta linguística – substitui a razão prática pela razão comunicativa, estabelecendo a junção entre o conceito de racionalidade e o médium linguístico<sup>9</sup>; à vista da fala fundamentada na racionalidade do télos linguístico, os sujeitos podem sim chegar a um entendimento com relação a algo do mundo. Em função desse entendimento, os sujeitos de fala deverão tão somente se submeter ao poder coercivo da razão.

Contudo, diferentemente da razão prática, a razão comunicativa não está arrolada às limitações e ingerências de um macrossujeito sociopolítico nem, muito menos, de algum ator singular, ou seja, a razão comunicativa não está adscrita a nuances pré-estabelecidas de ação. A razão comunicativa, portanto, por não ser uma norma de ação, passa a ser apresentada como instrumento que regulariza as possibilidades e os limites ao entendimento. Nesse sentido, o que torna a razão comunicativa possível é o médium linguístico, com o qual as

<sup>8</sup> HABERMAS, Jürgen. Op. cit., p. 19-20.

<sup>9</sup> Idem, *ibidem*.

interações se associam e as formas de vida se estruturam. Os discursos ocorridos nos espaços públicos democráticos podem conduzir à formulação de um sistema de direitos e de uma vontade política racional que se vincula a uma concepção de solidariedade cívica ou de patriotismo constitucional, que é necessário à implementação de instrumentos que tragam soluções aos emergentes conflitos decorrentes da convivência (interna e externa) nos contextos de diversidades culturais. Ao mesmo tempo, então, em que, os discursos proferidos nos espaços públicos destinados aos atos de fala constituem exercício efetivo da soberania popular, produzirão também concepções intersubjetivas de direitos fundamentais das quais se poderão pensar em condições e possibilidades de reconstruir a legitimidade dos Direitos Humanos com o objetivo de serem afirmados como direitos fundamentais universais<sup>10</sup>.

### 1.1 RAZÃO COMUNICATIVA: PRESSUPOSTOS DE VALIDADE AO ENTENDIMENTO

O conceito de racionalidade comunicativa, em um primeiro aspecto, deve ser interpretado considerando as diversas formas de desempenho discursivo (*diskursive Einlösung*) que lhe conferem pretensões de validade. Por outro lado, seu segundo aspecto, as relações que abarcam as ações comunicativas, exige que os participantes, ao entrarem em contato com o mundo (reclamando), façam-no com intento de trazer legitimidade para suas manifestações ou emissões, de forma que, assegura Habermas, a descentração da compreensão do mundo provou ser a dimensão mais importante da evolução das imagens do mundo<sup>11</sup>. Dadas às proposições que integram a base da validade de fala, entende Habermas que seu conteúdo também se comunica às formas de vida reproduzidas pela via do agir comunicativo:

A racionalidade comunicativa manifesta-se num contexto descentrado de condições que impregnam e formam estruturas, transcendentalmente possibilitadoras; porém, ela própria não pode ser vista como uma

<sup>10</sup> POKER, José Geraldo A. B. A democracia e o problema da racionalidade. In: MARTINS, Clélia Aparecida; POKER, José Geraldo (Org.). *O pensamento de Habermas em questão*. Marília: Oficina Universitária Unesp. 2008. p. 65.

<sup>11</sup> HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Racionalidad de la acción y racionalización social. Trad. Manuel Jimenez Redondo. Madri: Taurus, t. I, 2010. p. 107.

capacidade subjetiva, capaz de dizer aos atores o que devem fazer.<sup>12</sup>

Contudo, diferente da razão prática, a razão comunicativa não determina modelo para a ação, ou seja, a razão comunicativa não é definida como fonte primária das normas do agir. Na filosofia habermasiana, a razão comunicativa não é vista como norma de ação; antes, recebe um *status* que a qualifica como condição possibilitadora e, ao mesmo tempo, limitadora do entendimento. Entretanto, em uma perspectiva normativa, Habermas entende que ela só passa a ser compreendida nessa ótica (normativa) na medida em que o sujeito que age comunicativamente se vê obrigado a apoiar-se em pressupostos pragmáticos de tipo contrafactual. Isso significa dizer que o sujeito será obrigado a levar a efeito algumas idealizações, como, por exemplo, a “atribuir significado idêntico a enunciados, a levantar uma pretensão de validade em relação aos proferimentos e a considerar os destinatários imputáveis, isto é, autônomos e verazes consigo mesmos e com os outros”<sup>13</sup>. Do uso de pressupostos pragmáticos de ordem contrafactual, chega-se à formulação de algumas idealizações que, a partir do factual, passam, então, a apontar para o contrafactual, ou seja, ao entender-se sobre algo no mundo a partir do médium linguístico, surge uma tensão entre realidade e ideia. Por certo, com o uso da linguagem, “inevitavelmente” suscitamos algumas idealizações, que se podem opor ao acordo (consenso) fáctico. Ora, certamente assumido tal posicionamento, o sujeito que age comunicativamente não será confrontado com uma ordem determinando um “ter que” prescritivo que seria uma regra de ação; antes, o mesmo se deparará a um “ter que” de uma “coerção transcendental fraca”, cujo fundamento deontológico segue impresso em mandamentos de ordem moral, bem como de validade axiológica de uma constelação de valores preferidos ou da eficácia empírica de uma regra técnica. Esse leque de idealizações, que certamente irá surgir, é definido como sendo a base contrafactual de uma prática que converge para o entendimento factual. Entretanto, considera Habermas que

[...] pode voltar-se criticamente contra seus próprios resultados, ou transcender-se a si própria. Deste modo, a tensão entre ideia e realidade irrompe na própria facticidade de formas de vida estruturadas linguisticamente. Os pressupostos idealizadores

<sup>12</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia...*, p. 20.

<sup>13</sup> Idem, *ibidem*.

sobrecarregam, sem dúvida, a prática comunicativa cotidiana; porém, sem essa transcendência intramundana, não pode haver processos de aprendizagem.<sup>14</sup>

Por essas perspectivas, a razão comunicativa passa não somente a ser considerada, mas também – no viés de uma ótica funcional –, assume uma identidade que a descreve como sendo um componente de uma teoria reconstrutiva da sociedade. Sendo assim, pode-se dizer que a razão comunicativa assume um caráter instrumental, que fornece aos sujeitos uma orientação na base de pretensões de validade; no entanto, ela mesma não fornece nenhum tipo de indicação concreta para o desempenho de tarefas práticas, pois não é informativa, nem imediatamente prática. Logo, a razão comunicativa – por um lado – abarca todo o espectro de pretensões de validade da verdade proposicional, da veracidade subjetiva e da correção normativa; com efeito, passando a transcender o âmbito prático e moral. Por outro lado, a razão comunicativa mediará as intelecções e as alegações assertivas criticáveis e abertas que julgar verdadeiras (ou não) para o esclarecimento argumentativo, estando, nesse aspecto, aquém das pretensões de uma razão prática que visa à motivação e à condução da vontade<sup>15</sup>. A normatividade, portanto, no sentido da orientação obrigatória do agir, não coincide com a racionalidade do agir orientado pelo entendimento em seu todo. A normatividade e a racionalidade intercalam-se no campo da fundamentação de compreensões morais, obtidas sob a perspectiva de um enfoque hipotético, no qual ambas detêm certa força de motivação racional; entretanto não são capazes de garantir por si mesmas a transposição das ideias para um agir motivado<sup>16</sup>.

Mediante a ação comunicativa, os sujeitos passam a integrar, em conjunto, o mundo da vida, o mundo social e o mundo subjetivo, que estavam isolados em outros tipos de ação. A proposta acoplada na ação comunicativa assegura a participação democrática de todos, que doravante poderão compartilhar ideias e estabelecer consenso. Nesse sentido, os sujeitos, ao estabelecerem relações com o mundo, apresentam suas pretensões de validez sempre suscetíveis a críticas.

---

<sup>14</sup> Idem, p. 21.

<sup>15</sup> SILVA, Luciano Braz. Considerações de Jürgen Habermas para a filosofia do direito do século XXI: os limites e possibilidades da democracia, do Estado Democrático de Direito e dos Direitos Humanos. Dissertação (Mestrado em Filosofia do Direito). Mestrado em Direito. Centro Universitário Eurípides de Marília. Marília, 2013. p. 156.

<sup>16</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia...*, p. 21.



Por entendimento, faz-se menção a um processo discursivo racional que leva os sujeitos ao convencimento objetivado entre as partes.

Não obstante os arrazoados conceitos tradicionais da razão prática, o diagnóstico habermasiano constata que ainda está incutida, na teoria contemporânea do Direito e da democracia, a prática de se buscar um engate na já formulada conceituação clássica. A teoria contemporânea toma como ponto de partida “a força social integradora de processos de entendimento não violentos, racionalmente motivadores, capazes de salvaguardar distâncias e diferenças reconhecidas, na base da manutenção de uma comunhão de convicções”<sup>17</sup>. Em uma leitura weberiana apresentada por Habermas quanto ao direito moderno, entende-se que, na medida em que o direito moderno se converte em um meio de organização da dominação política, há que se questionar a legalidade dessa dominação; ou seja, esta reclama uma legitimação que satisfaça as necessidades de fundamentação que o direito moderno estruturalmente tem. Esta legitimação serve, por exemplo, como uma constituição que se pode interpretar como sendo a expressão de um acordo formulado racionalmente por todos os sujeitos (cidadãos).

*Nuestras asociaciones actuales, sobre todo las políticas, tienen el tipo de dominación que hemos llamado “legal”. Es decir, lo que legitima al que tiene el poder de mando son unas reglas racionalmente estatuidas, pactadas o impuestas, y la legitimación para establecer tales normas se basa en una “constitución” racionalmente estatuida o interpretada.*<sup>18</sup>

A teoria da política e do Direito, dada a tensão entre a facticidade e a validade, ambas decompõem-se, atualmente, em grupos que nada têm a dizer um ao outro, ou seja, no que diz respeito aos aspectos teleológicos e deontológicos, ambas não se correspondem. O diagnóstico aponta a presença de uma tensão instalada entre princípios normativistas – que correm o risco de perder o contato com a realidade social, – e princípios objetivistas – que deixam fora de foco qualquer aspecto normativo –; ao que, por sinal, Habermas aduz – em um caráter exortativo – certa admoestação no sentido que não nos fixemos em uma única orientação disciplinar, e, sim; nos mantenhamos abertos a diferentes posições metódicas, ou seja, que os sujeitos assumam um posicionamento dual participante *versus* observador. Ainda sim, devemos estar abertos a diferentes

<sup>17</sup> Idem, p. 22.

<sup>18</sup> HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa...*, p. 305.



finalidades teóricas, bem como assumirmos diferentes perspectivas de papéis, como a de um juiz, um político, a do legislador, do cliente e do cidadão, e, quanto à pesquisa, devemos ter variados enfoques pragmáticos, a saber: hermenêuticos, críticos, analíticos, etc. Por esta razão, considera Habermas que

[...] questões da teoria do direito rompem a limine o quadro de uma reflexão meramente normativa. Apoiada no princípio do discurso, a teoria do direito – e do Estado de Direito – precisa sair dos trilhos convencionais da filosofia política e do direito, mesmo que continue assimilando seus questionamentos.<sup>19</sup>

Nessa perspectiva, Habermas considera que a teoria do Direito passa a transcender o quadro de uma reflexão estrita e rigorosamente normativa, produto do uso da razão comunicativa.

## 1.2 A LINGUAGEM E O DIREITO: TENSÃO ENTRE FACTICIDADE E VALIDADE

Dadas as figuras predominantes da política e do mercado, o sistema econômico, destacado pelos liberais, confronta-se com objetivos e ideologias traçados pelos social-democratas, que buscam compensar a preponderância econômica com as intervenções do sistema político. A proposta fomentada pela escola do liberalismo aponta para uma competição de mercado livre e independente, como fator de regulação social, o que, por conseguinte, resulta em desigualdades materiais entre os indivíduos, assim como na monopolização e na duradoura crise da economia de mercado. No entanto, a proposta trazida pelos ideários do Estado de bem-estar social, que buscam concretizar no mundo da vida – por meio do controle de mercado – a igualdade material fomentada pela intervenção do sistema político no mundo da vida, não obstante os desarranjos e transtornos burocráticos a serem resolvidos O Estado liberal e o Estado de bem-estar confrontam-se reciprocamente, o que, de certa forma, prejudica, desestabilizando a manutenção da ordem social no seu todo e, por conseguinte, faz suscitar, no espírito da sociedade, uma descrença a uma possível estabilidade social. Dada descrição da sociedade moderna, o médium do direito apresenta-se como um instrumento – que tende a equalizar as disparidades existentes oriundas do confronto entre Estado liberal e Estado de bem-estar, especialmente na figura moderna do direito positivo – de colonização do mundo da vida, na

<sup>19</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia...*, p. 23.

medida em que as relações sociais cotidianas e familiares estão a cada dia mais impregnadas pela “juridificação”<sup>20</sup>.

As discussões em torno do conceito de Direito, de sistema de direitos e de Estado Democrático de Direito permitiram inserir um elemento intermediário entre a solidariedade da ação comunicativa no mundo da vida e a instrumentalidade dos sistemas que operam estrategicamente. Destarte, o Direito, via sistema jurídico, representa o instrumento pelo qual opera o intercâmbio entre o mundo da vida e os sistemas, bem como entre ação comunicativa e estratégica. A partir do conceito do agir comunicativo – em que encontramos forças ilocucionárias da linguagem orientada ao entendimento – podemos visualizar – no próprio conceito – sua função peculiar e necessária à coordenação da ação. Para Habermas, a tensão entre facticidade e validade, que se introduz no próprio modo de coordenação da ação, coloca exigências elevadas para a manutenção de ordem social. Portanto, torna-se indiscutível que, tanto o mundo da vida como também as instituições que surgem naturalmente, e o próprio direito, têm que aniquilar as instabilidades de um tipo de socialização que se estrutura e se realiza com as tomadas de posição em termos de sim e de não, que seguem instauradas em face de pretensões de validade criticáveis.

À vista dos sistemas sociais que integram o mundo da vida, a sociedade moderna, marcada pelo pluralismo, multiculturalismo e, sobretudo, a complexidade emergente, revela-se no papel preponderante do Direito, no que diz respeito à sua função social integradora. Dada essa perspectiva, entende-se que o Direito funciona como um instrumento que regula e integra o mundo social, bem como as relações que ocorrem nesse campo. Dado seu caráter transformador atuante no campo das reivindicações suscitadas no mundo da vida – comumente expressas em linguagens habituais do cotidiano segundo a racionalidade comunicativa e a racionalidade estratégica dos sistemas sociais –, o direito oferece aos sujeitos duas vias que podem ser utilizadas a pretexto da finalidade das suas reivindicações. Por um lado, temos a figura da solidariedade da ação comunicativa atuante no mundo da vida; por outro, temos a figura da lei que, mediante seu poder coercitivo, regula as ações dos sujeitos que atuam na esfera do mundo social. Considerando a função social integradora que o Direito exerce, a mesma não pode ser realizada tão-somente pelo entendimento inerente ao mundo da vida, tampouco pelos sistemas funcionais reguladores, sobretudo

<sup>20</sup> DURÃO, Aylton Barbieri. A tensão interna entre facticidade e validade no direito segundo Habermas. In: MARTINS, Clélia Aparecida; POKER, José Geraldo (Org.). *O pensamento de Habermas em questão*. Marília: Oficina Universitária Unesp, 2008. p. 15.

o sistema econômico e político especializados na racionalidade estratégica. Habermas vê, na figura do Direito positivo moderno, a possibilidade de assimilar – via ação comunicativa – a tensão entre facticidade e validade. Precisamente, essa é a razão pela qual Habermas considera que o conceito do agir comunicativo atribui às forças ilocucionárias da linguagem orientada ao entendimento a função importante da coordenação da ação<sup>21</sup>. Os atos ilocucionários trazem, em seu bojo, por meio da força comunicativa do enunciado, a execução de uma ação; daí, conclui-se a vinculação entre agir comunicativo e a força dos atos ilocucionários, da qual, a partir desse patamar, poder-se-á delinear uma nova relação entre facticidade e validade por meio do médium linguístico<sup>22</sup>.

Não obstante a transição da razão prática para a ação comunicativa possa significar uma ruptura com a tradição normativa, a filosofia de Habermas não descarta as preocupações de ordem fundamental que tratam dos problemas que assolam o mundo da vida. Por um lado, temos a estrutura e o sentido de validade dos direitos subjetivos; por outro, temos as conotações idealistas de uma comunidade jurídica (ideal de fala) e, por tratar-se de uma associação constituída por cidadãos livres e iguais, essa comunidade determina, por si mesma, as regras de sua convivência. Ora, a sociedade moderna, dentre outras características que lhes são peculiares, traz destacado, em sua identidade, o multiculturalismo ideológico pluralista, o que suscita indagações quanto à possibilidade (ou não) de se coordenar, entre si, os planos de ações dos vários sujeitos, de tal modo que as ações de um partido (atores) possam estar atreladas (relacionadas) nas práticas do outro. Habermas considera que o possível entrelaçamento “contínuo reduz o jogo das possibilidades de escolha, duplamente contingente, a uma medida que possibilita o entrelaçamento menos conflituoso possível de intenções e ações, portanto o surgimento de padrões de comportamento e da ordem social no geral”<sup>23</sup>. A par disso, temos, ainda, a tarefa de esclarecer a questão de como a razão comunicativa faz a mediação com os fatos sociais e, mais ainda, em que sentido a razão comunicativa poderia incorporar-se aos fatos sociais? Fugindo ao risco de não confundir razão e realidade, Habermas procura demonstrar que a tensão entre facticidade e validade, inerente à linguagem, migra desta para o Direito; enquanto a linguagem é utilizada apenas como médium para transmissão de informações e redundâncias, a coordenação ocorre por meio

---

<sup>21</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia...*, p. 25.

<sup>22</sup> MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do direito em Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999. p. 114.

<sup>23</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia...*, p. 36.

da influência recíproca de atores que agem uns sobre os outros de modo funcional. Portanto:

Tão logo, porém, as forças ilocucionárias das ações de fala assumem um papel coordenador da ação, a própria linguagem passa a ser explorada como fonte primária da integração social. É nisso que consiste o agir comunicativo.<sup>24</sup>

A partir das proposições lógicas inseridas no contexto de fala, os sujeitos, na qualidade de falantes e ouvintes, tentam ajustar – a partir de um acordo de fala racional – interpretações comuns, formuladas com o foco no contexto da fala e com a finalidade de harmonizar entre si seus respectivos planos, via processo de entendimento, pelo caminho de uma busca incondicionada de fins ilocucionários. Sendo assim, no instante em que os sujeitos de fala suspendem o enfoque objetivador de um observador e de um agente interessado imediatamente no próprio sucesso, e passam a incorporar um enfoque performativo de um falante que busca se entender como uma segunda pessoa sobre algo no mundo, as energias de ligação da linguagem podem ser impulsionadas (mobilizadas) para a coordenação de planos de ação. Partindo dessas proposições lógicas de atos de fala, exposições ilocucionárias de atos de fala podem visar a um efeito performativo na ação, ou seja, da resposta afirmativa do destinatário a uma oferta séria, conseqüentemente, resultam obrigações que se tornam relevantes para as conseqüências da ação<sup>25</sup>. Surge, assim, a vinculação entre agir comunicativo e a força dos atos ilocucionários, e, a partir dessas premissas, poder-se-á delinear uma nova relação entre facticidade e validade por meio do médium linguístico.

### **1.3 A FUNÇÃO INSTRUMENTAL DO AGIR COMUNICATIVO: INTEGRAÇÃO, MANUTENÇÃO E ORDEM SOCIAL**

Do exame aplicado que nos propusemos até aqui com relação ao significado e ao conceito daquilo que se entende por expressões linguísticas e por validade de preposições assertóricas, percebemos que, para Habermas, dado esse estudo, tocamos em idealizações que seguem conectadas ao médium da linguagem. Ademais o conceito, bem como seu significado, a idealidade que dele se extrai, sua generalidade, são acessíveis mediante uma análise pragmática da linguagem utilizada para o entendimento mútuo. Com isso, as

<sup>24</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>25</sup> Idem.

idealizações conectadas na linguagem podem assumir um significado relevante para a teoria da ação, o que se poderia constatar na hipótese em que as forças de ligação ilocucionárias de atos de fala sejam utilizadas com a finalidade de coordenação de planos de ação de diferentes atores. O conceito habermasiano do agir comunicativo, que estabelece o entendimento linguístico como premissa fundamental para o mecanismo de coordenação da ação, faz com que as suposições contrafactuais dos atores, que orientam seu agir por pretensões de validade, adquiram relevância imediata para a construção e a manutenção das ordens sociais. Com isso, Habermas pretende demonstrar como a tensão entre facticidade e validade – inerente à linguagem – está pragmaticamente interligada (simbiose) com a integração de indivíduos socializados comunicativamente. Do entendimento linguístico sucede a manutenção das ordens sociais subjacente ao reconhecimento de pretensões de validade normativa que, advém da ligação dos atos ilocucionários de fala reconhecidos mutuamente<sup>26</sup>.

Ao postulado da concretizada ordem social, corolário do entendimento mútuo, liga-se a integração social, predicado este compreendido como a solução do seguinte problema: como é possível coordenar entre si os planos de ação de vários atores, de tal modo que as ações de um partido possam ser “engatadas” nas do outro? A integração social é, assim, descrita pelo “engate” das múltiplas perspectivas de ação, de modo que tais perspectivas possam ser resumidas em ações comuns, ou seja, restringem-se às possibilidades de escolha e, conseqüentemente, aos possíveis conflitos.

Tal engate contínuo reduz o jogo das possibilidades de escolha, duplamente contingentes, a uma medida que possibilita o entrelaçamento menos conflituoso possível de intenções e ações, portanto o surgimento de padrões de comportamento e da ordem social em geral. Enquanto a linguagem é utilizada apenas como médium para a transmissão de informações e redundâncias, a coordenação da ação passa por meio da influência recíproca de atores que agem uns sobre os outros de modo funcional.<sup>27</sup>

Além disso, no ato de integração social, as diversas perspectivas de comportamento são direcionadas para um fim comum que possibilita,

---

<sup>26</sup> Idem, p. 35.

<sup>27</sup> Idem, p. 36.

concomitantemente, tanto a realização de uma determinada ação como também sua mobilização para um *status* do qual venha a ser gerada uma adesão. Porém, tão logo as forças ilocucionárias das ações de fala assumem um papel regulador na ação, a própria linguagem passa a ser explorada como fonte primária da integração social; aliás, nisso consiste o agir comunicativo. Nessa perspectiva, consoante a função reguladora proporcionada pela força ilocucionária da ação de fala, temos a conexão entre as diversas alternativas de condutas fomentadas. Dessarte, criam-se padrões de comportamento, de modo a tornar menos conflituosas as interações entre os sujeitos. É exatamente o redirecionamento das diversas alternativas de ação que possibilita o surgimento de uma ordem social, uma vez que esse redirecionamento reduz as alternativas a uma medida comum que passa a reduzir o risco do dissenso. Ademais, os atores, na qualidade de falantes e ouvintes, empenham-se em negociar interpretações comuns da situação e estabelecer entre si concordâncias com relação aos seus respectivos planos, por meio de processos de entendimento e pelo caminho de uma busca incondicionada de fins ilocucionários. Os planos de ação ficam, então, condicionados a um posicionamento a ser tomado pelos participantes, que consiste no ato de suspender o enfoque objetivador de um observador, bem como de um agente interessado, imediatamente, no próprio sucesso e, doravante, passam a adotar um enfoque performativo que corresponda ao de um falante que deseja entender-se como uma segunda pessoa sobre algo no mundo. Logo, as energias de ligação da linguagem podem ser mobilizadas para a coordenação de planos de fala<sup>28</sup>, de tal modo que ofertas de atos de fala podem visar um efeito coordenador na ação, pois da resposta afirmativa do destinatário a uma oferta séria resultam obrigações que se tornam relevantes para as consequências da interação.

No uso da linguagem como médium da socialização, no qual o agir comunicativo está referido, podemos visualizar a instrumentalidade (função) da ação de fala orientada pelo entendimento. A partir dessa instrumentalidade, o sujeito pode recorrer, adequadamente, a algumas pretensões de validade com relação à sua fala, na qual se dá o processo de formação do seu “eu”, ou seja, dada a possibilidade real de atuação incutida no agir comunicativo, gradativamente, o sujeito da fala obterá autonomia e atuação interativa com os demais sujeitos, em que o agir comunicativo está inserido; participantes unem-se em torno da pretensa validade de suas ações de fala, ou constatarem dissensos, os quais eles, de comum

<sup>28</sup> Idem, *ibidem*.

acordo, levarão em conta no decorrer da ação comunicativa. Nossas ações de fala situam-se em um mundo da vida compartilhado intersubjetivamente, que, mediado por um pano de fundo consensual, nos possibilita um entendimento prévio sobre algo. Avalia Habermas que, em qualquer ação de fala, são levantadas pretensões criticáveis, as quais apontam para o reconhecimento intersubjetivo<sup>29</sup>. Em sua leitura, Luiz Moreira levanta uma ressalva quanto à situação em que essa estrutura básica não se mostra suficiente para garantir a integração social, ao que, por conseguinte, surgirá a possibilidade do dissenso ou a respectiva necessidade de legitimar racionalmente nossas pretensões. Daí, quando a pergunta crítica pelo por quê de tal conduta se instala, é necessário que a busca dos fins ilocucionários de nossas ações de fala passe a coordená-las<sup>30</sup>.

## **2 MUNDO DA VIDA E A CONSTRUÇÃO DAS IDENTIDADES: NORMATIZAÇÃO E VALORAÇÃO PARA INTEGRAÇÃO SOCIAL**

Qualquer ato de fala, por meio do qual um falante se entende com um outro sujeito sobre algo no mundo, circunscreve a expressão linguística em três referências com o mundo: em referência com um falante, com o ouvinte e com o mundo. Sob a perspectiva das formações de interações, nós nos ocupamos – segundo Habermas – principalmente do segundo aspecto, configurando assim as relações interpessoais. Concomitante às implementações das relações interpessoais, os participantes da interação assumem ações coordenadas a que subjazem atos de fala. Entretanto, há uma ressalva quando estamos diante de uma situação preenchida por uma única função da linguagem, dado que, desse modo, o insucesso dos atos de fala será inevitável<sup>31</sup>. Os atos de fala, como já analisamos em linhas anteriores, servem, em geral, à coordenação, ao que possibilitam aos atores o consenso ou acordo racionalmente motivado; e, nisso, há a contribuição das outras duas funções da linguagem, a saber: a representação e a expressão. Portanto, diferente do referencial tomado pelo ator, o ponto de vista da coordenação dos atos de fala encontra-se em um nível abstrato, não se confundindo com o do primeiro, dado o fato de que o referencial utilizado pelo ator visa a produzir diretamente uma determinada relação interpessoal. A integração social passa ser estabelecida mediante a coordenação da ação,

---

<sup>29</sup> Idem.

<sup>30</sup> MOREIRA, Luiz. Op. cit., p. 123.

<sup>31</sup> HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990. p. 95.



que toma o mundo da vida compartilhado intersubjetivamente pelos seus participantes.

Enquanto falante e ouvinte se entendem frontalmente acerca de algo no mundo, as ações de ambos se desenvolvem dentro do horizonte do seu mundo da vida em comum, e este continua a ser, para os intervenientes, como um pano de fundo intuitivamente conhecido, não problemático, indismembrável e holístico. Nesse sentido, o mundo da vida forma um horizonte e, ao mesmo tempo, oferece para os sujeitos da fala um conjunto de evidências culturais das quais os participantes, no ato de comunicar e nas suas interpretações, extraem padrões de interpretações consentidos. A situação do discurso é, no que respeita à temática respectiva, o excerto de um mundo da vida que tanto constitui o contexto como fornece as condições para o processo de compreensão<sup>32</sup>. A aclarada descrição aponta aos sujeitos uma nova perspectiva que permite inquirir acerca da contribuição das ações comunicativas à reprodução de um mundo da vida. Nesse sentido, o mundo da vida, visto como o horizonte de convicções comuns e indubitáveis, suscita novos conhecimentos familiares em consequências dos discursos que são proferidos nas arenas em que os atos de fala ocorrem. O mundo da vida é, em outras palavras, um bloco de modelos consentidos de interpretação, de lealdade e práticas<sup>33</sup>.

Para Habermas, a posição fenomenológica husserliana espelha-se na filosofia da consciência da qual se entende que o eu solipsista é responsável pelo conhecimento do conteúdo do mundo da vida, seja ele um objeto, ou outros indivíduos, ou até mesmo o reconhecimento do próprio eu como parte do mundo já conhecido. Tal concepção é afastada por Habermas, que toma a filosofia da linguagem como instrumento pelo qual se explicitam o conhecimento e o entendimento dos indivíduos construídos intersubjetivamente<sup>34</sup>. Logo, ao executar um plano de ação, o ator domina uma situação que faz parte do mundo contextualizado e interpretado por ele. Tal assertiva leva ao segundo ponto de discordância entre Habermas e Husserl. Habermas afirma que Husserl utiliza o conceito de mundo da vida como oposto às idealizações (do medir, da suposição da causalidade e da materialização) feitas nas ciências naturais, vê o mundo da

<sup>32</sup> HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. Trad. Manuel José Simões Loureiro. Lisboa: Dom Quixote, 1990. p. 278 - 279.

<sup>33</sup> HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico...*, p. 86.

<sup>34</sup> PIZZI, Jovino. *Desafios éticos e políticos da cidadania*. Ensaios de Ética e Filosofia Política II. Ijuí: Unijuí, 2006. p. 132.



vida como a esfera imediatamente presente de realizações originárias<sup>35</sup>. Contudo se se concebem as realizações da prática cotidiana como resultantes de interações linguísticas intersubjetivas – as quais exigem que os participantes que agem comunicativamente o façam apoiados em pressupostos contrafactuais –, tem-se que a própria prática comunicativa assenta-se sob pressupostos idealizadores.

A teoria do agir comunicativo destranscendentaliza o reino do inteligível a partir do momento em que descobre a força idealizadora da antecipação nos pressupostos pragmáticos inevitáveis dos atos de fala, portanto, no coração da própria prática de entendimento [...]. A ideia do resgate de pretensões de validade criticáveis impõe idealizações, as quais, caídas do céu transcendental para o chão do mundo da vida, desenvolvem seus efeitos no meio da linguagem natural.<sup>36</sup>

Na filosofia habermasiana, o mundo da vida ocupa posição central na coordenação e estabilização da ação social, constituindo o pano de fundo do agir comunicativo, um horizonte para situações de fala e uma fonte de interpretações para os atores que agem comunicativamente. Sua função primordial é estabilizar essa comunicação improvável e, ao mesmo tempo em que possibilita o consenso, está aberta à constante problematização e ao grande risco do dissenso. O conceito de mundo da vida em Habermas abarca uma junção de três elementos – cultura, sociedade e personalidade, e, acoplada a eles, a linguagem, que cumpre sua função fundamental na reprodução do mundo da vida. Sob o aspecto funcional do entendimento, a ação comunicativa serve à tradição e à renovação do saber cultural; sob o aspecto de coordenação da ação, serve à integração social e à criação da solidariedade; e sob o aspecto da socialização, finalmente, serve à formação de identidades pessoais<sup>37</sup>. Nesse sentido, a racionalização do mundo da vida refere-se à diferenciação desses três aspectos estruturantes. Por meio da ação comunicativa, os participantes da integração linguística fazem um resgate desses elementos, a partir de pretensões de validade (discursos e argumentos racionalmente justificáveis) criticáveis (passíveis de problematizações), que levarão a um entendimento ou mesmo a um acordo (consenso).

---

<sup>35</sup> HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico...*, p. 86.

<sup>36</sup> Idem, p. 89.

<sup>37</sup> HABERMAS, J. *Teoria de la acción comunicativa...*, p. 196.

As interpretações a que chegamos a respeito de algo no mundo promovem, aos atores das ações de fala, um saber consolidado sob sua égide, os quais são transmitidos na rede de interação de grupos sociais. Esses saberes assumem (são convertidos em) valores e normas pelos trilhos dos processos de socialização, ao que, por conseguinte, são condensados na forma de enfoque, competências, modos de percepção e identidades. O substrato do mundo da vida, isto é, seus componentes resultam da extensão contínua do saber válido, bem como da estabilização de solidariedades grupais e da formação de atores responsáveis, mantendo-se, todavia, por meio deles. Dessa forma, as interações fomentadas pela prática comunicativa cotidiana estendem-se sobre o campo semântico dos conteúdos simbólicos presentes no mundo da vida, atingindo todas as dimensões que integram o espaço social, bem como no quesito temporal, alcançam o tempo histórico. A cultura, da mesma forma que a sociedade e as estruturas de personalidade, é formada a partir dessas ações de fala que promovem o entendimento sobre algo no mundo:

[...] cultura é o armazém do saber, do qual os participantes da comunicação extraem interpretações no momento em que se entendem mutuamente sobre algo. A sociedade compõem-se de ordens legítimas por meio das quais os participantes da comunicação regulam sua pertença a grupos sociais e garantem solidariedade. Conto entre as estruturas da personalidade todos os motivos e habilidades que colocam um sujeito em condições de falar e de agir, bem como de garantir sua identidade própria. Para os que agem comunicativamente, a cultura forma o cone luminoso no interior do qual surgem entidades que podem ser representadas ou manipuladas; ao passo que as normas e vivências se lhes afiguram como algo no mundo social ou num mundo subjetivo, ao qual eles podem referir-se assumindo um enfoque expressivo ou conforme as normas.<sup>38</sup>

A integração social, fenômeno que se articula sobre a tensão existente entre o factual e o contrafactual, direciona-nos à implementação do conceito de mundo da vida. Não obstante a ocorrência do dissenso oriundo da tensão entre o factual

<sup>38</sup> HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico...*, p. 96.

e o contrafactual, a coordenação das ações se apresenta de tal modo que se torna possível, mesmo estando às ameaças constantes, estabelecer uma ordem social. Normalmente, as divergências ocorrem devido às circunstâncias que criam rupturas com o entendimento, acarretando uma ameaça para a coordenação da ação. Portanto, Habermas analisa o primeiro passo reconstrutivo das condições da integração social a ser tomado pelos atores de fala os levará ao conceito mundo da vida. O primeiro passo a ser tomado parte de um referencial consuetário de um problema: como é possível surgir ordem social a partir de processos de formação de consenso que se encontram ameaçados por uma tensão explosiva entre facticidade e validade?<sup>39</sup> Em se tratando do agir comunicativo, a dupla contingência que pode ser absorvida por qualquer modo de interação assume forma precária, que pode ceder ao inevitável risco de dissenso sempre presente, embutido no próprio mecanismo de entendimento, de maneira que esse risco acarreta uma instabilidade gravosa para a coordenação da ação.

Assim, os entendimentos explícitos comumente formulados com origem em si mesmo se dão no horizonte das convicções comuns não problemáticas (problematizadas), e, ao mesmo tempo, eles se alimentam das fontes daquilo que sempre lhes pareceu habitual ou comum. O mundo da vida passa a ser entendido como fonte precípua instituidora das ações de fala, assim como, também, passa a ser entendido como pano de fundo interpretativo, o qual se reproduz a partir de ações comunicativas, ou seja, o mundo da vida forma o horizonte para as situações de fala e para as interpretações daquilo que é reproduzido por meio das ações comunicativas.

Durante o agir comunicativo o mundo da vida nos envolve no modo de uma certeza imediata, a partir da qual nós vivemos e falamos diretamente. Essa presença do pano de fundo do agir comunicativo, latente e imperceptível, que tudo perpassa, pode ser descrita como uma forma condensada e, mesmo assim, deficiente, de saber e de poder. De um lado, nós nos servimos inadvertidamente deste saber, isto é, sem saber que nós o possuímos reflexivamente.<sup>40</sup>

A par desse envolvimento do qual somos acometidos por parte do mundo da vida que nos oferece uma certeza imediata compreendida por nós como

---

<sup>39</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia...*, p. 40.

<sup>40</sup> *Idem*, p. 41.

fonte para nossas ações de fala, essa fonte – condensada e deficiente de poder –, oferece-nos um saber que se apresenta de modo irreflexo. Não obstante essas fragilidades, guiamo-nos como se esse saber fosse um saber condensado que possui características de um saber absoluto. Ora, essa fonte de saber ordinária, por nos parecer habitual e familiar, assume um caráter genuinamente original, no qual, comumente, nos remetemos a ela como se fosse algo inquestionável, uma vez que “não” nos parece falível e, tampouco, falsificável. Entretanto, esse saber perde essa dimensão de absoluto e inatacável quando passa ser arrostado e confrontado com as pretensões de validade estantes na tensão entre facticidade e validade (factual e contrafactual). Isso significa dizer que, no instante em que ele é chamado como fonte para fundamentar uma base interpretativa, nesse exato momento, sua inquestionabilidade decompõem-se como fonte de mundo da vida. Desse ponto de vista, suscita uma peculiar questão: o que empresta ao saber que serve de pano de fundo uma certeza absoluta e lhe confere, subjetivamente, a qualidade de um saber condensado? Para Habermas, a resposta a ser dada seria objetiva, ou seja, o que confere subjetivamente a qualidade de um saber condensado seria tão-somente a qualidade que falta ao saber objetivo. Isso significa dizer que nós, quando utilizamos esse tipo de saber, o fazemos, sem ter a consciência de que ele pode ser falso, isto é, ele não representa um saber em sentido estrito, pois não é falível nem falsificável.

### 3 A FUNÇÃO DO DIREITO NO MUNDO DA VIDA

Na teoria do agir comunicativo, após o resgate crítico do conceito do mundo e sistema da vida, bem como no ajuste da relação entre ambos, Habermas analisa o papel do Direito em uma sociedade que possibilita dois modos de agir utilizados pelos sujeitos, a saber: o comunicativo e o estratégico.

Ao descrever o papel da “juridicização” – processo construído no decorrer da história –, Habermas aponta duas funções do direito: (1) Direito como instituição e (2) Direito como meio de controle. O Direito como instituição pertenceria às ordens legítimas da ordem do mundo da vida e, como tal, sua legitimidade reclama mais do que uma simples legalidade formal, ou seja, uma justificação material. Nessa perspectiva, a legitimidade material estaria preenchida desde que fosse observada – vida de regra – a concordância das normas jurídicas com as normas morais. No caso do Direito como meio de controle, teríamos a identidade do Direito configurada a partir da sua instrumentalidade de regulação dos subsistemas compostos pelo Estado e pela Economia; assim, o Direito funcionaria como uma forma de constituir as relações

jurídicas observadas nesses sistemas, e a sua legitimidade estaria condicionada tão-somente à sua própria positivação, o que implicaria sua legalidade formal.

[...] agora fica claro também como o desacoplamento de sistema e mundo da vida concorda com essa estrutura do direito. Quando o empregamos como meio de controle, o direito fica descarregado da problemática da fundamentação e só por meio da correição dos procedimentos permanece conectado com o *corpus iuris* exigido na legitimação material. As instituições jurídicas pertencem aos componentes sociais do mundo da vida. E como o resto das normas de ação que não vêm respaldadas pela sanção do Estado, podem ser moralizadas, ou seja, abordadas na sua dimensão constitutiva ética, quando se apresenta alguma dissonância especial.<sup>41</sup>

E quando o Direito, como meio, amplia seu domínio, possibilitando a introdução dos sistemas capitalistas e do poder na reprodução simbólica do mundo da vida, ocorre o que Habermas define como colonização interna do mundo da vida:

O emprego da expressão “colonização” se deve ao fato de que questões antes abertas a uma proposta de solução comunicativa a ser travada no mundo da vida são transportadas para uma discussão jurídica que, além de “abafar” tal produção genuína de soluções pelos próprios afetados, reflete a estrutura do direito não referida ao próprio mundo da vida, mas sim aos sistemas da Economia e do Estado.<sup>42</sup>

Na segunda fase de seu pensamento, Habermas dá continuidade à ideia de que a sociedade moderna é marcada por uma racionalidade comunicativa arrostada aos elementos do mundo da vida. Não obstante, quanto ao direito, entende o filósofo “[...] numa época de política inteiramente secularizada, não se pode ter nem manter um Estado de direito sem democracia radical”<sup>43</sup>. Nesse

<sup>41</sup> HABERMAS, J. *Teoría de la acción comunicativa...*, p. 517.

<sup>42</sup> CHAMON J. Lúcio Antonio. *Filosofia do direito na alta modernidade: incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 184.

<sup>43</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia...*, p. 13.

sentido, há um distanciamento da ideia de um direito que se legitima a partir de concepções ideológicas; o posicionamento ora apresentado se vincula à ideia do Direito que se legitima a partir do nexó interno entre a soberania popular e os direitos humanos. Esses sujeitos, como participantes de uma comunidade jurídica, devem compreender-se como indivíduos em si mesmo emancipados, bem como responsáveis pela auto-organização democrática que forma o núcleo normativo desse projeto.

Em uma retomada da teoria do agir comunicativo, Habermas passa a considerar seriamente as possibilidades do dissenso em uma prática comunicativa. Tal risco se mostra muito evidente, analisando o fato da complexidade que envolve a sociedade moderna multicultural, em que as interações estratégicas são costumeiramente utilizadas pelos sujeitos. Em suas palavras, considera Habermas,

[...] a introdução do agir comunicativo em contextos do mundo da vida e a regulação do comportamento por meio de instituições originárias podem explicar como é possível a integração social em grupos pequenos e relativamente indiferenciados, na base improvável de processos de entendimento em geral. É certo que os espaços para o risco do dissenso embutido em tomadas de posição em termos de sim/não em relação às pretensões de validade criticáveis crescem no decorrer da evolução social. Quanto maior for a complexidade da sociedade e quanto mais se ampliar a perspectiva restringida etnocentricamente, tanto maior será a pluralização de formas de vida, as quais inibem as zonas de sobreposição ou de convergência de convicções que se encontram na base do mundo da vida [...]. Este esboço é suficiente para levantar o problema típico das sociedades modernas: como estabilizar, na perspectiva própria dos atores, a validade duma ordem social, na qual ações comunicativas tornam-se autônomas e claramente distintas de interações estratégicas?<sup>44</sup>

O Direito passa, então, a ser visto como resposta adequada ao presente questionamento. Ao perceber que a linguagem, mesmo quando utilizada

<sup>44</sup> Idem, p. 44-45.

comunicativamente, não tem força suficiente para assegurar a integração social, devido ao multiculturalismo e às complexidades ideológicas que envolvem a sociedade moderna, torna praticamente impossível estabelecer uma base comum para regularização das questões problematizadas. Habermas aponta o Direito como meio adequado para preencher esse déficit estabilizador social. Isso porque o Direito moderno positivado se apresenta com a pretensão à fundamentação sistemática, à interpretação obrigatória e à imposição<sup>45</sup> – que institucionaliza (atribui validade) as pretensões de verdade (assertivas) que surgem na esfera pública –, com sua força impositiva que alcança todos, indistintamente, que estejam submetidos a sua ordem legal.

Entretanto, o Direito não é impositivo por uma questão de ordem formal, ou seja, não é um direito imposto por quem detém o poder. O direito legítimo se configura a partir do seu desempenho como médium linguístico entre os diferentes âmbitos de ação, de forma que sua normatividade resulte não somente da sanção do Estado, mas também da observância concretizada por parte dos atores sociais. A legitimidade do Direito não mais advém de sua submissão a uma moral superior, mas pelo fato de que os afetados pelas normas jurídicas se reconhecem como coautores dessas normas positivadas: o Direito não consegue seu sentido normativo pleno *per se* por meio da sua forma, ou por meio de um conteúdo moral dado *a priori*, mas por meio de um procedimento que instaura o Direito, gerando legitimidade.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo, até certo ponto, pode nos mostrar o quanto – na filosofia habermasiana – o mundo da vida ocupa posição central na coordenação e estabilização da ação social, constituindo o pano de fundo do agir comunicativo, um horizonte para situações de fala e uma fonte de interpretações para os atores que agem comunicativamente. Nesta perspectiva, temos que a legitimidade do Direito não se vale de uma questão meramente formal positivada, ou seja, não é um direito imposto por quem detém o poder. O Direito legítimo se configura a partir do seu desempenho como médium linguístico entre os diferentes âmbitos de ação, de forma que sua normatividade resulte não somente da sanção do Estado, mas também da observância concretizada por parte dos atores sociais que dialogam nos espaços em que estão circunscritos sujeitos, falantes e debatedores. A legitimidade do Direito não mais advém de sua submissão a

---

<sup>45</sup> *Idem*, p. 110.



uma moral superior, mas pelo fato de que os afetados pelas normas jurídicas se reconhecem como coautores dessas normas positivadas: o Direito não consegue seu sentido normativo pleno *per se* por meio da sua forma, ou por meio de um conteúdo moral dado *a priori*, mas por meio de um procedimento que instaura o Direito, gerando legitimidade, a saber, com o uso da razão comunicativa.

No Estado de Direito delineado por regras da teoria do discurso, a soberania popular instala-se nos círculos de comunicação de foros e corporações destituídos de sujeitos determinados. Portanto, dado o anonimato, seu poder comunicativo diluído pode entrelaçar ao poder administrativo do aparelho estatal à vontade dos cidadãos. Nesse sentido, no Estado de Direito Democrático, o poder político diferencia-se em poder comunicativo e administrativo. Dada a correlação interna entre política e Direito, a tensão entre facticidade e validade, no Estado Democrático de Direito, estende-se ao âmbito do próprio poder político. A política, com seu domínio, por um lado, vale-se da potencial ameaça fundada pela força da “caserna” e, por conseguinte, deve estar autorizada do ponto de vista do direito legítimo; a dominação política deve espelhar a imagem do poder legitimado e organizado do ponto de vista jurídico, ou seja, o exercício do poder na forma do Direito não deve ser deslocado do momento de sua fundamentação.

Mediante análise, a contribuição do poder político para a função intrínseca do Direito (estabilizar expectativas de comportamento) consiste na geração de uma certeza jurídica, que possibilita aos destinatários do Direito calcular as consequências de seu comportamento e dos outros. As normas jurídicas, em termos gerais, devem regular as circunstâncias, as situações de fato, aplicando a sua subsunção de forma imparcial. Esses requisitos são compreendidos à luz de uma codificação (atividade jurisprudencial), que proporciona normas jurídicas altamente consistentes.

## REFERÊNCIAS

CHAMON J. Lúcio Antonio. *Filosofia do direito na alta modernidade: incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

DURÃO, Aylton Barbieri. A tensão interna entre facticidade e validade no direito segundo Habermas. In: MARTINS, Clélia Aparecida; POKER, José Geraldo (Org.). *O pensamento de Habermas em questão*. Marília: Oficina Universitária Unesp, 2008.

HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa. Racionalidad de La acción y racionalización social*. Trad. Manuel Jimenez Redondo. Madrid: Taurus, t. I, 1987a.



\_\_\_\_\_. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

\_\_\_\_\_. *O discurso filosófico da modernidade*. Trad. Manuel José Simões Loureiro. Lisboa: Dom Quixote, 1990.

\_\_\_\_\_. *Teoría de la acción comunicativa*. Racionalidad de la acción y racionalización social. Trad. Manuel Jimenez Redondo. Madri: Taurus, t. I, 2010.

\_\_\_\_\_. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. I. 2. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do direito em Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

PENITENTE, Luciana Aparecida de Araújo. Habermas e Mead: A linguagem como Médium de Socialização. In: MARTINS, Clélia Aparecida; POKER, José Geraldo (Org.). *O pensamento de Habermas em questão*. Marília: Oficina Universitária Unesp, 2008.

PIZZI, Jovino. *Desafios éticos e políticos da cidadania*. Ensaios de Ética e Filosofia Política II. Ijuí: Unijuí, 2006.

POKER, José Geraldo A. B. A democracia e o problema da racionalidade. In: MARTINS, Clélia Aparecida; POKER, José Geraldo (Org.). *O pensamento de Habermas em questão*. Marília: Oficina Universitária Unesp. 2008.

SILVA, Luciano Braz. Considerações de Jürgen Habermas para a filosofia do direito do século XXI: os limites e possibilidades da democracia, do Estado Democrático de Direito e dos Direitos Humanos. Dissertação (Mestrado em Filosofia do Direito). Mestrado em Direito. Centro Universitário Eurípides de Marília. Marília, 2013.

Submissão em: 24.07.2015

Avaliado em: 05.08.2015 (Avaliador A)

Avaliado em: 15.08.2016 (Avaliador C)

Aceito em: 14.09.2016

# O CARÁTER CONFISCATÓRIO DA MULTA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

## SUPREME COURT JURISPRUDENCE ON CONFISCATORY PENALTIES

**Luiz Felipe Silveira Difini<sup>1</sup>**

Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul

**ÁREA(S) DO DIREITO:** direito tributário.

**RESUMO:** Este trabalho trata da aplicabilidade da previsão constitucional de vedação de tributo com efeito de confisco às multas tributárias. É realizada breve exposição do posicionamento doutrinário existente sobre o tema e do direito comparado, com enfoque no entendimento do Excelso Supremo Tribunal Federal, por meio do exame de precedentes.

**PALAVRAS-CHAVE:** vedação de tributos com efeito de confisco; aplicabilidade às multas tributárias; parâmetros; proporcionalidade; razoabilidade.

**ABSTRACT:** *This article discusses prohibition of confiscatory taxation and its constitutional provisions, specially related on tax penalties. There is a brief presentation*

*on the current doctrine about it, combined with comparative law analysis. The last part of the paper focus on the brazilian Supreme Court understanding on tax penalties and confiscation limits, through exam of its precedents.*

**KEYWORDS:** *confiscatory taxation; tax penalties; precedents; proportionality; reasonableness.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Breve histórico doutrinário; 2 A multa tributária no direito comparado; 3 Análise dos julgados do Supremo Tribunal Federal; Conclusão; Referências.

**SUMMARY:** *Introduction; 1 A brief historical analysis; 2 Confiscatory penalties in the comparative law; 3 Analysis on Supreme Court precedents; Conclusion; References.*

---

<sup>1</sup> Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul nos cursos de graduação e pós-graduação, na disciplina de Direito Tributário. 1º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Ex-Presidente, Corregedor e Diretor da Escola Judiciária do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul. E-mail: difini@tj.rs.gov.br. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/9469097303332145>.

## INTRODUÇÃO

A vedação ao chamado efeito confiscatório encontra assento no art. 150, IV, da Constituição Federal, o qual expressamente proíbe a utilização do “tributo com efeito de confisco”. A proibição, no Brasil, é mais específica em comparação àquela encontrada em outros países, a exemplo da Constituição Argentina, em seu art. 17, em que a interpretação literal limitaria a vedação ao confisco em matéria penal<sup>2</sup>.

Como já abordamos anteriormente, a norma que veda a utilização de tributo com efeito de confisco não é regra, pois não se aplica por subsunção, nem princípio no sentido mais restrito (mandamento *prima facie*). Trata-se de um dos princípios (em sentido *lato*) que rege a aplicação dos demais e é medida da ponderação destes; é, portanto, norma de colisão<sup>3</sup>.

O tema ora abordado tem conteúdo mais prático, próximo do cotidiano dos operadores do Direito, já que as multas tributárias se apresentam com frequência em quase todas as autuações. Nessa senda, mostra-se imprescindível que seja examinada a matéria, especialmente no que se refere aos critérios para aplicação do princípio da vedação ao efeito confiscatório, auxiliando no desiderato de obtenção de maior segurança jurídica.

Diante disso, a análise do posicionamento doutrinário acerca do tema, com a exposição dos principais pontos de divergência, e de sua configuração atual, no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, adquire especial relevância. Outrossim, o exame do tratamento dado à matéria no Direito estrangeiro pode servir como instrumento para auxiliar na busca de critérios mais objetivos para aplicação do princípio da vedação ao efeito confiscatório, no que toca às multas tributárias.

Primeiramente, expor-se-á, em perspectiva histórica, o debate doutrinário outrora existente acerca da aplicação do dispositivo constitucional que veda

<sup>2</sup> Art. 17 da Constitución de La Nación Argentina: “La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Solo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el Artículo 4º. Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley. Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley. La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie”.

<sup>3</sup> DIFINI, Luiz Felipe Silveira. *Proibição de tributos com efeito de confisco*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 263.

a utilização de tributo com efeito de confisco às multas tributárias. A seguir, examinaremos brevemente como o assunto é tratado em alguns outros países, especialmente a célebre construção jurisprudencial argentina. Por fim, examinar-se-á o posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca da questão, por meio do exame de precedentes jurisprudenciais.

## 1 BREVE HISTÓRICO DOUTRINÁRIO

A possibilidade de que a multa assuma caráter confiscatório e a ela se aplique o disposto no art. 150, IV, da Constituição Federal<sup>4</sup> já foi alvo de intenso debate doutrinário. Atualmente, é praticamente unânime o posicionamento de que a vedação ao efeito confiscatório se aplica também às multas tributárias.

Significativos setores da doutrina<sup>5</sup>, realizando interpretação literal, sustentavam que, dispondo o texto constitucional mencionado sobre a proibição da utilização de tributo com efeito de confisco, a multa não se amoldava ao conceito de tributo<sup>6</sup> (inclusive pela definição do art. 3º do Código Tributário Nacional<sup>7</sup>). Por esta razão, tal norma se aplicaria somente aos tributos, e não às multas<sup>8</sup>. Além disso, em face ao caráter punitivo da multa, alguns sustentaram a não aplicabilidade do dispositivo constitucional à mesma.

<sup>4</sup> Art. 150: “Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...]

IV - utilizar tributo com efeito de confisco”.

<sup>5</sup> Nesse sentido, posicionam-se Ricardo Mariz de Oliveira (Direitos fundamentais da pessoa e do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva et al (Org.). *Direitos fundamentais do contribuinte*. São Paulo: Revista dos Tribunais: Centro de Extensão Universitária, 2000. p. 226-274), Vittorio Cassone (Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva et al (Org.). Op. cit., p. 389-411), Antonio José da Costa (Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva et al (Org.). Op. cit., p. 430-437) e Yoshiaki Ichihara (Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva et al (Org.). Op. cit., p. 482-503).

<sup>6</sup> MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 47.

<sup>7</sup> “Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.”

<sup>8</sup> Fabio Brun Goldschmidt (*O princípio do não-confisco no direito tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 154 -155) posicionou-se contrariamente à aplicação do art. 150, IV, às multas tributárias, sob argumento principal de que o constituinte não as mencionou no dispositivo constitucional em referência, impedindo a extensão do alcance da norma. Ressalva, contudo, que o controle de constitucionalidade, na hipótese, deve ser realizado pelo princípio da proporcionalidade/razoabilidade inserido no âmbito do devido processo legal.

Bem ilustrando mencionado posicionamento doutrinário, sustenta Yoshiaki Ichihara:

Com referência às penalidades, sejam de caráter tributário, civil, penal ou administrativo, apesar de no caso de a multa moratória ser, na maioria das vezes, um acessório do principal (tributo), não se confundem com o tributo (art. 3º do CTN), uma vez que a penalidade, além de excluída expressamente do próprio conceito legal de tributo, possui natureza jurídica e está sujeita a regime jurídico diferente. Portanto, se o efeito confiscatório está dirigido expressamente ao tributo, localizado topograficamente no Título “Da tributação e do orçamento”, no Capítulo “Do Sistema Tributário Nacional”, no nosso entender não se inclui e nem se aplica às penalidades.<sup>9</sup>

Estevão Horvath, um dos primeiros monografistas brasileiros a discorrer acerca do tema, adotou posição intermediária, o que se infere do seguinte fragmento de sua obra:

É grande a tentação de procurar enquadrar quantia excessiva imposta como penalidade pela legislação tributária dentro da moldura do princípio da não-confiscatoriedade. Contudo, o rigor científico que entendemos que deva prevalecer numa abordagem que se pretende científica nos afasta dessa possibilidade.<sup>10</sup>

Em outros trechos, o autor explicita sua posição:

Noutro giro, tributo não é multa e o princípio da não-confiscatoriedade proclamado pelo art. 150, IV da Constituição reporta-se àquele e não a esta. [...] Isso não obstante, embora a situação ora em comento não se submeta ao art. 150, IV da Lei Maior, segundo pensamos, está ela ao abrigo da proteção do princípio genérico que, decorrente da proteção ao direito de

<sup>9</sup> ICHIHARA, Yoshiaki. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva et al (Org.). Op. cit., p. 494.

<sup>10</sup> HORVATH, Estevão. *O princípio do não-confisco no direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 114.

propriedade, está a vedar o confisco genericamente considerado.<sup>11</sup>

Mencionada tese se assemelha à de autores, que, embora entendam que multa não é tributo, sustentam a possibilidade de que se caracterize como confiscatória, admitindo sua redução, com base em outros fundamentos, como a aplicação do princípio da razoabilidade, da proporcionalidade<sup>12</sup> e da garantia do direito à propriedade<sup>13</sup>.

Para Paulo Cesar Baria de Castilho, a multa (moratória ou decorrente de sonegação), embora não se trate de tributo, por constituir sanção de ato ilícito, também pode ser confiscatória, caso ultrapasse os limites da razoabilidade. Assim, a proibição de multas com efeito de confisco constitui uma das garantias asseguradas ao contribuinte<sup>14</sup>.

Leandro Paulsen assevera serem inadmissíveis “multas excessivamente onerosas, insuportáveis, irrazoáveis”. Quando configurado descompasso entre o grau da infração e a punição cominada, não é possível, com fundamento no princípio da proporcionalidade, reconhecer validade a uma multa, ainda que ausente referência expressa às multas no art. 150, IV, da Constituição Federal<sup>15</sup>.

Florence Haret afirma que, embora o princípio do não confisco se refira expressamente a tributo, a multa tributária também não poderia ser confiscatória, tendo em vista que, no âmbito dos direitos individuais, é garantido o direito à propriedade. A definição do confiscatório deve passar pelo exame completo do ordenamento jurídico, com aplicação sistematizada dos dispositivos legais<sup>16</sup>.

<sup>11</sup> Idem, p. 114-115.

<sup>12</sup> Nesse sentido, a posição de Hugo de Brito Machado (*Curso de direito tributário*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 48).

<sup>13</sup> Regina Helena Costa (*Curso de direito tributário: constituição e código tributário nacional*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 290) sustenta que não se pode invocar o princípio da vedação da utilização de tributo com efeito de confisco às penalidades pecuniárias, pois o mesmo se aplica apenas às prestações tributárias. Contudo, as sanções não podem absorver total ou substancialmente a propriedade, com fundamento no art. 5º, incisos XXII, XXIV e LIV, da Constituição.

<sup>14</sup> CASTILHO, Paulo Cesar Baria de. *Confisco tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 129.

<sup>15</sup> PAULSEN, Leandro. *Direito tributário, constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*. 17. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 205.

<sup>16</sup> HARET, Florence. Multas tributárias de ofício, isolada, qualificada e agravada – considerações sobre cumulação de multas e sobre o entendimento jurisprudencial dos princípios da proporcionalidade e do não confisco aplicados às multas tributárias. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 225, p. 61-77, jun. 2014.

Humberto Ávila sustenta que a multa, ainda que não seja tributo e não conste no art. 150, IV, da Constituição Federal, quando excessiva, restringe os direitos fundamentais da propriedade e da liberdade. Diante disso, a proibição do excesso pode ser extraída dos próprios direitos fundamentais mencionados. Atenta para as elevadas multas de mora que podem, muitas vezes, dificultar a organização da empresa na captura de capital de giro, restringindo intensamente a liberdade do exercício de atividade econômica e a propriedade<sup>17</sup>.

A posição que prevaleceu, sobretudo no Supremo Tribunal Federal, é a de sempre aplicar a proibição de confisco às multas. Zelmo Denari salienta que é exatamente no campo das infrações tributárias e respectivas sanções que os contribuintes costumam ser fragilizados pela violação do princípio do não confisco<sup>18</sup>.

Sacha Calmon Navarro Coêlho sustenta que “uma multa excessiva, ultrapassando o razoável para dissuadir ações ilícitas e para punir os transgressores (caracteres punitivo e preventivo da penalidade) caracteriza, de fato, uma maneira indireta de burlar o dispositivo constitucional que proíbe o confisco”<sup>19</sup>.

Adota tal entendimento Ives Gandra da Silva Martins:

O confisco abrange a obrigação tributária. Vale dizer, tributo e penalidade, sempre que a relação entre Fisco e Contribuinte ou Estado e cidadão seja de natureza

---

<sup>17</sup> ÁVILA, Humberto. Multa de mora: exames de razoabilidade, proporcionalidade e excessividade. In: ÁVILA, Humberto (Org.). et al. *Fundamentos do Estado de Direito: estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 149-168.

Referido autor (*Sistema constitucional tributário*: de acordo com a Emenda Constitucional nº 51, de 14.02.2006. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 400), a partir do exame de precedentes do STF acerca da excessividade da tributação, concluiu: “O importante é que, independentemente da justificativa da imposição do tributo ou da multa, há um limite para a imposição, que é justamente aquele que, mediante construção jurisprudencial, oferece os contornos do núcleo essencial do princípio que está sendo restringido”.

<sup>18</sup> DENARI, Zelmo. *Curso de direito tributário*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 246. Delimitando o alcance do confisco na hipótese das multas tributárias, Ricardo Corrêa Dalla (*Multas tributárias: natureza jurídica, sistematização e princípios aplicáveis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 148) afirma: “A ocorrência do confisco na hipótese corrente das multas tributárias, pelo inadimplemento dos deveres instrumentais e por descumprimento de obrigações principais dar-se-á quando houver redução do padrão de vida do contribuinte que importe na sua descapitalização, no giro comercial e/ou redução do seu patrimônio naquele mês ou naquele(s) ano(s) de realização da hipótese”.

<sup>19</sup> COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Teoria e prática das multas tributárias: infrações tributárias, sanções tributárias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 67.

exclusivamente tributária, como ocorre na esmagadora maioria das hipóteses.<sup>20</sup>

Também aponta Marilene Talarico Martins Rodrigues:

Penso que a vedação ao efeito confisco se aplica também em relação às multas. O impedimento constitucional é que, a pretexto de exercer a atividade de tributação, o Poder Público Tributante se apose dos bens do contribuinte, seja a título de tributo, seja a título de penalidade, que se transforma em obrigação principal e portanto há que merecer o regime jurídico, a teor do art. 113, § 3º, do CTN.<sup>21</sup>

Na mesma linha de entendimento, cabe mencionar referência realizada no âmbito de julgado proferido pela 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que bem sintetiza a questão: “se a multa não é tributo, o tratamento legal é equivalente, conforme o artigo 113, § 3º, do CTN. Logo, nada obsta que esteja sujeita aos mesmos princípios legais”<sup>22</sup>.

Portanto, apesar da existência, no âmbito doutrinário, de posições contrárias, prevalece a tese, inclusive no STF, de que a vedação ao caráter confiscatório também se aplica às multas tributárias<sup>23</sup>. Diante disso, cabe fazer breves considerações acerca do tratamento do assunto no direito comparado.

<sup>20</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva. Direitos fundamentais do contribuinte. In: \_\_\_\_\_ et al (Org.). Op. cit., p. 57.

<sup>21</sup> RODRIGUES, Marilene Talarico Martins. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva et al (Org.). Op. cit., p. 337.

<sup>22</sup> Apelação Cível nº 00599133980, 1ª Câmara Cível, Julgada em 30.06.1999, Rel. Des. Irineu Mariani. Adotando posição semelhante, Leonardo e Silva de Almendra Freitas (Da estendibilidade do princípio do não-confisco às multas tributárias pecuniárias. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, n. 54, p. 211-232, jan./fev. 2004) assinala: “[...] onde há a mesma intenção, aplica-se o mesmo dispositivo de lei. Por terem a mesma *ratio*, qual seja, a proteção da propriedade privada do contribuinte, tanto a aplicação da multa como a imposição de tributo devem se submeter à dicção de uma mesma norma”. No mesmo sentido, Andréia Minussi Facin (Vedação ao “confisco” tributário. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 80, p. 7-19, maio 2002).

<sup>23</sup> Nesse sentido, posição de Paulo de Barros Carvalho (*Curso de direito tributário*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 628-630), salientando para a necessidade de que a imposição de multas seja realizada dentro dos limites da razoabilidade e da proporcionalidade.

Helenilson Cunha Pontes (*O princípio da proporcionalidade e o direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2000. p. 133-138) entende aplicável a vedação do art. 150, IV, da Constituição Federal, às sanções tributárias. Contudo, entende que tal dispositivo não solucionaria todas as situações relativas ao controle da graduação das sanções tributárias, aduzindo que o princípio da proporcionalidade aliado



## 2 A MULTA TRIBUTÁRIA NO DIREITO COMPARADO

Na Argentina, a Corte Suprema de Justicia de la Nación, de forma pioneira, desenvolveu entendimento jurisprudencial estabelecendo critérios de aplicação do princípio da não confiscatoriedade. Restaram definidos limites quantitativos para o não confisco, com a utilização da famosa fórmula dos 33%, a qual não será objeto de detalhamento, a fim de não se ultrapassar os limites a que nos propusemos no artigo.

O percentual de 33% foi aplicado aos tributos sobre sucessões e também ao imposto territorial. Apesar de o percentual ser idêntico, a aplicação era diferente em relação a cada tributo. No tributo sobre heranças, considerava-se confiscatório imposto que atingisse mais de 33% da herança; no imposto territorial, confiscatório imposto que retirasse mais de 33% do rendimento que a propriedade poderia produzir em um exercício em condições de adequada e razoável exploração. O percentual, portanto, em ambos, era de 33%, contudo, em um caso, recai sobre a própria herança, e, no outro, sobre o rendimento, situações manifestamente diversas<sup>24</sup>.

A Corte Suprema argentina aplicou, em verdade, a sua doutrina sobre a proibição de confiscatoriedade também às multas já em decisões muito antigas, como, por exemplo, *Municipalidad de Tucumán contra a La Eléctrica do Norte*, em que restou consignado: *“El concepto de confiscatoriedad establecido por la Corte Suprema en sus fallos, con respecto a los impuestos, es aplicable a las multas por desobediencia a la ley”*<sup>25</sup>.

O conceito de confiscatoriedade, no Direito argentino, foi estabelecido pela Corte Suprema, consistindo criação exclusivamente jurisprudencial, tendo em vista inexistir norma, na Constituição Argentina, a proibir especificamente que fosse utilizado tributo com efeito de confisco. Havia tão somente a célebre

---

ao da individualização da pena impediriam que uma sanção pecuniária (que deveria apenas ameaçar buscando a satisfação do tributo) aniquilasse o direito de propriedade ou o princípio da livre iniciativa econômica. Complementa afirmando: “A função bloqueadora do princípio da proporcionalidade exige que a constitucionalidade das sanções concretamente impostas sejam avaliadas, sobretudo, diante do nível de limitação que elas impõem à esfera jurídica do indivíduo infrator [...] Em suma, a autoridade administrativa deve, dentro do marco legal que lhe é disponível, procurar buscar a máxima concretização do objetivo legal sancionatório, impondo a menor restrição possível à esfera jurídica do indivíduo infrator, tarefa que, por óbvio, não é de fácil execução, mas que deve nortear a atividade daquela autoridade”.

<sup>24</sup> VILLEGAS, Hector. *Curso de finanzas: derecho financiero y tributario*. 4. ed. Buenos Aires: Depalma, 1990. p. 197-198.

<sup>25</sup> Fallos, 179:54 (1937).

expressão, constante do art. 17 da Constituição de 1 de maio de 1853 que dispunha: “*La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino*”.

Tal disposição proibia o confisco de bens, com expressa menção à legislação penal. Mencionada normativa integrou a Constituição Argentina de 1853, uma vez que, recentemente havia chegado ao fim a guerra civil entre federais e unitários, quando era costumeiro que os corpos armados fizessem requisições confiscatórias, o que se objetivava evitar. Interpretando extensivamente a norma, porém, a Corte Suprema Argentina construiu tradicional doutrina a respeito da confiscatoriedade tributária de impostos, que aplicava também às multas.

Já na Espanha, em que vige um sistema de Corte Constitucional, a Audiência Nacional, que é o principal Tribunal ordinário espanhol, não admite que se invalidem multas por terem efeitos confiscatórios. É possível mencionar, a demonstrar tal entendimento, trecho de decisão prolatada por aquele Tribunal:

*También debe rechazarse el último de los motivos basados en el carácter confiscatorio de la sanción, manera que su finalidad no es aprehender el patrimonio individual del contribuyente, sino prevenir conductas semejantes, tanto del propio sujeto como de otros que vulneran la igualdad entre los contribuyentes y lesionan gravemente los intereses públicos.*<sup>26</sup>

Pode-se concluir que, na jurisprudência espanhola, fundando-se principalmente no caráter repressivo da multa, de desestimular atividades do contribuinte que lesionam os interesses públicos, a mesma não poderia ser invalidada sob fundamento de ser confiscatória, diferentemente do que ocorre na Argentina, em que há vedação ao efeito confiscatório, apesar de inexistir norma constitucional que vede, especificamente, o confisco tributário.

Com estas breves notas de direito comparado, passamos a examinar o trato da matéria em recentes decisões de nosso Supremo Tribunal Federal.

### 3 ANÁLISE DOS JULGADOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Desde período anterior à promulgação da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal sempre admitiu a redução judicial de multas por excessivamente elevadas ou confiscatórias, cabendo mencionar decisão

<sup>26</sup> Decisão de 6 de julho de 1993.

proferida no âmbito do Recurso Extraordinário nº 61.160<sup>27</sup>, de São Paulo, no qual se explicitou que o Judiciário poderia excluir ou graduar multa imposta pela autoridade administrativa.

Nesse mesmo sentido, o Recurso Extraordinário nº 82.510<sup>28</sup>, em que restou mencionado expressamente que “pode o Judiciário, atendendo às circunstâncias do caso concreto, reduzir multa excessiva aplicada pelo Fisco”. Ainda, no Recurso Extraordinário nº 78.291<sup>29</sup>, assevera-se: “concilia-se com farta jurisprudência do Supremo Tribunal Federal o acórdão que reduziu multas, juros, etc., pelos quais em dívida, em mora, sem fraude, ficou elevada a mais de 400%”.

Outrossim, adotando mencionada compreensão, a Corte reduziu multa fixada no percentual de 100% para o equivalente a 30%:

Conheço do recurso e lhe dou parcial provimento para julgar procedente o executivo fiscal, salvo quanto à multa moratória, que, fixada em nada menos do que 100% do imposto devido, assume feição confiscatória. Isso estava se dizendo muito antes do Texto de 1988. Reduzo-a para 30%, base que reputo razoável para recuperação da impontualidade do contribuinte.<sup>30</sup>

Como se pode observar pelos julgados indicados, muito tempo antes da promulgação da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal já entendia cabível a invalidação e redução de multas, quando as considerava confiscatórias. Na época, pode-se afirmar que o STF admitia a fixação de multa moratória no patamar de até 30%. Atualmente, a questão é tratada sob outro patamar, como demonstrarão os julgados a serem analisados.

---

<sup>27</sup> Rel. Min. Evandro Lins e Silva, 2ª Turma, Julgado em 19.03.1968, DJ 03.05.1968.

<sup>28</sup> Rel. Min. Leitão de Abreu, 2ª Turma, Julgado em 11.05.1976, DJ 06.08.1976.

<sup>29</sup> Rel. Min. Aliomar Baleeiro, 1ª Turma, Julgado em 04.06.1974, DJ 25.10.1974.

<sup>30</sup> Recurso Extraordinário nº 81.550/MG, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, 2ª Turma, Julgado em 20.05.1975, DJ 13.06.1975.

Com a Constituição de 1988, o Supremo teve oportunidade de examinar a matéria, pelo menos, por ocasião do julgamento de duas importantes ações diretas de inconstitucionalidade.

A primeira delas foi a ADIn 551-1<sup>31</sup>, que teve por objeto a constitucionalidade dos §§ 2º e 3º do art. 57 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Rio de Janeiro, dispositivos que estabeleceram, respectivamente:

As multas consequentes do não recolhimento dos impostos e taxas estaduais aos cofres do Estado não poderão ser inferiores a duas vezes o seu valor;

As multas consequentes da sonegação dos impostos ou taxas estaduais não poderão ser inferiores a 5 (cinco) vezes o seu valor.

Como consequência da aplicação de mencionado regramento, em conformidade com a Constituição Estadual do Rio de Janeiro, as multas eram fixadas, em caso de mora, no percentual de 200% e, em caso de sonegação, em 500%. A ação direta de inconstitucionalidade em comento foi proposta pelo próprio Governador do Rio de Janeiro, sendo acolhida pelo Supremo Tribunal Federal:

Ação Direta de Inconstitucionalidade. §§ 2º e 3º do art. 57 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. Fixação de valores mínimos para multas pelo não recolhimento e sonegação de tributos estaduais. Violação ao inc. IV do artigo 150 da Carta da República. A desproporção entre o desrespeito à norma tributária e sua consequência jurídica, a multa, evidencia o caráter confiscatório desta, atentando contra o patrimônio do contribuinte, em contrariedade ao mencionado dispositivo do texto constitucional federal. Ação julgada procedente.

E destacou o voto do Relator:

<sup>31</sup> Rel. Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, Julgada em 24.10.2002, DJ 14.02.2003.

A atividade fiscal do Estado não pode ser onerosa a ponto de afetar a propriedade do contribuinte, confiscando-a a título de tributação. Tal limitação ao poder de tributar estende-se, também, às multas decorrentes de obrigações tributárias, ainda que não tenham elas natureza de tributo. [...] Desse modo, o valor mínimo de duas vezes o valor do tributo como consequência do não recolhimento apresenta-se desproporcional, atentando contra o patrimônio do contribuinte, em evidente efeito de confisco. Igual desproporção constata-se na hipótese de sonegação, na qual a multa não pode ser inferior a cinco vezes o valor da taxa ou imposto, afetando ainda mais o patrimônio do contribuinte.

No âmbito do mencionado acórdão, relevante a observação do Ministro Sepúlveda Pertence acerca do conceito de confisco, que se trataria de conceito jurídico indeterminado:

Esse problema da vedação de tributos confiscatórios, que a jurisprudência do Tribunal estende às multas, gera, às vezes, certa dificuldade de identificação do ponto a partir de quando passa a ser confiscatório. [...] Também não sei a que altura um tributo ou uma multa se torna confiscatório; mas uma multa de duas vezes o valor do tributo, pelo mero retardamento de sua satisfação, ou de cinco vezes, em caso de sonegação, certamente sei que é confiscatório e desproporcional.

Entendemos que a concreção do conceito jurídico indeterminado de confisco ocorre com o auxílio do princípio da razoabilidade. Proibir o confisco requer que, primeiramente, entendamos o seu significado e extensão. A grande dificuldade surge na tentativa de definir a extensão do que se pode considerar confiscatório. Alguns doutrinadores traçaram critérios<sup>32</sup> para chegar a tal

---

<sup>32</sup> Aliomar Baleeiro (*Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 575-581) atenta para a dificuldade de se traçar critérios quando se está diante de casos relativos, que se diferenciam dos extremos (estes últimos que são, por exemplo, fixação de alíquota de 100% sobre o valor do bem ou rendimento – que configuraria certamente efeito confiscatório). Aduz que não apenas casos extremos são confiscatórios, mas o seria toda a imposição tributária que substancialmente reduzisse o patrimônio. Numerou os seguintes critérios e circunstâncias relevantes para determinação

conclusão, contudo a questão carece de padronização e de adoção de parâmetros mais objetivos.

Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal examinou novamente a questão, no âmbito da ADIn 1.075<sup>33</sup>, em que foi objeto de controle de constitucionalidade o art. 3º e parágrafo único, da Lei nº 8.846/1994. Após concessão de medida cautelar determinando a suspensão do texto, a disposição foi revogada pelo art. 82, alínea *m*, da Lei nº 9.532/1997.

O artigo legal em comento previa a incidência de multa de 300% pela falta de emissão de documento fiscal, a incidir sobre o valor da operação ou do serviço prestado, o que se mostrava manifestamente desproporcional. De salientar que o percentual de 300% deveria incidir sobre o valor da operação, e não sobre o valor do imposto. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da mencionada multa, porque alcançava um patamar irrazoável, o que caracteriza o efeito confiscatório.

Conforme será possível vislumbrar, por meio da análise de outras decisões do Excelso STF, sua jurisprudência aponta determinado caminho, mas ainda pendente de completo delineamento.

Inicialmente, faço referência à decisão proferida no âmbito do Recurso Extraordinário nº 220.284, oriundo de São Paulo, que considerou válida a multa moratória fixada no patamar de 30%:

Não se pode pretender desarrazoada e abusiva a imposição por lei de multa – que é pena pelo descumprimento da obrigação tributária – de 30% sobre o valor do imposto devido, sob o fundamento de que

---

de ocorrência de eventual caráter confiscatório do tributo, quais sejam: caso de guerra; finalidades extrafiscais do tributo (em que se consente maior agressividade fiscal, devidamente limitada); natureza do imposto, entre outros.

Segundo Roque Antonio Carrazza (*Curso de direito constitucional tributário*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 102): “É certo que, *a priori*, é impossível precisar a partir de que ponto o tributo assume viés confiscatório. A análise, porém, de cada caso concreto, tendo em conta os princípios da igualdade, da capacidade contributiva, da função social da propriedade e da dignidade da pessoa humana, tem força bastante para revelar se atingiu as raias do confisco [...]”.

Ainda posição de Antônio Roberto Sampaio Dória (*Direito constitucional tributário e due process of law*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 201), “para que a multa fiscal se considere confiscatória, é necessário que inexista qualquer conexão entre a penalidade imposta e a infração cometida, ou que a pena seja desproporcionada ao delito ou infração tributários praticados”.

<sup>33</sup> Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, Julgada em 17.06.1998, DJ 24.11.2006.

ela, por si mesma, tem caráter confiscatório. Recurso extraordinário não conhecido.<sup>34</sup>

Em sede de recurso extraordinário com repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal examinou novamente essa questão, ocasião em que considerou válida multa moratória estipulada em 20%:

Multa moratória. Patamar de 20%. Razoabilidade. Inexistência de efeito confiscatório. Precedentes. A aplicação da multa moratória tem o objetivo de sancionar o contribuinte que não cumpre suas obrigações tributárias, prestigiando a conduta daqueles que pagam em dia seus tributos aos cofres públicos. Assim, para que a multa moratória cumpra sua função de desencorajar a elisão fiscal, de um lado não pode ser pífia, mas, de outro, não pode ter um importe que lhe confira característica confiscatória, inviabilizando inclusive o recolhimento de futuros tributos. O acórdão recorrido encontra amparo na jurisprudência desta Suprema Corte, segundo a qual não é confiscatória a multa moratória no importe de 20% (vinte por cento).<sup>35</sup>

No entanto, posteriormente, a matéria foi novamente examinada, no âmbito do Recurso Extraordinário (RE) nº 882.461<sup>36</sup>, em que o Relator afirma que, embora no âmbito do RE 582.461, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, a multa moratória de 20% tenha sido considerada válida, não teria havido, no julgamento, abordagem acerca de multas fixadas em maior percentual, razão pela qual, no âmbito da repercussão geral, deverá ainda ser apreciada tal questão.

No âmbito de algumas decisões, o Supremo Tribunal Federal sinaliza entendimento de que a multa moratória deveria ser limitada a 20% e de que a multa penal não poderia ultrapassar 100%, com base nas decisões proferidas no âmbito da ADIn 551-1 e da ADIn 1.075, das quais, contudo, não se pode inferir exatamente tais conclusões. Ilustrando tal constatação, cabe mencionar os seguintes trechos de acórdãos, referindo-se à multa moratória:

<sup>34</sup> Rel. Min. Moreira Alves, 1ª Turma, Julgado em 16.05.2000, DJ 10.08.2000.

<sup>35</sup> Recurso Extraordinário nº 582.461/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, Julgado em 18.05.2011, DJ 18.08.2011.

<sup>36</sup> Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, Julgado em 21.05.2015, DJ 12.06.2015. Neste acórdão, foi reconhecida a repercussão geral da questão.

Surge inconstitucional multa cujo valor é superior ao do tributo devido. Precedentes: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 551/RJ, Pleno, Relator Ministro Ilmar Galvão e Recurso Extraordinário nº 582.461/SP Pleno, Relator Ministro Gilmar Mendes, Repercussão Geral.<sup>37</sup>

Agravoregimentalnoagravo de instrumento. Tributário. Multa moratória de 30%. Caráter confiscatório reconhecido. Interpretação do princípio do não confisco à luz da espécie de multa. Redução para 20% nos termos da jurisprudência da corte. 1. É possível realizar uma dosimetria do conteúdo da vedação ao confisco à luz da espécie de multa aplicada no caso concreto. 2. Considerando que as multas moratórias constituem um mero desestímulo ao adimplemento tardio da obrigação tributária, nos termos da jurisprudência da Corte, é razoável a fixação do patamar de 20% do valor da obrigação principal. 3. Agravo regimental parcialmente provido para reduzir a multa ao patamar de 20%.<sup>38</sup>

Agravo regimental no agravo de instrumento. Taxa Selic. Multa moratória de 20%. Legitimidade. Ausência de caráter confiscatório. Jurisprudência pacífica desta Corte. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o RE nº 582.461/SP, Relator o Ministro Gilmar Mendes, decidiu pela legitimidade da utilização da taxa Selic como índice de atualização dos débitos tributários pagos em atraso, bem como pelo caráter não confiscatório da multa em patamar de até vinte por cento. 2. A agravante não apresentou argumentos hábeis a ensejar a reforma do *decisum*, tão somente reproduziu

<sup>37</sup> Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 833.106, Rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, Julgado em 25.11.2014, DJ 12.12.2014.

<sup>38</sup> Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 727.872/RS, Rel. Min. Roberto Barroso, 1ª Turma, Julgado em 28.04.2015, DJ 18.05.2015.



os fundamentos já trazidos no recurso extraordinário.  
3. Agravo regimental não provido.<sup>39</sup>

Por outro lado, por ocasião do julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 765.393, a fixação de multa no patamar de 30% não foi considerada violação ao princípio do não confisco:

Aplicação de multa num percentual de 30%. Ausência de violação ao princípio do não confisco. O entendimento adotado no acórdão recorrido não diverge da jurisprudência firmada no âmbito deste Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a multa tributária aplicada no patamar de 30% (trinta por cento) não possui caráter confiscatório, razão pela qual não se divisa a alegada ofensa aos dispositivos constitucionais suscitados.<sup>40</sup>

Adotando o posicionamento de que se configura caráter confiscatório a fixação de multa em percentual superior a 100%, destacamos precedentes<sup>41</sup>, como o seguinte:

Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. Multa punitiva de 120%, reduzida ao patamar de 100% do valor do tributo. Adequação aos parâmetros da Corte. A multa punitiva é aplicada em situações nas quais se verifica o descumprimento voluntário da obrigação tributária prevista na legislação pertinente. É a sanção prevista para coibir a burla à atuação da administração tributária. Nessas circunstâncias, conferindo especial destaque ao caráter pedagógico da sanção, deve ser

---

<sup>39</sup> Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 722.101/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, Julgado em 18.12.2012, DJ 22.02.2013.

<sup>40</sup> Relª Min. Rosa Weber, 1ª Turma, Julgado em 07.10.2014, DJ 24.10.2014.

<sup>41</sup> "Agravo Regimental em Recurso Extraordinário. Tributário. Multa fiscal. Percentual superior a 100%. Caráter confiscatório. Alegada ofensa ao art. 97 da Constituição. Inexistência. Agravo improvido.  
I - Esta Corte firmou entendimento no sentido de que são confiscatórias as multas fixadas em 100% ou mais do valor do tributo devido.  
II - A obediência à cláusula de reserva de plenário não se faz necessária quando houver jurisprudência consolidada do STF sobre a questão constitucional discutida."  
(Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 748.257/SE, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma, Julgado em 06.08.2013, DJ 20.08.2013).

reconhecida a possibilidade da aplicação da multa em percentuais mais rigorosos, respeitados os princípios constitucionais relativos à matéria. A Corte tem firmado o entendimento no sentido de que o valor da obrigação principal deve funcionar como um limitador da norma sancionatória, de modo que a abusividade se revela nas multas arbitradas acima do montante de 100% – para as punitivas –, entendimento que não se aplica às multas moratórias, que devem ser circunscritas ao valor de 20%. Precedentes. O acórdão recorrido, perfilhando adequadamente a orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, reduziu a multa punitiva de 120% para 100%. Agravo regimental a que se nega provimento.<sup>42</sup>

## CONCLUSÃO

A aplicabilidade do disposto no art. 150, IV, da Constituição Federal às multas tributárias foi objeto de amplo debate doutrinário. Os doutrinadores que defenderam a inaplicabilidade do princípio às multas o fizeram sob o argumento principal de que a multa não se amoldaria ao conceito de tributo, bem como em razão do caráter punitivo da mesma.

Muitos defenderam a tese de que, mesmo não sendo tributo, a vedação ao caráter confiscatório também seria aplicável às multas, havendo a possibilidade de reduzi-las, com base na aplicação do princípio da proporcionalidade, por exemplo.

Mencionado debate cessou, ante o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal acerca da matéria, pelo qual restou assentada a aplicabilidade do disposto no art. 150, IV, do diploma constitucional, às multas.

Apreciando experiências do direito comparado, foi possível vislumbrar tratamento diferenciado do tema. No Direito Espanhol, fundando-se principalmente no caráter repressivo, de desestimular atividades do contribuinte que lesionam os interesses públicos, entende-se que a multa não pode ser invalidada, caso confiscatória.

<sup>42</sup> Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 836.828, Rel. Min. Roberto Barroso, 1ª Turma, Julgado em 16.12.2014, DJ 10.02.2015.

Diferente posição é adotada na Argentina, em que há vedação ao efeito confiscatório, tendo sido, inclusive, definidos limites quantitativos para o não confisco, com a utilização da fórmula dos 33%. No Brasil, apesar da evolução quanto ao tema, ainda não há um parâmetro objetivo, uniforme e unânime, seja doutrinário, seja jurisprudencial.

Diante da apreciação de diversos acórdãos, possível a conclusão de que há tendência na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a multa punitiva seja limitada ao percentual de 100%, e a moratória ao patamar de 20%, mas a matéria não foi, até o momento, consolidada em repercussão geral.

A questão do limite da multa moratória deverá ser definida quando do julgamento da repercussão geral, no Recurso Extraordinário nº 882.461, cabendo destacar que existe tema afetado no Recurso Extraordinário nº 640.452 – tema 487 –, que trata do caráter confiscatório da multa isolada por descumprimento de obrigação acessória decorrente de dever instrumental. Aqui se trata de multa incidente pelo não cumprimento de obrigação acessória, e não da que decorre da ausência de pagamento do tributo. A exigência de segurança jurídica demanda a solução definitiva da matéria pela Corte que é, por disposição constitucional, intérprete autorizada da Constituição Federal.

## REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto et al (Org.). *Fundamentos do Estado de Direito: estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. *Sistema constitucional tributário: de acordo com a Emenda Constitucional nº 51, de 14.02.2006*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CASTILHO, Paulo Cesar Baria de. *Confisco tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Teoria e prática das multas tributárias: infrações tributárias, sanções tributárias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

COSTA, Regina Helena. *Curso de direito tributário: constituição e código tributário nacional*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2009.

- DALLA, Ricardo Corrêa. *Multas tributárias: natureza jurídica, sistematização e princípios aplicáveis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- DENARI, Zelmo. *Curso de direito tributário*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- DIFINI, Luiz Felipe Silveira. *Proibição de tributos com efeito de confisco*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Direito constitucional tributário e due process of law*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- FACIN, Andréia Minussi. Vedação ao “confisco” tributário. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 80, p. 7-19, maio 2002.
- FREITAS, Leonardo e Silva de Almendra. Da estendibilidade do princípio do não-confisco às multas tributárias pecuniárias. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, n. 54, p. 211-232, jan./fev. 2004.
- GOLDSCHMIDT, Fabio Brun. *O princípio do não-confisco no direito tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- HARET, Florence. Multas tributárias de ofício, isolada, qualificada e agravada – considerações sobre cumulação de multas e sobre o entendimento jurisprudencial dos princípios da proporcionalidade e do não confisco aplicados às multas tributárias. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 225, p. 61-77, jun. 2014.
- HORVATH, Estevão. *O princípio do não-confisco no direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2002.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva et al (Org.). *Direitos fundamentais do contribuinte*. São Paulo: Revista dos Tribunais: Centro de Extensão Universitária, 2000.
- PAULSEN, Leandro. *Direito tributário, constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*. 17. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- PONTES, Helenilson Cunha. *O princípio da proporcionalidade e o direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2000.
- VILLEGAS, Hector. *Curso de finanzas: derecho financiero y tributario*. 4. ed. Buenos Aires: Depalma, 1990.

Submissão em: 16.11.2015

Avaliado em: 05.05.2016 (Avaliador A)

Avaliado em: 09.05.2016 (Avaliador B)

Avaliado em: 09.05.2016 (Avaliador C)

Aceito em: 14.09.2016



# A IDEOLOGIA CONSTITUCIONALMENTE ADOTADA COMO CRITÉRIO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: O CASO DA PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR LOCATÍCIO

*THE CONSTITUTIONALLY ADOPTED IDEOLOGY AS A CRITERIA FOR  
CONFLICT SOLUTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS: THE CASE OF THE  
SEIZURE OF THE GUARANTOR'S FAMILY'S ASSETS*

**Matheus Felipe de Castro<sup>1</sup>**

Doutor em Direito, Estado e Sociedade pela Universidade Federal  
de Santa Catarina – UFSC

**Izabel Preis Welter<sup>2</sup>**

Professora da Graduação em Direito na Faculdade de Itapiranga – FAI/SC

**ÁREA(S) DO DIREITO:** direito constitucional; direito imobiliário.

**RESUMO:** O objetivo do presente estudo é analisar a ideologia constitucionalmente adotada como critério de solução de conflitos entre direitos fundamentais. Para tanto, são estudados, os dois principais modelos econômicos ideias que podem vigorar no modo de produção capitalista e que

dão origem às diferentes modalidades de ideologias constitucionalmente adotadas, quais sejam, a ideologia do constitucionalismo liberal e a ideologia do constitucionalismo social. Dessa forma, se busca compreender a lógica ideológica, presente na Constituição Federal de 1988, ideologia que deverá permear as decisões políticas, administrativas e jurídicas do Estado

<sup>1</sup> Professor Adjunto do Departamento de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Professor e Pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Direitos Fundamentais da Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC. Advogado em Florianópolis. *E-mail:* matheusfelipedecastro@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/5886777694278516>.

<sup>2</sup> Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC. Servidora Pública Estadual. Oficial da Infância e Juventude no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Comarca de Itapiranga. *E-mail:* izabelpwelter@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/5541932729005783>.

brasileiro. O referencial teórico do trabalho é a leitura da ideologia constitucionalmente adotada pela Carta brasileira de 1988, conceito fomentado por Washington Albino Peluso de Souza, objetivando entender como essa ideologia pode se constituir em um filtro hermenêutico capaz de dirimir conflitos entre direitos fundamentais. Em outras palavras, o objetivo do estudo é verificar se a ideologia constitucionalmente adotada pode se constituir em um filtro hermenêutico capaz de solucionar conflitos de direitos fundamentais, como o caso da penhorabilidade do bem de família do fiador locatício. Sendo assim, para demonstrar a possibilidade da interpretação hermenêutica por meio da ideologia constitucionalmente adotada, escolheu-se o estudo do precedente, julgado do Recurso Extraordinário nº 407.688-8, que considerou ser penhorável o bem de família de fiador de contrato locatício. Até porque, neste caso é constatada a colisão entre dois direitos fundamentais, previstos na Constituição de 1988: de um lado, o direito à autonomia privada, fundamento da liberdade de iniciativa individual; e, de outro, o direito à moradia. Nesse sentido, o STF acabou interpretando esse conflito de maneira a dar prevalência à autonomia privada, suplantando direitos sociais como o direito à moradia, fundamento da impenhorabilidade do único bem de família. Esse estudo, ao seu final, pretende sinalizar se a ideologia constitucionalmente adotada é de fato um filtro hermenêutico eficaz analisando a coerência da decisão proferida pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no recurso extraordinário mencionado, ante a ideologia adotada pela Carta Política de 1988.

**PALAVRAS-CHAVE:** direitos fundamentais; ideologia constitucionalmente adotada; Estado Liberal; Estado Social; autonomia privada; direito à moradia.

**ABSTRACT:** *The purpose of this is to analyze the ideology constitutionally adopted as a criterion for resolving conflicts between fundamental rights. Therefore, are studied, the two main economic models that may be in force in capitalist production mode and that give rise to different forms of constitutionally adopted ideologies, namely the ideology of liberal constitutionalism and the ideology of social constitutionalism. Thus, we seek to understand the ideological logic, present in the Federal Constitution of 1988, ideology which should permeate all political, administrative and legal decisions of the Brazilian government. The theoretical reference of the work is the reading of the constitutionally adopted ideology by the Brazilian Constitution of 1988, concept inserted into the theory by Washington Albino Peluso de Souza, aiming to understand how this ideology can be a hermeneutical filter able to resolve conflicts between fundamental rights. In other words, the objective of the study is to verify if the constitutionally adopted ideology could constitute a hermeneutic filter capable of solving fundamental rights conflict as the case seizure of the guarantor's family's assets. Therefore, to demonstrate the possibility of hermeneutic interpretation by the constitutionally adopted ideology, we chose the study of precedent, judged the Extraordinary Appeal 407688-8, which*

*judged being attachable the guarantor's family's assets. Because, in this case is observed collision between two fundamental rights provided by the 1988 Constitution: on one side the right to private autonomy, the foundation of freedom of individual initiative and the right to housing. In this sense, the Supreme Court ended up interpreting this conflict in order to give preference to private autonomy, overcoming social rights such as the right to housing, the foundation of unseizability of the only family asset. This study, at the end, intends to signal whether the constitutionally adopted ideology is indeed an effective hermeneutic filter analyzing the consistency of the decision given by the Ministers of the Supreme Court in the Extraordinary Appeal 407688-8, compared to the ideology adopted by the 1988 Charter.*

**KEYWORDS:** *fundamental rights; constitutionally adopted ideology; liberal State; social state; private autonomy; right to habitation.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Ideologia constitucionalmente adotada; 2 Conflito entre direitos fundamentais (moradia x autonomia privada); 3 Um estudo de caso – A decisão do Recurso Extraordinário nº 407.688-8 do STF; Conclusão; Referências.

**SUMMARY:** *Introduction; 1 Constitutionally adopted ideology; 2 Conflict between fundamental rights (housing x private autonomy); 3 A case study – The decision of the Extraordinary Appeal nº 407.688-8 of the Supreme Court; Conclusion; References.*

## INTRODUÇÃO

A interpretação constitucional é feita principalmente pelos princípios que dão coerência ao sistema. Neste trabalho se apresentará uma forma de se interpretar as normas presentes no Texto Constitucional por meio da constatação da chamada “ideologia constitucionalmente adotada”, proposta hermenêutica apresentada e defendida pelo doutrinador mineiro Washington Peluso Albino de Souza, que propõe a análise da Constituição por meio de seu viés econômico.

Sendo assim, o presente estudo tem como tema a ideologia constitucionalmente adotada como critério de solução de conflitos de direitos fundamentais, como o da penhorabilidade do bem de família de fiador locatício.

Como meio de delimitação do tema e para demonstrar a possibilidade da interpretação hermenêutica por meio da ideologia constitucionalmente adotada, optou-se pela análise pormenorizada do precedente – julgado do Recurso Extraordinário nº 407.688-8 – que considerou ser penhorável o bem de família de fiador de contrato locatício. Neste caso existe a colisão entre dois direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988: o direito à autonomia privada, fundamento da liberdade de iniciativa individual, e o direito à moradia.



Nesse sentido, o STF acabou interpretando esse conflito de maneira a dar prevalência à autonomia privada, suplantando direitos sociais como o direito à moradia, fundamento da impenhorabilidade do único bem de família.

Em um primeiro olhar, aparentemente, trata-se de uma simples colisão de normas. Contudo, na verdade pretende-se demonstrar que o que está em jogo são dois preceitos fundamentais expressos na Constituição. Verifica-se, no caso apresentado, uma colisão de dois direitos humanos e fundamentais: de um lado está o direito à moradia, direito humano de segunda geração, previsto no art. 6º da Carta Política; e, de outro, está o direito à liberdade, art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, consubstanciada na autonomia privada, direito humano de primeira geração.

Nesse sentido, o objetivo geral da pesquisa é constatar se a ideologia constitucionalmente adotada pode se constituir em um filtro hermenêutico capaz de solucionar conflitos de direitos fundamentais como o caso da penhorabilidade do bem de família do fiador locatício, de modo que se verifique qual direito fundamental deve prevalecer: o direito social à moradia ou o direito à liberdade consubstanciada na autonomia privada.

O desenvolvimento do presente trabalho dar-se-á por meio de pesquisa bibliográfica de caráter exploratório, desenvolvida mediante leitura da literatura jurídica e análise na legislação pátria pertinente ao assunto, e o método utilizado será o indutivo. O referencial teórico do trabalho é a leitura da ideologia constitucionalmente adotada pela Carta brasileira de 1988 – conceito inserido no Direito brasileiro por Washington Albino Peluso de Souza.

## 1 IDEOLOGIA CONSTITUCIONALMENTE ADOTADA

O conceito de ideologia originou-se no período da Revolução Francesa, na década de 1790. A discussão tem início com a utilização da palavra pelo filósofo francês Antoine Destutt de Tracy, na década de 1790, em artigos apresentados em fascículos ao Instituto Nacional de Paris, e, posteriormente, no livro *Elementos da ideologia*<sup>3</sup>.

Na sua origem, a palavra foi utilizada para nomear uma nova ciência empírica das ideias. Em seguida, o termo indicava afiliação a uma forma de republicanismo liberal secular; e, posteriormente, adquiriu uma conotação pejorativa para radicalismo e, por fim, foi introduzido a uma esfera limitada para

<sup>3</sup> VICENT, A. *Ideologias política modernas*. Trad. Ana Luísa Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1995. p. 13.

indicar “doutrina política” em geral. Ideologia foi um neologismo que surgiu por meio dos termos gregos *eidos* e *logos* e pode ser definida como a “ciência das ideias”. No entanto, o termo se popularizou na França com o significado equivalente à “doutrina política”<sup>4</sup>.

O termo ideologia voltou a ser empregado com um sentido próximo ao do grupo de franceses pelo filósofo Auguste Comte. A expressão agora possuiria dois significados: segue sendo uma atividade filosófico-científica que estuda a formação das ideias a partir da observação das relações entre o corpo humano e o meio ambiente, ao mesmo tempo em que passa a significar o conjunto de ideias de uma época, tanto como opinião geral quanto na maneira de elaboração teórica dos pensadores dessa época. Por outro lado, para Émile Durkheim o ideológico é uma sobra de ideias antigas<sup>5</sup>.

Nesse ínterim, outros teóricos, como Marx, por exemplo, começaram a tratar o conceito de forma diversa, somando outras concepções àquela apresentada por Tracy. É pertinente salientar que o termo ideologia foi utilizado por Marx. Contudo, na obra de Marx, ideologia significa não apenas ineficácia prática, mas também ilusão e perda da realidade. O conceito associa-se à divisão de trabalho na sociedade, às classes e ao poder<sup>6</sup>.

Ao analisar o materialismo histórico e dialético é impossível compreender a origem e a função da ideologia sem compreender a luta de classes, pois a ideologia é uma maneira de dominação de uma classe e uma das formas de luta de classes. Parte de suposições, como a de que as ideias existem por si e em si mesmas desde sempre. Além disso, o que torna objetivamente possível a ideologia é o fenômeno da alienação. Ainda, o que torna possível a ideologia é a luta de classes<sup>7</sup>.

Conforme Andrew Vicent, hodiernamente, a ideologia pode indicar uma análise política individual, um conjunto de ideias que possui como objetivo legitimar o poder político, bem como pode revelar as concepções de um partido político, uma visão metafísica do mundo ou a consciência humana em geral<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> Idem, p. 13-14.

<sup>5</sup> CHAUI, M. *O que é ideologia*. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 2012. p. 34-36.

<sup>6</sup> VICENT, A. Op. cit., p. 16.

<sup>7</sup> CHAUI, M. Op. cit., p. 94-95.

<sup>8</sup> VICENT, A. Op. cit., p. 27.

Roberto Lyra Filho revela que a ideologia, em um primeiro momento, significou o estudo da origem e do funcionamento das ideias em relação aos signos que as representam. No entanto, logo passou a designar essas ideias mesmas o conjunto de pensamentos de uma pessoa ou grupo, a estrutura de suas opiniões, organizadas em um padrão<sup>9</sup>.

Pode-se dizer que o conceito de ideologia é um conceito relativamente novo. Contudo, a ideia original de que significa a “ciência das ideias” não pode ser considerada válida nos dias atuais. As ideologias sugerem determinados comportamentos e alinham objetivos. Muitas pessoas veem a sua ideologia como a verdade sobre o mundo<sup>10</sup>.

Sendo assim, o conceito abrangente de ideologia, assim formulado e compreendido como um conjunto de ideias que circundam a compreensão dos homens em torno dos fenômenos da vida, formando um “paradigma de pensamento” ou um “regime de verdade” que legitima certas afirmações e escolhas, permeia toda a vida social e não poderia ser diferente com o Direito Constitucional, ramo do ordenamento jurídico encarregado de juridicizar as opções políticas de um povo em dado contexto histórico.

De tal modo, o constitucionalismo se mostra como uma ideologia historicamente delimitada no tempo/espaço. Origina-se no contexto das grandes revoluções burguesas que trouxeram uma nova ordem jurídica que buscou consonância com as transformações sociais ocorridas e resulta do modo capitalista de produção. O constitucionalismo carregado de ideologia torna-se técnica basilar do aparelho do Estado<sup>11</sup>.

Nessa senda, analisando as Constituições, fica clarividente a incidência de ideologias divergentes. O liberalismo prevaleceu até a 1ª Guerra Mundial, perdendo força depois desse fato até a crise de 1929. Em seguida, o Intervencionismo Estatal foi crescendo até ser consolidado o chamado Estado de Bem-Estar Social. Dessa forma, verifica-se que diversas ideologias justificaram as ações políticas ao longo da história. Com a constitucionalização das nações, essa ideologia passa a orientar de forma implícita ou explícita as legislações dos

<sup>9</sup> LYRA FILHO, R. *O que é direito*. São Paulo: Brasiliense, 2012. p. 16.

<sup>10</sup> ZIZEK, S. O espectro da ideologia. In: *Um mapa da ideologia*. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999. p. 12.

<sup>11</sup> CASTRO, M. F.; MEZZAROBBA, O. *História ideológica e econômica das Constituições brasileiras*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 1.

países, bem como as ações governamentais, de modo que pode-se afirmar que nenhuma Constituição é desprovida de ideologia.

Por outro lado, uma das maneiras de se concretizar a Constituição é por meio da interpretação constitucional. Uma das formas de se interpretar as normas presentes no Texto Constitucional é por meio da constatação da chamada “ideologia constitucionalmente adotada”, proposta hermenêutica apresentada e defendida pelo doutrinador mineiro Washington Peluso Albino de Souza, que propõe a análise da Constituição por meio de seu viés econômico; desse modo, extraída por meio da análise dos princípios considerados fundamentos ideológicos do Estado, se verifica a ideologia adotada pela sua Constituição.

Analisados os preceitos constitucionais, extrair-se-á a denominada “ideologia constitucionalmente adotada”. De modo que esta será a ideologia vigente naquela ordem jurídica. As consequências até mesmo de conflitos entre os respectivos princípios, correção por conta da construção do discurso de modo a evitar ou, pelo menos, a oferecer instrumentos que “desfigurem ‘antinomias’ irreconciliáveis”<sup>12</sup>.

Em termos abrangentes, a “ideologia constitucionalmente adotada” diz respeito ao processo jurídico-político de transformação de “ideologias econômicas puras”, como o capitalismo, o nacionalismo e o socialismo, em uma ordem juridicamente positivada, misturando-as em um único texto que deve ser aplicado. Refere-se a uma maneira de juridificação do discurso ideológico elaborado no plano econômico-político pelo Poder constituinte. A constitucionalização de fatos econômicos significa uma modificação do tipo de “ordem”, isto é, a transmutação de institutos do sistema econômico – e por isso disponível a qualquer ideologia. Pode-se perceber que a constitucionalização de um fenômeno econômico – com desaprovação do discurso ideológico puro – proporciona uma ressignificação axiológica do instituto econômico, conforme os outros princípios orientadores da Constituição econômica<sup>13</sup>.

Por isso, a existência no ordenamento de determinados princípios que, embora de forma não explícita, desempenham papel de importância definitiva no processo de interpretação/aplicação do Direito é inquestionável. Esses princípios que dão o tom da Constituição e exemplificam as finalidades e os objetivos a serem atingidos pelo Estado.

<sup>12</sup> SOUZA, W. P. A. de. *Teoria da Constituição econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 34.

<sup>13</sup> CLARK, G.; CORRÊA, L. A.; NASCIMENTO, S. P. do. Ideologia constitucional e pluralismo produtivo. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Edição especial em memória do Professor Washington Peluso, p. 275, 2013.

Uma das ideologias constitucionais presente em Estados capitalistas é o chamado constitucionalismo liberal. O liberalismo é muito presente na forma de vida e na cultura do Ocidente e baseia-se, a princípio, no individualismo, na tolerância e no progresso. Nessa senda, o liberalismo econômico foi o preceito organizador de uma sociedade engajada na criação de um sistema de mercado. Nascido como mera propensão em favor de métodos não burocráticos, ele evoluiu para uma fé verdadeira na salvação do homem por meio de um mercado autorregulável. Nas palavras de Polanyi<sup>14</sup>, “liberalismo econômico é o princípio organizador de uma sociedade na qual a indústria se baseia na instituição de um mercado ‘autorregulável’”.

Adam Smith foi um dos principais teóricos do liberalismo. Para ele, a Nação tem um significado econômico. A Nação é formada pelas pessoas que contribuem para o progresso econômico, produzindo bens e valores para o mercado. Todos devem participar do trabalho e o papel da Nação é redigir uma constituição para manter a possibilidade de evolução do sistema político em conformidade com os interesses econômicos<sup>15</sup>. Quanto mais se produz, mais se aumenta a quantidade de dinheiro e esta circulação é o efeito e não a causa da prosperidade pública. Em suma, as ideias de Adam Smith que se destacam revelam que o mercado deve ser autorregulável e que o Estado atuaria como se fosse uma “mão invisível”. Além disso, enriquecer é um mérito pessoal e todos na sociedade são iguais e possuem as mesmas condições de tornarem-se ricos e prósperos.

No término do século XIX estavam incrustadas na sociedade as consequências do liberalismo econômico. Contudo, com o desenvolvimento e o crescimento da população ficou constatado que a ordem até então vigente já não respaldava mais as necessidades do mercado, principalmente as relações de consumo do mercado. O Estado Liberal criou a concepção moderna de liberdade e espalhou o princípio da personalidade humana, em preceitos individualistas. No entanto, uma reinterpretação do conceito de liberdade possibilitou a ascensão do Estado Social.

O primeiro momento essencial para a consolidação do constitucionalismo foi a construção das ideias de Estado de Direito e de Nação. O segundo momento

---

<sup>14</sup> POLANYI, K. *A grande transformação: as origens da nossa época*. 2. ed. Trad. Fanny Wrobel. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 167.

<sup>15</sup> BERCOVICI, G. O poder constituinte do povo no Brasil: um roteiro de pesquisa sobre a crise constituinte. *Lua Nova*, n. 88, p. 317, 2013.

foi a transformação do Estado Liberal para Estado Social, quando se incluiu ao texto das Constituições direitos sociais e econômicos, retirando o Estado de sua relativa inércia. O Estado passa a intervir na sociedade, além de implantar programas, metas, objetivos e fins sociais a serem alcançados por meio de esforços políticos<sup>16</sup>.

O surgimento do Estado Social ocorreu com a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição do Estado alemão, que fundou a República de *Weimar* em 1919, logo após o fim da 1ª Guerra Mundial e a Revolução Russa de 1917, constituições essas que estabeleceram novos direitos: os direitos econômicos e sociais. Ainda, a crise de 1929 pode ser considerada um grande fator de descrédito do regime liberal.

Sendo assim, o Estado passa a intervir nas relações privadas com o objetivo de diminuir as desigualdades sociais, propiciar o bem-estar e o acesso a bens de consumo para toda a população. Estabeleceu-se, no mundo todo, a ideia de que a intervenção estatal era necessária para o bem-estar de todas as pessoas, e não somente daqueles que detinham o poder econômico. O Estado Social visa a acrescentar ao olhar econômico, valores próprios do político e do jurídico como justiça, igualdade e paz social.

O Estado de Bem-Estar Social se origina devido a uma consequência da presença cada vez maior das ideias socialistas, da crescente participação do Estado na gestão econômica e das ideias desenvolvidas por John Maynard Keynes. O economista John Maynard Keynes deu novo fôlego ao capitalismo, ao possibilitar que as ideias socialistas e a intervenção do Estado da economia tivessem êxito. Isso, ao transformar a questão do pleno emprego o cerne da teoria econômica, ao compreender o Estado como agente econômico e ao defender a política fiscal como instrumento.

## **2 CONFLITO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS (MORADIA X AUTONOMIA PRIVADA)**

Ao analisar a evolução histórica dos direitos humanos, verifica-se uma série de conquistas que se originam nas liberdades individuais. Os direitos fundamentais considerados de primeira geração são os direitos da liberdade, os direitos civis e políticos. Esses direitos possuem por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, são direitos de resistência ou de oposição. Além disso, estão na categoria do *status* negativo e revelam a separação entre sociedade e Estado.

<sup>16</sup> CASTRO, M. F.; MEZZAROBA, O. Op. cit., p. 11.

Esses direitos tornaram possível a delimitação da atuação do Estado. Por isso, protegem a liberdade pessoal que abrange a atuação econômica e o usufruto da propriedade. É nessa geração de direitos que está o direito à liberdade consubstanciada na autonomia privada. Em um conceito simplista, quer dizer, no direito que o indivíduo possui de formalizar um contrato qualquer livremente e com a mínima interferência estatal.

A seu turno, a autonomia privada pode ser entendida como a expressão da liberdade na seara dos negócios jurídicos, pois revela o poder que toda a pessoa tem de regulamentar seus próprios interesses conforme o sistema de direito positivo, sob a égide do qual será constituído o negócio jurídico. A autonomia é resultado da própria lei. A autonomia privada é uma construção feita pelo direito negocial e possui como consequência reconhecer às pessoas o poder de definir a existência, os sujeitos e os efeitos de seus negócios jurídicos<sup>17</sup>.

Nessa senda, a autonomia privada se consubstancia na esfera de liberdade do indivíduo no exercício dos direitos e na formação das relações jurídicas concretas garantidas *in abstracto* na lei. Dentro desta esfera, o indivíduo pode autorregular os seus interesses. A definição de autonomia privada inclui dois institutos centrais do direito privado: a propriedade e o negócio jurídico<sup>18</sup>. Sendo assim, a autonomia privada pode ser conceituada como um princípio fundamental que possui como alicerce a vontade humana e o poder de autodeterminação das pessoas. Poderia se dizer que é o poder que o indivíduo tem de autodeterminar-se na vida civil.

Enzo Roppo diz que a autonomia significa “o poder de modelar por si e não por imposição externa as regras da sua própria conduta”; a autonomia privada ou a autonomia contratual significam liberdade dos sujeitos de determinar com a sua vontade de uma contraparte, no consenso contratual, o conteúdo das obrigações que se pretende assumir e das modificações que se pretende introduzir no seu patrimônio. Os sujeitos privados são livres de obrigar-se como quiserem. Contudo, “quando se obrigam, obrigam-se verdadeiramente”<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> PAUL, A. C. Limites à autonomia privada. Dissertação (Mestrado em Direito) - PUC/SP. São Paulo, p. 16-17, 2008. 153 p.

<sup>18</sup> TARREGA, M. C. V. B. *Autonomia privada e princípios contratuais no Código Civil*. São Paulo: RCS, 2007. p. 87-90.

<sup>19</sup> ROPPO, E. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p. 127-128.



De outra banda, ressalta-se, neste trabalho, que os direitos fundamentais de segunda geração dominaram o século XX, são direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividades preceituados no constitucionalismo das distintas formas de Estado Social, posteriores à ideologia e à reflexão antiliberal do século XX. São os princípios de igualdade.

Os direitos fundamentais de segunda geração permitiram com que se descobrisse um novo conteúdo dos direitos fundamentais: as garantias institucionais. Originaram a consciência de que, além de proteger a liberdade do indivíduo, é muito importante proteger a instituição. Entende-se que os direitos fundamentais não se constituem nos direitos de liberdade, pois esta não pode se institucionalizar como garantia, pois isso aniquilaria a natureza do próprio direito. Nasce, assim, um novo entendimento de direitos fundamentais no qual a liberdade é objetivada, presa a ligações normativas e institucionais, de modo que o Estado torna-se agente concretizador dos direitos de segunda geração. Produz pressupostos fáticos que garantem o exercício da liberdade de fato<sup>20</sup>.

O reconhecimento dos direitos sociais possibilitou novos sujeitos de direito. Essa disseminação faz com que o problema do reconhecimento efetivo dos direitos ressurgja, tornando pertinente a intervenção do Estado na sua defesa. Essa intervenção não é necessária na proteção dos direitos de liberdade. Ademais, os direitos de liberdade possuem o escopo de limitar o poder do Estado. Por outro lado, os direitos sociais multiplicam os poderes do Estado, porque esses prescindem de intervenção estatal para a sua concretização<sup>21</sup>.

Entre o rol de direitos sociais está o direito à moradia. Verifica-se que a problemática do direito à moradia tem sido tema de debates internacionais. O direito à moradia é considerado um direito social e um atributo elementar da personalidade. No ordenamento constitucional pátrio, o art. 6º da Constituição Federal possui alguns termos para definir os titulares dos direitos sociais; entretanto, embora possa ser compreendido que se trata de uma assistência aos desamparados que possuem delimitação econômica, é sabido que, na realidade, todas as pessoas são titulares dos direitos sociais. Os direitos fundamentais sociais podem ser considerados direitos a ações positivas fáticas, que, se o indivíduo tivesse possibilidade financeira e encontrasse no mercado, poderia adquiri-las;

<sup>20</sup> BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*. 22 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 565-569.

<sup>21</sup> BOBBIO, N. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 71-72.



porém, caso isso não possa ocorrer e devido à relevância dessas prestações, cabe ao Estado garanti-las com fundamento em dispositivos constitucionais.

Como é o caso da habitação, se todas as pessoas tivessem condições de adquirir a sua casa própria, é certo que o fariam. Como isso não acontece, é dever do Estado permitir com que todas as pessoas possuam esse e outros direitos fundamentais sociais garantidos. O direito à moradia foi reafirmado como direito humano, o que significa que os Estados nacionais têm obrigações e responsabilidades para assegurar esse direito, reconhecido pelo Estado brasileiro, o que revela que é dever deste garantir e assegurar o direito à moradia a seus cidadãos, inclusive no que se refere às decisões judiciais.

Por outro lado, verifica-se uma mitigação, nos Estados intervencionistas, da importância da vontade nos negócios jurídicos. A autonomia da vontade não foi extinta e continua sendo elementar para os negócios jurídicos. Contudo, a autonomia da vontade sem limites tornou-se insustentável com o advento do Estado de Bem-Estar Social, pois este considerou a solidariedade à dignidade humana como seus princípios mais importantes. Por meio dos limites impostos à autonomia privada, é possível constatar a sua relativização.

Percebe-se claramente a existência de limites à autonomia privada. A existência de regras ou princípios constitucionais muitas vezes se constitui empecilho à autonomia privada. A Constituição Federal preceitua a livre iniciativa, mas a possui como valor maior à justiça social; portanto, sempre que a autonomia privada ferir o princípio maior da justiça social, deverá ser limitada.

Verifica-se, com isso, que a autonomia privada não se submete mais meramente à vontade, mas sim a uma série de regramentos em que a competência do sujeito para guiar as consequências de suas relações jurídicas deve estar fundamentada nas restrições realizadas pela legislação. Limites devem ser respeitados, a autodeterminação jurídica ocorre onde o ordenamento prevê que isso é possível. O que acontece é uma mudança de paradigma, pois não é mais a vontade que escolhe livremente as normas aplicáveis ao ato que se pretende praticar, mas sim o ordenamento que seleciona a vontade que com ele é condizente<sup>22</sup>.

Enzo Roppo revela que estipular o conteúdo contratual quer dizer, hodiernamente, definir que a composição e o arranjo recíproco receberão os

---

<sup>22</sup> PAUL, A. C. Limites à autonomia privada. Dissertação (Mestrado em Direito) – PUC/SP, São Paulo, p. 24, 2008. 153 p.

interesses das partes envolvidas na operação econômica e que o contrato é chamado a dar vinculatidade jurídica. Determinar o regulamento contratual significa, em suma, fixar e traduzir em compromissos jurídicos os termos da operação econômica prosseguida com o contrato, e definir as variáveis que no seu conjunto reflete a conveniência econômica do próprio contrato<sup>23</sup>. É importante destacar que apenas nos limites impostos pela lei as partes podem “livremente” determinar o conteúdo do contrato. Esta é uma expressão do princípio da autonomia privada ou autonomia contratual.

Por outro lado, salienta-se que, no Direito brasileiro, são taxativamente direitos sociais os estipulados no art. 6º da Constituição Federal, e esses direitos concretizam-se no indivíduo em dimensão objetiva, envolvendo o concurso do Estado e da sociedade. A concretização e defesa dos direitos sociais, a sua inviolável contextura formal, premissa indeclinável de uma construção material sólida desses direitos, formam a base para a eficácia da dignidade da pessoa humana nos quadros de uma organização democrática da sociedade e do Poder<sup>24</sup>.

Sem a concretização dos direitos sociais não se poderá atingir uma sociedade livre, justa e solidária, como pretende o art. 3º da CF. E também jamais se conseguirá diminuir as desigualdades sociais e regionais como preceituam o art. 170, inciso VII, e o art. 3º da Carta Política. Com base nesse raciocínio, o Estado é ator político e jurídico determinante para promover transformações no âmbito político, social e econômico. Deve ser um Estado interventor, que produza políticas públicas em busca da efetivação de seu sistema jurídico, que crie normas e ordenamentos jurídicos que possibilitem maior igualdade e justiça social, que atue por meio de seus funcionários na busca da concretização da dignidade da pessoa humana.

Como anteriormente verificado, o direito à moradia é um direito social, encontrando guarida no rol dos direitos humanos de segunda “geração”, um direito subjetivo de todos os cidadãos. E uma das maneiras de dar imediata concretude à proteção constitucional é justamente a questão do fiador de relação locatícia proprietário de bem de família, construído por meio da inviolabilidade de seu direito de morar.

Como consequência das normas que definem o direito à moradia como um direito social, o Estado tem a obrigação positiva de adotar políticas, ações

<sup>23</sup> ROPPO, E. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p. 126.

<sup>24</sup> BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 657.

e demais medidas compreendidas e extraídas da Constituição para assegurar e tornar efetivo esse direito, em especial aos que se encontram no estado de pobreza e miséria. Por outro lado, a Constituição mitiga a relevância contratual, tornando a autonomia privada relativa e sujeita à intervenção Estatal; em contrapartida, reforça a importância dos direitos sociais, entre eles o direito à moradia.

### **3 UM ESTUDO DE CASO - A DECISÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 407.688-8 DO STF**

O instituto da fiança, herança do Código Civil de 1916, está presente sem qualquer modificação no Código de 2002, mais precisamente nos arts. 818 a 839. No que diz respeito aos contratos locatícios, o art. 37 da Lei nº 8.245/1991 elenca as garantias que o locador pode exigir, de modo que o inciso II preceitua a fiança como uma das formas de garantia do contrato locatício.

Sendo assim, o instituto da fiança nada mais é do que a garantia de pagamento do crédito locatício por parte do locatário. No entanto, tal garantia é prestada por um terceiro, não pelo locatário, ou seja, um sujeito estranho à relação contratual que possui como responsabilidade a quitação do débito. O fiador disponibiliza um bem imóvel de seu patrimônio para garantir uma dívida que, a princípio, não é sua. Caso esse bem seja o único bem de família que possui, questiona-se se tal situação seria permitida.

Até porque o instituto do bem de família do Código Civil revela que, por meio de expressa manifestação de vontade, um bem fica isento de execução por dívidas, por isso impenhorável. No entanto, isso depende de algumas formalidades, como a manifestação de vontade por meio de escritura pública e sua inscrição junto ao registro público de imóveis (art. 1.714 do CC/2002). Com a Lei nº 8.009/1990 passou a vigorar o bem de família legal, não o convencional, porque a sua invocação não depende mais da manifestação de vontade prévia do proprietário, nem mesmo do requisito de prévia solvência do proprietário<sup>25</sup>.

Tal dispositivo demonstra um avanço no ordenamento jurídico, pois se amolda à ideologia da Constituição Federal de 1988, conhecida como “Constituição cidadã”. Constata-se que o instituto bem de família não possui como finalidade apenas proteger o patrimônio, mas sim a família e sua morada. Sendo a família núcleo essencial da sociedade, precisa de uma moradia para a

---

<sup>25</sup> AINA, E. M. B. *O fiador e o direito à moradia: direito fundamental à moradia frente à situação do fiador proprietário de bem de família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 8-9.

sua unidade. Dessa forma, o patrimônio não é apenas um fim, mas uma forma de garantir os valores atinentes à família<sup>26</sup>.

Nesse sentido, a Lei nº 8.009/1990, que preceitua a impenhorabilidade do bem de família, revela, em seu art. 1º, que “o imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei”. Esse artigo possui como objetivo defender o direito à moradia, não sendo o imóvel sujeito à execução em fiança<sup>27</sup>.

Quando a lei mencionada foi promulgada, ela continha seis exceções à impenhorabilidade, descritas em seu art. 3º. Entretanto, a Lei nº 8.245/1991, conhecida como Lei do Inquilinato, trouxe mais uma condição que permite que o bem de família seja penhorado:

Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:

[...]

VII – por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

Procurava-se, dessa forma, proteger o direito de moradia dos locatários, sacrificando-se o direito de moradia dos fiadores. Entretanto, verifica-se, neste caso, um fato social gravíssimo, pois um indivíduo perde a sua única moradia em função de uma dívida de terceiro, sendo que pela mesma dívida o locatário não perderia o seu bem de família. O direito constitucional à moradia, constitucionalmente garantido, visa a possibilitar um ambiente digno e saudável para o bem-estar da entidade familiar. Em virtude de a impenhorabilidade proteger o direito à moradia e, assim, a dignidade da pessoa humana, choca-

<sup>26</sup> STRASBURGER, F. A penhora do bem de família do fiador da locação: uma análise à luz da principiologia jurídica. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais aplicadas). Universidade Estadual de Ponta Grossa, Ponta Grossa, p. 74-76, 2007. 128 p. Disponível em: <[http://www.bicen-tede.uepg.br/tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=128](http://www.bicen-tede.uepg.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=128)>. Acesso em: 25 jul. 2013.

<sup>27</sup> GORZONI, P. F. A. da C. Supremo Tribunal Federal e a vinculação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Monografia apresentada à Sociedade Brasileira de Direito Público como exigência para a conclusão do curso da Escola de Formação do ano de 2006. São Paulo, p. 54, 2007. 81 p.

-se com o princípio da autonomia privada no sentido da livre negociação patrimonial.

Percebe-se, desse modo, que a fiança é geralmente a única maneira que a maioria da população encontra para garantir o seu acesso à moradia. É evidente que esta situação faz surgir um problema social sério. Dessa forma, a inclusão do art. 3º na Lei nº 8.245/1991 não estaria se esquivando dos fins constitucionais do Estado baseados na dignidade humana e na erradicação da pobreza e das desigualdades sociais? Por outro lado, mencionando que o crédito decorre de um negócio jurídico estabelecido “livremente” pelas partes, a impenhorabilidade poderia exprimir estímulo à insegurança dos negócios jurídicos, bem como insulto à base da autonomia privada<sup>28</sup>.

Nesse sentido, analisando a questão do fiador de contrato locatício, que, como já mencionado, não possui qualquer vantagem no negócio em que se obriga, o fazendo devido a questões emocionais, para garantir o acesso à moradia de uma família, pode-se facilmente indagar se de fato existe liberdade neste negócio jurídico. Ainda pode-se questionar o papel do Estado frente a essa situação.

Por todo o exposto, muito embora possa parecer um mero conflito de disposições normativas, na realidade o que está em pauta são dois valores fundamentais expressos na Constituição. Constata-se, assim, a colisão de dois direitos humanos e fundamentais: de um lado está o direito à moradia, direito humano de segunda geração e fundamental, previsto no art. 6º da Carta Política; e, de outro, está o direito à liberdade, art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, consubstanciada na autonomia privada, direito humano de primeira geração.

No ano de 2006, inconformado com a decisão do antigo 2º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, que entendeu ser admissível a constrição do seu imóvel residencial, um fiador interpôs recurso extraordinário (RE 407.688-8), buscando dirimir se a questão da penhorabilidade do bem de família do fiador de contrato de locação persiste, ou não, com o advento da Emenda Constitucional nº 26/2000, que ampliou o art. 6º da CF, incluindo a moradia entre os direitos sociais.

A questão foi levantada em controle difuso, sendo que a decisão se refere a um caso concreto de um fiador específico, e não controle de constitucionalidade

---

<sup>28</sup> AINA, E. M. B. *O fiador e o direito à moradia: direito fundamental à moradia frente à situação do fiador proprietário de bem de família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 26-27.

da lei que dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. A maioria dos ministros do STF entendeu que a impenhorabilidade do bem de família de fiador de contrato locatício não ofende o direito à moradia previsto no art. 6º da Constituição Federal.

Dessa forma, torna-se importante analisar o voto dos Ministros, especialmente sob o enfoque da ideologia utilizada por eles para dirimir a questão, verificando se a decisão coaduna com a ideologia predominante na Carta Política de 1988.

Ao julgarem a colisão de direitos fundamentais de dimensões e ideologias distintas, os Ministros decidiram desta forma:

i) O Relator, Ministro Cezar Peluso, entendeu inconsistente o recurso, salientando que a penhora do bem de família, em tese, não viola o art. 6º da Constituição. Disse que o direito à moradia não se confunde com o direito à propriedade imobiliária ou o direito de ser proprietário de um imóvel. Mencionou, ainda, que um dos fatores que prejudicam os locatários e por vezes os impedem de locar seus imóveis é justamente a precariedade de garantias lícitamente exigíveis. Revela, ainda, que a penhorabilidade do bem de família protege o direito social à moradia, pois abriga o direito do locador, não apenas um direito de crédito.

Constata-se que o voto do Ministro Cezar Peluso foi estritamente dogmático em sua interpretação da colisão de direitos fundamentais, considerou a letra da lei infraconstitucional e privilegiou o direito fundamental à autonomia privada. Dessa forma, apresentou uma interpretação majoritariamente liberal.

ii) Por outro lado, o Ministro Eros Grau entendeu que existe afronta à isonomia e ao direito à moradia e defende a aplicação direta de preceito constitucional na relação privada, afastando, em consequência, a penhorabilidade do caso. Disse que não se apegou à lógica do mercado, mas sim no que entende que diz a Constituição e concluiu que não houve recepção, pela Emenda Constitucional nº 20, da lei que excepcionou a regra da impenhorabilidade. Deixa claro que avaliou a questão interpretando o texto da Constituição como um todo, entendendo que a situação do fiador fere o princípio da isonomia. Tal entendimento está em consonância com os objetivos e fundamentos do Estado Social.

iii) De outra banda, o Ministro Joaquim Barbosa argumentou que haveria uma colisão dos direitos fundamentais: por um lado, o direito à moradia; e, de outro lado, a autonomia da vontade. Mencionou que se está diante de

uma relação entre particulares, tipicamente de direito privado. Considerando o embate entre esses direitos fundamentais, discorreu que, no caso concreto, não há incompatibilidade do art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/1990, inserido pela Lei nº 8.245/1991, com o direito à moradia do art. 6º da CF, isso porque o fiador dispõe desse direito por vontade própria, por meio de contrato. De modo que o que deve prevalecer é a autonomia do fiador, e não seu direito à moradia.

Constata-se que, ao ponderar sobre a colisão de direitos fundamentais, o Ministro Joaquim Barbosa interpretou o Texto Constitucional de forma isolada, privilegiando uma análise juscivilista e liberal.

*iv)* Diferentemente de Joaquim Barbosa, o Ministro Carlos Brito atribuiu certo caráter absoluto ao direito à moradia e extraiu que, por ser uma necessidade essencial, esse direito deve se tornar indisponível, não podendo sofrer penhora por efeito de contrato de fiança. Considerou que em três oportunidades (art. 6º, art. 7º, inciso IV, e art. 23, inciso IX) a Constituição Federal preceituou o direito à moradia. Mencionou, inclusive, a proteção estatal à família descrita no art. 226 da Carta Política. Concluiu que o direito à moradia possui muita importância na Constituição.

Sendo assim, é perceptível que o Ministro Carlos Brito realizou uma interpretação abrangente da constituição e decidiu que o princípio mais relevante para a ordem jurídica vigente e que, portanto, no seu entendimento deve prevalecer o direito à moradia do fiador, concedendo prioridade ao direito social.

*v)* Gilmar Mendes percebeu, no caso, uma colisão entre dois direitos fundamentais, o direito à moradia e o direito que considera tão elementar que nem está explícito no Texto Constitucional, o princípio da autonomia privada. Desse modo, revela que o princípio da autonomia privada, que preceitua a autodeterminação das pessoas, está integrado ao direito de personalidade e, portanto, deverá prevalecer.

Ao ponderar sobre a importância dos dois direitos fundamentais, o Ministro Gilmar Mendes concluiu que a autonomia privada deverá prevalecer, até porque na situação do fiador de contrato locatício entendeu que não há violação do direito à moradia, priorizando o direito fundamental de primeira geração à autonomia privada de cunho liberal.

*vi)* A Ministra Ellen Gracie acompanhou o Relator, no sentido de que a Constituição assegura o direito à moradia, o qual pressupõe as condições



necessárias a sua aquisição por meio da propriedade ou locação. A Ministra Ellen Gracie manifestou no seu entendimento inclinação à ideologia liberal.

vii) O Ministro Marco Aurélio não constatou a existência de uma colisão entre dois direitos fundamentais de ideologias distintas e ponderou no sentido de que se trata da questão de inconstitucionalidade do inciso VII do art. 3º da Lei nº 8.009/1990, com a redação trazida pela Lei nº 8.245/1991. Ao final, disse que o inciso VII do art. 3º da Lei nº 8.009/1990 é constitucional, entendendo que o recurso deve ser desprovido.

viii) Já o Ministro Celso de Mello confere caráter absoluto ao direito à moradia, tornando-o indisponível em relação ao particular. Ao proferir o seu voto, demonstra claramente que fez uma interpretação da ideologia constitucionalmente adotada e entendeu que um dos fundamentos da República é o princípio da dignidade da pessoa humana, delineado pela Constituição Federal de 1988, além dos valores sociais e da livre iniciativa. Elucida que toda a norma do ordenamento deve ser interpretada conforme os princípios da Constituição Federal e mencionou, ainda, os objetivos constitucionais de construção de uma sociedade livre, justa, solidária e de erradicação da pobreza.

ix) O Ministro Sepúlveda Pertence acompanhou o Relator, negou provimento ao recurso e manifestou uma visão civilista do direito constitucional, característica do Estado Liberal.

x) Da mesma forma, o Ministro Nelson Jobim acompanhou o Relator, manifestando a preocupação com o futuro do mercado locatício e com o desrespeito às normas infraconstitucionais, de maneira que não analisou a Constituição como um todo, não levando em consideração os objetivos e fundamentos preceituados na Constituição Federal de 1988.

Constatou-se que o Supremo Tribunal Federal tem, atualmente, entendimento consolidado de que a possibilidade de penhora do único bem de fiador em contrato de locação seria plenamente constitucional. A decisão que prevaleceu é estritamente legalista e analisou somente as consequências econômicas da decisão, deixando de lado a colisão principiológica. Esta que nem foi mencionada por alguns Ministros, que se restringiram tão somente a análise isolada da letra da lei.

Decisão contrária ao expressado pela Carta de 1988, que sofreu influência pelo nacional-desenvolventismo, com faceta democratizante, desejava de participação popular na construção das políticas econômicas, uma carta que define a construção de uma nação política e economicamente soberana,



tecnologicamente desenvolvida e socialmente justa, por meio da constituição de um mercado forte e capaz de reduzir as desigualdade sociais e regionais. É uma Carta burguesa, mas não é liberal clássica, possui cunho socialdemocrata, constitui um Estado Democrático de Direito, fundado na legalidade, possuindo mecanismos de intervenção do Estado na economia<sup>29</sup>.

A interpretação da CF de 1988 é notadamente principiológica, tendo por fundamento, inclusive no que se refere à ordem econômica: a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III) e como fim da ordem econômica (art. 170, *caput*); os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV) e - valorização do trabalho humano e livre iniciativa - como fundamentos da ordem econômica (art. 170, *caput*); a construção de uma sociedade livre, justa e solidária como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, I); a garantia do desenvolvimento nacional como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, II); a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, III); e a redução das desigualdades regionais e sociais também como princípio da ordem econômica (art. 170, VII).

Ainda menciona: a liberdade de associação profissional ou sindical (art. 8º); a garantia do direito de greve (art. 9º); a sujeição da ordem econômica aos ditames da justiça social (art. 170, *caput*); a soberania nacional, a propriedade e a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego e o tratamento favorecido para as empresas de capital nacional de pequeno porte, todos os princípios enunciados nos incisos do art. 170; a integração do mercado interno ao patrimônio nacional (art. 219); o princípio da ordenação normativa por meio do direito econômico (art. 24, I).

A Constituição Federal brasileira, promulgada em 5 de outubro de 1988, esculpiu um modelo político de Estado Social. Tal afirmação já fica clarividente com a análise do Preâmbulo, dos objetivos fundamentais previstos no art. 3º e pelo fato de os direitos sociais serem inseridos no Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais, demonstrando a importância desses direitos.

---

<sup>29</sup> CASTRO, M. F.; MEZZARROBA, O. Op. cit., p. 136-137.

Contudo, isso é constatado, especialmente, ao ser analisado o Título VII da Carta Magna de 1988, que preceitua a respeito “Da Ordem Econômica e Financeira”, que anuncia já no *caput* do art. 170 que a ordem econômica é fundada nos ditames da justiça social. Esse conjunto de princípios deve ser interpretado na sua totalidade, o que permite extrair, do Texto Constitucional, a definição do sistema e do modelo econômico que fora adotado.

Constata-se que a ordem econômica na Constituição de 1988 define opção pelo sistema capitalista, há um modelo definido na ordem econômica na Constituição de 1988, modelo aberto, porém desenhado na afirmação de pontos de proteção contra modificações extremas, o modelo de bem-estar. Sendo assim, a ordem econômica na Constituição de 1988, sendo objeto de interpretação dinâmica, poderá ser adequada às mudanças da realidade social, prestando-se, ademais, a instrumentá-las<sup>30</sup>.

Dessa forma, a Constituição brasileira adota como modelo econômico nacional o modo capitalista de produção, com visível superação entre as esferas do público e do privado, seu caráter intervencionista e seu cuidado com o desenvolvimento de uma sociedade de bem-estar social. Caso uma teoria ou sistema possa ser identificado em seu conteúdo, essa teoria teria proximidade do modelo keynesianismo<sup>31</sup>.

Por isso a interpretação dos princípios constitucionais leva à assertiva de que o Estado deve ser efetivo agente da promoção do bem-estar. O alcance do bem-estar é, historicamente, o mínimo que tem a almejar a sociedade brasileira. Nitidamente a ordem econômica da Constituição Federal de 1988 postula um modelo de bem-estar<sup>32</sup>.

Os direitos fundamentais são fortemente destacados na Carta de 1988. O art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988 preceitua que os direitos e as garantias fundamentais que descrevem a respeito de garantias individuais sociais e políticas são imediatamente vinculantes. Isso quer dizer que os direitos fundamentais independem de qualquer ordem expressa para serem efetivados. Caso o legislador permaneça inerte, não regulamentando e, como consequência,

<sup>30</sup> GRAU, E. R. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 344.

<sup>31</sup> CASTRO, Matheus Felipe de. *Capitalista coletivo ideal: o Estado e o projeto de desenvolvimento nacional na Constituição de 1988*. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, p. 433, 2009. 643f..

<sup>32</sup> GRAU, E. R. *Op. cit.*, p. 306.

limitando um direito, existe a possibilidade de esses direitos serem exercidos de pronto, sendo o Poder Judiciário competente para julgar casos de violação.

Portanto, alegações como as que mencionam que os direitos fundamentais sociais devem ser remetidos à esfera programática, ou mesmo vinculados à possibilidade orçamentária do Estado, não podem prosperar. Fica evidente também o papel do Judiciário na questão da aplicabilidade, este também possui função de garantidor dos direitos sociais. A aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais é imediata, de modo que o Estado brasileiro é responsável, política e juridicamente, por promover as transformações sociais e econômicas necessárias com o escopo de efetivar o modelo de Estado que adota em sua Carta Magna, qual seja, o Estado Social.

Salienta-se o tratamento da autonomia da vontade, o *pacta sunt servanda*, como um princípio inafastável do ordenamento jurídico, delimitado, no caso em estudo, pela autonomia privada, decorrendo do pensamento individualista liberal. Por outro lado, a lei de impenhorabilidade do bem de família se amolda à ideologia constitucional da chamada Constituição cidadã, até porque é decorrência lógica do direito fundamental à moradia.

## CONCLUSÃO

A ideologia preponderante na Carta Política do Estado é o que orienta e legitima as ações políticas e jurídicas realizadas. Neste trabalho, apresentou-se a ideologia constitucionalmente adotada, conceito hermenêutico defendido pelo doutrinador Washington Peluso Albino de Souza. Esta proposta visa fundamentalmente a interpretar as normas e os princípios do direito constitucional por meio de preceitos constitucionais da ordem econômica. A Constituição econômica é integrante do conjunto da Constituição em geral.

Seguindo os parâmetros estabelecidos pelo conceito proposto, o intérprete, ao observar a juridicalização da política econômica, precisa vincular-se às bases previstas na Constituição econômica. Frisa-se que a Constituição econômica é parte de extrema relevância do conjunto da Constituição geral, pois constitui elementos fundamentais da organização constitucional, explicitando valores políticos fundamentais e consolidando a ideologia inspiradora da Constituição.

O trabalho deu enfoque especial às duas ideologias dominantes no sistema capitalista. A primeira é a do constitucionalismo liberal. O liberalismo econômico foi o conceito organizador de uma sociedade orientada para o surgimento de um sistema de mercado. Foi o sistema hegemônico até o século XIX. Pode-se

entender o liberalismo como a ideologia do capitalismo, pois prega a liberdade de comércio e contrato e a não intervenção estatal.

Entretanto, a partir do século XIX as mudanças econômicas, políticas e sociais ocorridas demonstraram que as fórmulas liberais, anteriormente em vigor, causaram graves sequelas sociais. Após a II Guerra Mundial, o Estado de Bem-Estar Social constitucionalizou definitivamente os direitos sociais. Desse modo, o Estado passou a intervir nas relações privadas, com a finalidade de concretizar uma distribuição mais justa de riqueza.

Nesse sentido, a Constituição Federal brasileira de 1988 é notadamente principiológica, possuindo a dignidade humana como objetivo inclusive no que diz respeito à ordem econômica. Visivelmente faz opção pelo modelo político do Estado Social, até porque a minimização das desigualdades regionais e sociais é tomada como princípio da ordem econômica.

A Constituição brasileira prevê, de forma praticamente expressa no art. 170, que o Estado brasileiro é intervencionista. Define opção pelo sistema capitalista, estipula o modelo de bem-estar, de forma que a sua interpretação deve ser dinâmica e moldada às mudanças na realidade social. A Constituição Federal brasileira possui um caráter evidentemente intervencionista, com contornos delineados pelo modelo de bem-estar social proposto por Keynes. O objetivo a ser atingido em forma de “justiça social” une todas as normas da ordem econômica. A ordem econômica de 1988 define opção pelo sistema capitalista, com o modelo de bem-estar.

Quanto a uma possível colisão entre direito de primeira dimensão/geração da autonomia privada e o direito à moradia frente à ideologia constitucionalmente adotada, o conflito deve ser guiado no sentido da mitigação da autonomia privada como consequência da conduta e legislação de um Estado interventor, no qual a autonomia privada é limitada ao que permite a lei. Quanto ao direito à moradia, sendo a sua efetivação pressuposto para a concretização da dignidade da pessoa humana e diante da relevância dos direitos sociais na doutrina do Estado de Bem-Estar Social, que é visto frente à ideologia constitucionalmente adotada pelo Estado Social brasileiro, qual seja, o modelo de bem-estar social, o direito à moradia deverá prevalecer.

Para demonstrar, na prática, a utilização da ideologia constitucionalmente adotada como filtro hermenêutico para a resolução entre conflitos de direitos fundamentais, foi analisado o Recurso Extraordinário nº 407.688-8, de 2006, que trata sobre a penhorabilidade do bem de família de fiador locatício. Neste

caso, além da colisão entre dois direitos fundamentais, o direito à moradia e a autonomia privada, verificou-se o embate entre duas ideologias constitucionais. Uma que prega a existência de um Estado de Bem-Estar Social e outra que revela um Estado predominantemente liberal.

Os Ministros do STF, ao decidirem a questão da penhorabilidade do bem de família do fiador de contrato locatício no Recurso Extraordinário nº 407.688-8, concluindo por maioria ser possível a penhora, não analisaram a Constituição no seu conjunto e não levaram em consideração a ideologia incorporada na Carta Política de 1988. O entendimento do STF a respeito da questão, decidindo ser possível que o único bem do fiador de contrato locatício seja penhorado, fazendo prevalecer o *pacta sunt servanda* frente ao direito fundamental à moradia, deve ser interpretado como violador da ideologia constitucionalmente adotada pelo Estado brasileiro, qual seja, Estado Social.

Até porque o Estado de Bem-Estar Social, seguindo os moldes propostos por Keynes, não somente possui como alicerce a intervenção do Estado na economia, mas também revela a importância da implementação de políticas públicas para diminuir desigualdades sociais decorrentes do próprio sistema capitalista. Percebe-se, assim, o Estado como agente concretizador dos direitos sociais por meio das políticas públicas. No modelo de Estado de Bem-Estar, uma das finalidades da nação é diminuir os efeitos devastadores do capitalismo, um sistema por si só excludente.

A ideologia constitucionalmente adotada pode sim se constituir em um filtro hermenêutico capaz, justo e plenamente eficaz para solucionar conflitos de direitos fundamentais, como no caso demonstrado neste trabalho da penhorabilidade do bem de família do fiador locatício. Sendo assim, é de fundamental importância que as decisões judiciais, munidas dos argumentos que levem em consideração todo o Texto Constitucional, tomem a iniciativa de minar incongruências, que resultam em injustiças gritantes e desrespeito à ordem constitucional, como a da possibilidade de penhorar o único bem de família do fiador locatício.

Por derradeiro, menciona-se que a problemática da penhorabilidade do bem de família de fiador locatício rondou por diversas vezes o Judiciário. No ano de 2010, quatro anos após o julgamento do Recurso Extraordinário nº 407.688-8, novamente o STF se deparou com a questão por meio do Recurso Extraordinário nº 612.360, de São Paulo, no qual foi reconhecida a existência de repercussão geral e entendeu-se que a matéria já se encontra pacificada, no

sentido da constitucionalidade da penhora sobre o bem de família do fiador locatício mesmo após a Emenda Constitucional nº 26/2000. Dessa forma, verifica-se que, na Suprema Corte do País, ainda prevalece uma decisão que não analisa o Texto Constitucional como um todo dotado de uma ideologia predominante e que deve ser respeitada.

## REFERÊNCIAS

AINA, Eliane Maria Barreiros. *O fiador e o direito à moradia: direito fundamental à moradia frente à situação do fiador proprietário de bem de família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 36, n. 142, p. 35-51, abr./jun. 1999.

\_\_\_\_\_. O poder constituinte do povo no Brasil: um roteiro de pesquisa sobre a crise constituinte. *Lua Nova*, n. 88, p. 305-325, 2013.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 22 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Constituição: República Federativa do Brasil de 1988. Brasília/DF: Senado Federal, 1988.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. A penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação não ofende o artigo 6º da Constituição da República. Relator Ministro Cezar Peluso. Decisão em 08.02.2006. Brasília, 2006.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Constitucionalidade da penhorabilidade do bem de família do fiador. Ratificação da jurisprudência. Relatora Ministra Elen Gracie. Decisão em 13.08.2010. Brasília, 2010.

CASTRO, Matheus Felipe de. Capitalista coletivo ideal: o Estado e o projeto de desenvolvimento nacional na Constituição de 1988. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2009. 643 f.

CASTRO, Matheus Felipe; MEZZAROBBA, Orides. *História ideológica e econômica das Constituições brasileiras*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.

CHAUÍ, Marilena. *O que é ideologia*. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 2012.

CLARK, Giovani; CORRÊA; Leonardo Alves; NASCIMENTO, Samuel Pontes do. Ideologia constitucional e pluralismo produtivo. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Edição especial em memória do Professor Washington Peluso, p. 265-300, 2013.

GORZONI, Paula Fernandes Alves da Cunha. Supremo Tribunal Federal e a vinculação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. 81 p. Monografia apresentada à Sociedade Brasileira de Direito Público como exigência para a conclusão do curso da Escola de Formação do ano de 2006. São Paulo, 2007.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito*. São Paulo: Brasiliense, 2012.

PAUL, Ana Carolina. Limites à autonomia privada. Dissertação (Mestrado em Direito) – PUC/SP. São Paulo, 2008. 153 p.

POLANYI, Karl. *A grande transformação: as origens da nossa época*. 2. ed. Trad. Fanny Wrobel. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Teoria da Constituição econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

STRASBURGER, Florian. A penhora do bem de família do fiador da locação: uma análise à luz da principiologia jurídica. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais aplicadas). Universidade Estadual de Ponta Grossa, Ponta Grossa, 2007. 128 p. Disponível em: <[http://www.bicen-tede.uepg.br/tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=128](http://www.bicen-tede.uepg.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=128)>. Acesso em: 25 jul. 2013.

TARREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco. *Autonomia privada e princípios contratuais no Código Civil*. São Paulo: RCS, 2007.

VICENT, Andrew. *Ideologias política modernas*. Trad. Ana Luísa Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1995.

ZIZEK, Slavoj. O espectro da ideologia. In: *Um mapa da ideologia*. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999. 7-38 p.

Submissão em: 25.07.2015

Avaliado em: 10.06.2016 (Avaliador B)

Avaliado em: 07.07.2016 (Avaliador C)

Aceito em: 14.09.2016



# A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PENAL AOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

*THE APPLICATION OF THE PRINCIPLE OF INSIGNIFICANCE TO THE CRIMES AGAINST THE TAX SYSTEM*

**Rodiner Roncada<sup>1</sup>**  
Juiz Federal em São Paulo

**Ivan Martins Motta<sup>2</sup>**

Professor da Faculdade de Direito do Centro Universitário FIEO - UNIFIEO,  
Departamento de Mestrado em Direito, Osasco/SP

**ÁREA(S) DO DIREITO:** direito penal; direitos e garantias fundamentais.

**RESUMO:** O artigo trata da aplicação do princípio da insignificância penal aos crimes contra a ordem tributária, de acordo com a teoria material do delito. Serão indicados os tipos penais referentes aos crimes da espécie, o seu momento consumativo e a relevância do valor do tributo para os fins penais.

**PALAVRAS-CHAVE:** crimes contra a ordem tributária; princípio da insignificância.

**ABSTRACT:** *The article is about the application of the principle of insignificance to the crimes against the tax system, according to the material theory of the delict. It will indicate the criminal types referring to the specific crimes, their consummation moment and the relevance of the tax value to the criminal purposes.*

**KEYWORDS:** *crimes against the tax system; principle of insignificance.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 A classificação dos crimes contra a ordem tributária e o seu momento consumativo; 2 O bem

<sup>1</sup> Mestre em Direitos Humanos Fundamentais pela Faculdade de Direito do Centro Universitário FIEO - UNIFIEO. E-mail: rodiner@terra.com.br. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/4310874036100506>.

<sup>2</sup> Doutor e Mestre em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Membro do Conselho Consultivo do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCrim. E-mail: i.motta@terra.com.br. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/6597708546654987>.



jurídico protegido e a insignificância penal material das pequenas dívidas tributárias; Conclusões; Referências.

**SUMMARY:** *Introduction; 1 The classification of the crimes against the tax system and their consummation moment; 2 The protected juridical interest and the material criminal insignificance of the small tax debts; Conclusions; References.*

## INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, ao instituir e traçar as diretrizes do sistema tributário nacional, ao mesmo tempo em que pretendeu estabelecer limites para a atividade tributária do Estado nas três esferas governamentais, em favor dos contribuintes, também dotou as pessoas políticas de competência legislativa para criar e exigir impostos, taxas de serviço público, taxas de polícia e contribuições (arts. 145 e 149 da CF/1988).

A previsão de um sistema tributário nacional na Constituição da República alcança, portanto, dois escopos: i) garantir às pessoas políticas os meios necessários de arrecadação de dinheiro para o custeio e o financiamento de seus objetivos constitucionais; e ii) estipular os limites jurídicos para o exercício desta competência tributária.

A atividade arrecadatória do Estado é regulada, primordialmente, por leis complementares (art. 146 da CF – p. ex.: Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172/1966 – recepcionado com *status* de lei complementar) e por leis ordinárias expedidas pelos respectivos entes tributantes (a exemplo das que instituem os respectivos impostos, nos termos dos arts. 153, 155 e 156 da CF), no interesse de manter fundos monetários para o custeio dos bens e dos serviços públicos.

O crédito tributário, por sua vez, surge de obrigação *ex lege*, lei esta que vai apontar todos os aspectos da hipótese de incidência tributária, os quais, uma vez ocorridos no mundo dos fatos, fazem surgir o dever de pagar o tributo.

Como meio de proteger o bom funcionamento do sistema de arrecadação tributária, o legislador previu medidas coercitivas de caráter administrativo, como, *verbi gratia*, os juros de mora e a multa pecuniária, que procuram inibir a mora ou o inadimplemento da obrigação instituída por lei.

Para os casos mais graves de ofensa ao sistema arrecadatório de tributos, principalmente quando há o emprego de uma fraude para dissimular a ocorrência do fato tributável, o legislador pátrio valeu-se do peso normativo das sanções penais, prevendo algumas espécies de crimes contra a ordem tributária,

buscando, assim, prevenir e reprimir os comportamentos mais lesivos ao sistema legal de arrecadação.

No presente estudo, após fixar, de forma breve, quais são os tipos penais previstos em lei cuja conduta atenta contra a ordem tributária e o respectivo momento consumativo, passaremos a discutir a possibilidade de se exigir um montante tributário mínimo que justifique a punição do agressor pelo Direito Penal, vale dizer, se há um limite mínimo de ofensa à ordem tributária, aferível pelo valor do tributo, que implique um insignificante penal, a partir da noção de proteção subsidiária que informa este ramo do Direito, a acarretar uma atipicidade material do fato.

## 1 A CLASSIFICAÇÃO DOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA E O SEU MOMENTO CONSUMATIVO

Os crimes contra a ordem tributária são aqueles fatos previstos em lei penal que, uma vez praticados, atentam contra a integridade do sistema arrecadatório de tributos, a colocar em risco também a função do Estado de gerir, administrar e realizar os interesses públicos, diante da falta de recursos financeiros disponíveis à cobertura das despesas públicas, prejudicando a solidez das finanças do Estado e a boa prestação dos serviços estatais<sup>3</sup>.

O Direito Penal, valendo-se de sua função sancionatória mais elevada, e sem perder de vista o seu caráter fragmentário e subsidiário de proteção aos bens jurídicos, seleciona os comportamentos mais reprováveis ao sistema arrecadatório e ao equilíbrio das finanças públicas e estabelece os “crimes contra a ordem tributária”, também denominados “crimes fiscais” ou de “sonegação fiscal”, tencionando inibir e reprimir a prática destes comportamentos sociais mais graves e indesejáveis.

Convém que se faça um breve apanhado dos tipos penais que protegem a ordem tributária, com vistas a delimitar o conteúdo do estudo àqueles crimes que serão objeto de exame da insignificância penal pelo valor sonogado. Como o objetivo do trabalho não é analisar detidamente os tipos penais tributários, esmiuçando os seus elementos objetivos e subjetivos, limitamo-nos a apontá-los e a destacar alguns aspectos penais mais relevantes, sobretudo quanto ao momento da consumação e da exigência de resultado naturalístico, ponto de maior relevo para o enfrentamento do tema.

<sup>3</sup> Nesse sentido: CORRÊA, Antonio. *Dos crimes contra a ordem tributária*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 01-02 e 91.

A primeira lei penal brasileira protetora dos interesses arrecadatários do Estado foi a Lei nº 4.729/1965, que definiu os crimes de “sonegação fiscal”, cujo art. 1º punia com detenção e multa a prática de alguns expedientes fraudulentos voltados a eliminar ou reduzir o valor do crédito tributário<sup>4</sup>. Tratava-se de crime formal, já que se consumava com o emprego da fraude, independente da efetiva supressão ou redução do crédito fiscal.

Com a edição da Lei nº 8.137/1990, foi tacitamente revogado o art. 1º da Lei nº 4.729/1965, cujos tipos penais foram incorporados à nova lei, ao lado de outros fatos penais recém-criados, inclusive a previsão de delitos autônomos praticados por funcionário público contra a ordem tributária (art. 3º), antes somente punido pela Lei nº 4.729/1965 – em paralelo aos crimes próprios tipificados no Código Penal –, na hipótese de coautoria ou participação no delito de sonegação fiscal cometido por outrem (cf. o art. 1º, § 3º, da lei revogada)<sup>5</sup>.

Passemos em breve revista os *crimes contra a ordem tributária* previstos na Lei nº 8.137/1990, acentuando o seu momento consumativo.

Para a maioria da doutrina nacional<sup>6</sup>, os delitos previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137/1990 são absolutamente autônomos e possuem características próprias. Aqueles do art. 1º exigem para a consumação do crime, após a prática da fraude fiscal, a produção de resultado naturalístico, ou seja, pressupõem

<sup>4</sup> “Art. 1º Constitui crime de sonegação fiscal: I – prestar declaração falsa ou omitir, total ou parcialmente, informação que deva ser produzida a agentes das pessoas jurídicas de direito público interno, com a intenção de eximir-se, total ou parcialmente, do pagamento de tributos, taxas e quaisquer adicionais devidos por lei; II – inserir elementos inexatos ou omitir, rendimentos ou operações de qualquer natureza em documentos ou livros exigidos pelas leis fiscais, com a intenção de exonerar-se do pagamento de tributos devidos à Fazenda Pública; III – alterar faturas e quaisquer documentos relativos a operações mercantis com o propósito de fraudar a Fazenda Pública; IV – fornecer ou emitir documentos graciosos ou alterar despesas, majorando-as, com o objetivo de obter dedução de tributos devidos à Fazenda Pública, sem prejuízo das sanções administrativas cabíveis; V – exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário da paga, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida do imposto sobre a renda como incentivo fiscal. (Incluído pela Lei nº 5.569, de 1969). Pena: Detenção, de seis meses a dois anos, e multa de duas a cinco vezes o valor do tributo.”

<sup>5</sup> “§ 3º O funcionário público com atribuições de verificação, lançamento ou fiscalização de tributos, que concorrer para a prática do crime de sonegação fiscal, será punido com a pena deste artigo aumentada da terça parte, com a abertura obrigatória do competente processo administrativo.”

<sup>6</sup> À guisa de exemplo: CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, v. 4, 2007; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio. *Leis penais especiais comentadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

um dano patrimonial efetivo ao Erário, consistente na *supressão* ou *redução* do tributo<sup>7</sup>. Trata-se, portanto, de *crimes materiais*.

Já o art. 2º dispensa o resultado naturalístico para a consumação dos crimes nele previstos. Basta a conduta do agente, ainda que não haja a supressão ou redução posterior do crédito tributário<sup>8</sup>. São considerados, portanto, *crimes formais*.

Por outro lado, sem sombra de dúvidas, ambos exigem um *resultado jurídico*, alusivo a lesão à ordem tributária, embora o art. 1º descreva condutas fraudulentas mais graves, com lesão patrimonial (crime de dano), em que a pena é maior.

A título de ilustração, façamos um quadro comparativo básico a respeito dos crimes tributários previstos naqueles dispositivos penais:

CRIMES	CONSUMAÇÃO	PENA	PROCEDIMENTO PENAL
Art. 1º	Supressão ou redução de tributo (dano patrimonial) - crime material	Reclusão, de 2 a 5 anos, e multa	Ordinário - CPP
Art. 2º	Conduta descrita no tipo (crime formal)	Detenção, de 6 meses a 2 anos, e multa	JECrim - Lei nº 9.099/1995

<sup>7</sup> “Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias; II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal; III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável; IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato; V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação. Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V.”

<sup>8</sup> “Art. 2º Constitui crime da mesma natureza: I - fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo; II - deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos; III - exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal; IV - deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento; V - utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública. Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.”

Como os crimes do art. 1º exigem, para a consumação, um dano patrimonial ao Erário (crime material), os Tribunais passaram a considerar indispensável a prova deste dano, mediante a demonstração da ocorrência de lançamento tributário definitivo, dando certeza e liquidez ao crédito tributário. Após diversos precedentes jurisprudenciais, o Supremo Tribunal Federal consolidou esse entendimento, editando a Súmula Vinculante nº 24, com o seguinte teor: “Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo”.

Note-se que, pelo entendimento vinculativo do STF, a consumação dos crimes do art. 1º, I a IV, só ocorre com a definitividade do ato administrativo-fiscal de lançamento tributário, quando não mais há discussão na esfera administrativa sobre a ocorrência do fato impositivo e o valor do crédito. A consumação foi “empurrada” para dentro do procedimento de apuração do tributo, deixando de estar vinculada à data do vencimento do encargo fiscal, como era defendido pela doutrina.

A par da especialidade da Lei nº 8.137/1990, outros delitos contra a ordem tributária foram incorporados ao Código Penal brasileiro, sob títulos protetivos mais genéricos (“crimes contra o patrimônio” ou “contra a Administração Pública”), embora o respectivo tipo penal revele a clara intenção de proteger especialmente a administração tributária e o sistema arrecadatário de tributos.

Assim temos o art. 168-A<sup>9</sup>, acrescentado pela Lei nº 9.983/2000, sob a denominação inadequada de “apropriação indébita previdenciária”, crime este anteriormente previsto de modo mais restritivo no art. 95, letras *d* e *e*, da Lei nº 8.212/1991<sup>10</sup>, revogado por aquele diploma. A sua capitulação entre os crimes

<sup>9</sup> “Art. 168-A. Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000) § 1º Nas mesmas penas incorre quem deixar de: I - recolher, no prazo legal, contribuição ou outra importância destinada à previdência social que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados, a terceiros ou arrecadada do público; II - recolher contribuições devidas à previdência social que tenham integrado despesas contábeis ou custos relativos à venda de produtos ou à prestação de serviços; III - pagar benefício devido a segurado, quando as respectivas cotas ou valores já tiverem sido reembolsados à empresa pela previdência social. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)”

<sup>10</sup> “Art. 95. Constitui crime: [...] d) deixar de recolher, na época própria, contribuição ou outra importância devida à Seguridade Social e arrecadada dos segurados ou do público; e) deixar de recolher contribuições devidas à Seguridade Social que tenham integrado custos ou despesas contábeis relativos a produtos ou serviços vendidos; [...]. § 1º No caso dos crimes caracterizados nas alíneas *d*, *e* e *f* deste artigo, a pena será aquela estabelecida no art. 5º da Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, aplicando-se à espécie as disposições constantes dos arts. 26, 27, 30, 31 e 33 do citado diploma legal.”

de *apropriação indébita* (arts. 168 a 170) não foi feliz, porquanto o agente, na espécie em estudo, quase nunca inverte a posse da coisa com a intenção específica de tê-la para si (*animus rem sibi habendi*), mas simplesmente mantém em seu poder o numerário que já era de sua propriedade, ao invés de destiná-lo aos cofres da Seguridade Social.

O verbo que constitui o núcleo do tipo, na espécie do *caput* do art. 168-A, é “deixar de repassar” as contribuições recolhidas dos contribuintes, enquanto que, nas figuras equiparadas do § 1º, incisos I e II, de ocorrência mais frequente na prática, o verbo do tipo é “deixar de recolher” contribuição destinada à Previdência Social. A figura típica não exige o emprego de alguma fraude anterior à consumação do crime, bastando a omissão do repasse das verbas previdenciárias contabilizadas.

Para Antonio Lopes Monteiro, cuida-se de um crime *omissivo próprio ou puro*<sup>11</sup>, não se exigindo resultado naturalístico para a consumação (portanto, crime formal). Todavia, nos Tribunais Superiores consolidou-se o entendimento de que a simples omissão não basta para a consumação do crime, havendo que ser apurado um *dano* para a Previdência Social, exigindo-se, então, um resultado natural (assim, crime material), *comprovado* pelo lançamento fiscal definitivo, após o esgotamento da discussão na via administrativa<sup>12</sup>. Haveria, de acordo com este entendimento, um tratamento jurídico igualitário a ser empregado entre os crimes materiais do art. 1º da Lei nº 8.137/1990 e o crime de apropriação indébita previdenciária previsto no art. 168-A do Código Penal.

Outro delito tributário incorporado ao Código Penal brasileiro pela Lei nº 9.983/2000 foi o de “sonegação de contribuição previdenciária”, agora tratado com elementos especificantes no art. 337-A do CP<sup>13</sup>, antes previsto, de forma mais

<sup>11</sup> MONTEIRO, Antonio Lopes. *Crimes contra a Previdência Social*. São Paulo: Saraiva, 1999. No mesmo sentido: STJ, HC 39.672/RJ, J. 17.11.2005.

<sup>12</sup> Nesse sentido: STF, Inquérito-AgRg 2537/GO, J. 10.03.2008; STJ, HC 96.348/BA, J. 24.06.2008; REsp 1.028.984/MT, J. 02.10.2008; HC 209.712/SP, DJe 23.05.2013; HC 257.721/ES, J. 25.11.2014.

<sup>13</sup> “Art. 337-A. Suprimir ou reduzir contribuição social previdenciária e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: I - omitir de folha de pagamento da empresa ou de documento de informações previsto pela legislação previdenciária segurados empregado, empresário, trabalhador avulso ou trabalhador autônomo ou a este equiparado que lhe prestem serviços; II - deixar de lançar mensalmente nos títulos próprios da contabilidade da empresa as quantias descontadas dos segurados ou as devidas pelo empregador ou pelo tomador de serviços; III - omitir, total ou parcialmente, receitas ou lucros auferidos, remunerações pagas ou creditadas e demais fatos geradores de contribuições sociais previdenciárias. Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)”

genérica, no art. 1º, I e II, da Lei nº 8.137/1990. Difere da “apropriação indébita” do art. 168-A, em que o agente arrecadador ou o substituto tributário, pessoa diversa do contribuinte, deixa de repassar as contribuições arrecadadas, apesar da arrecadação ter sido feita corretamente. Na sonegação é o próprio contribuinte que utiliza um *artifício* (fraude) para suprimir ou reduzir a contribuição devida por ele mesmo.

O crime só se consuma com a supressão ou redução da contribuição, na data do vencimento da obrigação, razão pela qual é considerado um *crime material*, a exigir resultado naturalístico, apesar de o tipo penal prever um ato omissivo anterior. Neste caso, segundo os Tribunais Superiores, como já visto antes, o *dano* para a Previdência Social passa a ser indispensável para a consumação do crime, exigindo-se então, para a configuração integral do delito, o lançamento fiscal definitivo, após o esgotamento da discussão na via administrativa.

Por fim, também o crime de “descaminho”, agora tipificado de forma isolada no art. 334 do Código Penal, separado do “contrabando” após a Lei nº 13.008/2014, é considerado um delito contra a ordem tributária, já que, na figura básica do *caput*, a conduta é “iludir o pagamento de imposto devido pela entrada, saída ou consumo de mercadoria”<sup>14</sup>.

Igualmente aqui há emprego de *fraude* pelo agente, consumando-se o crime com a passagem da mercadoria pela alfândega ou pelos limites do território nacional sem o pagamento do tributo devido. É, destarte, *crime material ou de resultado*, exigindo-se o efetivo prejuízo ao Erário<sup>15</sup>, condição que seria suficiente

<sup>14</sup> “Art. 334. Iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria. Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos. (Redação dada pela Lei nº 13.008, de 26.06.2014). § 1º Incorre na mesma pena quem: I – pratica navegação de cabotagem, fora dos casos permitidos em lei; II – pratica fato assimilado, em lei especial, a descaminho; III – vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira que introduziu clandestinamente no País ou importou fraudulentamente ou que sabe ser produto de introdução clandestina no território nacional ou de importação fraudulenta por parte de outrem; IV – adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira, desacompanhada de documentação legal ou acompanhada de documentos que sabe serem falsos. (Redação dada pela Lei nº 13.008, de 26.06.2014) § 2º Equipara-se às atividades comerciais, para os efeitos deste artigo, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino de mercadorias estrangeiras, inclusive o exercido em residências. § 3º A pena aplica-se em dobro se o crime de descaminho é praticado em transporte aéreo, marítimo ou fluvial. (Redação dada pela Lei nº 13.008, de 26.06.2014)”

<sup>15</sup> ESTEFAM, André. *Direito penal 4 – Parte especial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 128; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 219.



para equipará-lo ao tratamento jurisprudencial dado aos crimes do art. 1º da Lei nº 8.137/1990, só se consumando o crime após o lançamento tributário definitivo<sup>16</sup>.

Entretanto, surpreendentemente o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça vêm decidindo de maneira oposta ao raciocínio da Súmula Vinculante nº 24. Partindo da premissa de que o tipo penal de *descaminho* não contém o elemento “suprimir ou reduzir tributo”, mas possui como núcleo do tipo o verbo “iludir” (o pagamento de tributo), negam eles a exigência do resultado para a consumação do crime, concluindo tratar-se de um *crime formal*, a prescindir do lançamento tributário<sup>17</sup>.

Apontadas as espécies em vigor de *crimes contra a ordem tributária*, cumpre examinar se o valor monetário do tributo influencia diretamente ou indiretamente no fato típico penal. Em suma, passemos a verificar qual será a repercussão penal do fato ao se tomar em consideração exclusivamente o valor do tributo sonegado.

## 2 O BEM JURÍDICO PROTEGIDO E A INSIGNIFICÂNCIA PENAL MATERIAL DAS PEQUENAS DÍVIDAS TRIBUTÁRIAS

### 2.1 OS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PENAL DO FATO

Os crimes contra a ordem tributária, como já assinalado, são condutas ilícitas que colocam em risco a atividade arrecadatória do Estado e, por consequência, abalam sensivelmente as finanças públicas e o bom funcionamento dos serviços públicos em geral.

Evidente que, lançando mão a sociedade e o Estado dos mecanismos penais para a prevenção e repressão de *graves* condutas ilícitas, não será qualquer sonegação fiscal que justificará a eclosão da persecução penal. Isto porque o Direito Penal atua sob os princípios da *intervenção mínima*, da *subsidiariedade* e da *fragmentariedade*, só se ocupando de proteger determinados bens jurídicos considerados mais relevantes para a sociedade (daí a sua fragmentariedade), e ainda quando os demais ramos do Direito não se encontrarem aptos a defender

<sup>16</sup> Nesse sentido: STJ, REsp 1.362.311/SC, DJe 28.10.2013.

<sup>17</sup> Confira-se: no STF, HC 99.740/SP, Rel. Min. Ayres Britto, J. 23.11.2010; RHC 119.960/SP, Rel. Min. Luiz Fux, J. 13.05.2014. No STJ, AgRg-REsp 1.275.783/RS, Relª Min. Regina Helena Costa, J. 10.12.2013; REsp 1.343.463/BA, Rel. p/o Ac. Min. Rogerio Schietti Cruz, J. 20.03.2014; HC 271.650/PE, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, J. 03.03.2016.



satisfatoriamente o bem jurídico (princípios da intervenção mínima e da subsidiariedade).

De fato, o *princípio da fragmentariedade* impede que o direito penal avance sobre comportamentos que não lesionem ou ameacem bens jurídicos relevantes. No magistério de Ivan Martins Motta e Regina Vera Villas Bôas:

O Direito Penal tem caráter fragmentário e sancionador. 1) *Caráter fragmentário (não contínuo)* – não são todas as condutas ilícitas que estão sujeitas à sanção penal. Somente aquelas condutas ilícitas que lesam ou ameaçam de lesão bens jurídicos de maior relevância e que ferem de forma grave os princípios éticos dominantes na sociedade é que estão sujeitas à sanção penal. Nestes casos, a segurança jurídica não se satisfaz com as sanções não penais (restituição da coisa, ressarcimento ou reparação do dano, nulidade do ato jurídico etc.), exigindo sanções mais rigorosas (penas e medidas de segurança). O caráter fragmentário do Direito Penal é corolário do princípio da intervenção mínima do Estado (*ultima ratio*) e tem a sua expressão no princípio da reserva legal (art. 1º do CP; art. 5º, XXXIX, da CF/1988).<sup>18</sup>

Já pelos princípios da *intervenção mínima* e da *subsidiariedade*, “a criação de tipos delituosos deve obedecer à imprescindibilidade, só devendo intervir o Estado, por intermédio do Direito Penal, quando os outros ramos do Direito não conseguirem prevenir a conduta ilícita”<sup>19</sup>. Não é qualquer ataque ao bem jurídico que justifica a atuação penal persecutória do Estado. A ofensa ao bem jurídico penalmente tutelado deve se revestir de um mínimo de gravidade a justificar a imposição de pena retributiva, em uma resposta que vai mais além da possível reparação patrimonial ou moral do dano causado<sup>20</sup>.

Como adverte Claus Roxin acerca da subsidiariedade do Direito Penal,

<sup>18</sup> MOTTA, Ivan Martins; BÔAS, Regina Vera Villas. *Manual de direito penal – Parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 34.

<sup>19</sup> JESUS, Damásio de. *Direito penal – Parte geral*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 10.

<sup>20</sup> Nesse sentido: MAÑAS, Carlos Vico. *O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 57.

o Direito Penal somente pode ser a última dentre todas as medidas protetoras que não de ser consideradas, é dizer, somente pode intervir quando falharem outros meios de solução social do problema – como a ação civil, os regulamentos administrativos, as sanções não penais etc. Por isso se denomina a pena como a “*ultima ratio* da política social” e se define sua missão como proteção *subsidiária* dos bens jurídicos. Na medida em que o Direito Penal somente protege uma parte dos bens jurídicos, e ainda nem sempre de modo geral, senão frequentemente (como o patrimônio), quando frente a formas concretas de ataque, fala-se também na natureza “fragmentária” do Direito Penal.<sup>21</sup>

O fundamento da subsidiariedade do Direito Penal é encontrado na Constituição Federal, cujos princípios fundantes do Estado Democrático de Direito e da dignidade da pessoa humana impõem um escalonamento e ponderação de valores sociojurídicos (bens jurídicos), dos quais os mais relevantes (p. ex.: vida, incolumidade física, intimidade, família) devem ser dotados de especial proteção, inclusive por normas penais de restrição da liberdade, reservando-se aos bens sociais secundários, sem desmerecer a sua importância, um tratamento jurídico proporcional ao dano ou ameaça a eles causados.

Fabio Roberto D’Avila, sustentando um *modelo de crime como ofensa a bens jurídicos-penais*, a partir de uma prévia estrutura axiológica constitucional, na qual compreendida os ideais de um Estado laico, liberal, pluralista e multicultural, conclui que

a liberdade, enquanto valor constitucional fundamental, somente pode ser restringida quando o seu exercício implicar a ofensa de outro bem em harmonia com a ordem axiológico-constitucional. Meros interesses admi-

<sup>21</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General*. Trad. Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madri: Civitas, t. I, 1997. p. 65. Tradução livre dos articulistas para o português. No original: “El Derecho penal sólo es incluso la última de entre todas las medidas protectoras que hay que considerar, es decir que sólo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución social del problema – como la acción civil, las regulaciones de policía o jurídico-técnicas, las sanciones no penales, etc. – por ello se denomina a la pena como la ‘ultima ratio de la política social’ y se define su misión como protección subsidiaria de bienes jurídicos. En la medida em que el Derecho penal sólo protege una parte de los bienes jurídicos, e incluso ésa no siempre de modo general, sino frecuentemente (como el patrimonio) sólo frente a formas de ataque concretas, se habla también de la naturaleza ‘fragmentaria’ del Derecho penal”.

nistrativos insuscetíveis de configurar um bem jurídico-penal estariam, de pronto, totalmente excluídos da possibilidade de constituir substrato suficiente para o surgimento de uma qualquer incriminação.<sup>22</sup>

Sendo assim, não devendo o Direito Penal se ocupar de fatos de pouca relevância jurídica e social, aquelas condutas que não chegam a arranhar substancialmente o bem jurídico protegido, apesar de formalmente se subsumirem a um tipo penal, também não podem ser consideradas crimes, pois não justificam a movimentação do aparelho persecutório criminal do Estado para a imposição de pena corporal, embora permaneçam ilícitas dentro do ordenamento jurídico, sob a égide de outro ramo do Direito, o qual se reputa adequado e suficiente para o resguardo do bem jurídico ameaçado.

Nestes casos, como corolário do princípio da intervenção mínima, surge o *princípio da insignificância penal do fato*, que afasta da incidência formal do tipo aquelas condutas incapazes de lesar com um mínimo de gravidade o bem jurídico penal, especialmente se forem considerados os interesses mais relevantes da coletividade, representada pelo Estado, sujeito passivo permanente ou constante das infrações penais em geral.

Nas palavras de Fernando Capez,

tal princípio funda-se no conhecido brocardo de *minimus non curat praetor*. Em 1964 acabou sendo introduzido no sistema penal por Claus Roxin, tendo em vista sua utilidade na realização dos objetivos sociais traçados pela moderna política criminal. Segundo tal princípio, o Direito Penal não deve preocupar-se com bagatelas, do mesmo modo que não podem ser admitidos tipos incriminadores que descrevam condutas incapazes de lesar o bem jurídico. A tipicidade penal exige um mínimo de lesividade ao bem jurídico protegido, pois é inconcebível que o legislador tenha imaginado inserir em um tipo penal condutas totalmente inofensivas ou incapazes de lesar o interesse protegido.<sup>23</sup>

<sup>22</sup> D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 50-52.

<sup>23</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal - Parte geral*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 11. Para Maurício Antonio Ribeiro Lopes, o princípio da insignificância penal não deve ser inspirado no

O princípio da insignificância penal do fato, pelo qual a conduta que causa uma lesão insignificante ao bem jurídico não pode ser considerada crime, tornando o fato atípico para o Direito Penal, baseia-se na concepção material de crime, que acrescenta um elemento axiológico ao delito em abstrato, um valor que sobressai anterior ou posterior à criação do tipo penal pela lei, de tal forma que o fato previsto (conduta, resultado e nexa causal) só pode ser considerado crime e assim punido se for social e juridicamente relevante, ou seja, tanto a conduta quanto o resultado devem ofender de modo substancial bens considerados essenciais para a sociedade.

Francisco de Assis Toledo assinala que a concepção material do tipo penal interfere no “juízo de atipicidade”, ao considerá-lo “expressão de danosidade social e de periculosidade social da conduta descrita”, já que a conduta, segundo ele, deve ser, “a um só tempo, materialmente lesiva a bens jurídicos, ou ética e socialmente reprovável”<sup>24</sup>.

Conforme esclarece Claus Roxin ao abordar o conceito material de delito, relacionando-o ao caráter subsidiário do Direito Penal:

Enquanto que sob o “conceito formal de delito”, discutido nos primeiros parágrafos deste livro, a conduta punível somente é objeto de uma definição no marco do direito positivo, o conceito material de delito remonta-se mais atrás do Direito Penal codificado e questiona os critérios materiais da conduta punível. Portanto, o conceito material de delito é prévio ao Código Penal e fornece ao legislador um critério político-criminal sobre o que ele pode apenar e o que deve deixar impune. Sua descrição deriva da incumbência do Direito Penal, que aqui se entende como “proteção subsidiária de bens jurídicos”.<sup>25</sup>

---

Direito romano, de acentuada natureza privada, mas está assentado em postulados de direito público, notadamente no conteúdo material do princípio da estrita legalidade, que informa o sistema penal contemporâneo (*Princípio da insignificância no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 37-38).

<sup>24</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 130-131.

<sup>25</sup> ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 51. Tradução livre dos articulistas. No original: “Mientras que mediante el ‘concepto formal de delito’, que se discute en los primeros parágrafos de este libro, La conducta punible sólo es objeto de una definición en el marco del Derecho positivo, el concepto material de delito se remonta más atrás del respectivo Derecho penal codificado y pregunta por los criterios materiales de la conducta punible. Por tanto, el

Partindo do pressuposto de que só pode existir crime se a conduta e o resultado jurídico ocorridos violarem as exigências ético-sociais mínimas existentes na sociedade, a moderna doutrina penal, adotando um conceito material de infração penal, passou a defini-la como “o ato que, além de possuir determinadas notas formais normativamente descritivas (tipo), revela-se, consideradas as circunstâncias concretas, perigoso para a sociedade em medida relevante”<sup>26</sup>.

Nota-se, portanto, que o *princípio da insignificância penal*, extraído da concepção material de crime, atua como um recurso de interpretação restritiva do tipo, retirando de sua incidência as condutas que, embora formalmente típicas, não lesionam de maneira relevante os bens jurídicos protegidos pela lei penal, reafirmando o caráter fragmentário e subsidiário do Direito Penal. Neste ponto, nota-se uma estreita relação entre os princípios da insignificância e o da estrita legalidade penal (*nullum crimen sine lege*) assentado na Constituição Federal – art. 5º, XXXIX –, pois os comportamentos incriminados em lei passam a sofrer um juízo valorativo do intérprete, de modo a restringir a subsunção do fato à norma penal aos casos efetivamente merecedores da resposta punitiva.

Acrescente-se, ainda, como outro fundamento da insignificância penal do fato o *princípio da proporcionalidade da pena*, também expresso na Constituição de 1988 (art. 5º, XLVI), já que, se a afetação do bem jurídico é insignificante, não há plausibilidade jurídica para a reprimenda, ainda que em grau mínimo. Afinal, qualquer pena, entre as previstas em lei, seria desproporcional à lesão ou ao perigo causado ao bem jurídico<sup>27</sup>.

O Supremo Tribunal Federal vem aplicando o *princípio da insignificância* para reduzir o âmbito de incidência de tipos penais, afirmando a atipicidade material do fato ao relacioná-lo aos princípios da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal, mediante a presença das seguintes condições:

a) a mínima ofensividade da conduta do agente;

---

*concepto material de delito es previo al Código Penal y le suministra al legislador un criterio politicocriminal sobre lo que el mismo puede penar y lo que debe dejar impune. Su descripción se deriva del cometido del Derecho penal, que aquí se entiende como ‘protección subsidiaria de bienes jurídicos’”.*

<sup>26</sup> SANCTIS, Sérgio de. La nozione material del reato e la concezione di “legalità sostanziale” nel sistema penale dei paesi socialisti. Aspetti problematici e rilievi critico. *Rivista Italiana di Diritto Penale*, p. 880, 1985. Apud MAÑAS, Carlos Vico. *O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 35.

<sup>27</sup> LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. Ob. cit., p. 65; MAÑAS, Carlos Vico. Ob. cit., p. 58.

- b) a nenhuma periculosidade social da ação;
- c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e
- d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Vale transcrever a ementa do acórdão que deu origem à jurisprudência atual do STF sobre os contornos do princípio da insignificância para o Direito Penal<sup>28</sup>:

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGÍTIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL - CONSEQÜENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL - DELITO DE FURTO - CONDENAÇÃO IMPOSTA A JOVEM DESEMPREGADO, COM APENAS 19 ANOS DE IDADE - *RES FURTIVA* NO VALOR DE R\$ 25,00 (EQUIVALENTE A 9,61% DO SALÁRIO MÍNIMO ATUALMENTE EM VIGOR) - DOCTRINA - CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF - PEDIDO DEFERIDO - O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL - O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo

<sup>28</sup> HC 84.412/SP, Rel. Min. Celso de Mello, J. 19.10.2004.

de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: “*DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR*” – O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor – por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes – não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social.

Tal construção dogmática, há tempos já tratada pela doutrina, foi reafirmada em várias outras ocasiões pela nossa Corte Suprema<sup>29</sup>, já estando, portanto, sedimentada na jurisprudência pátria e na cultura jurídica nacional.

## **2.2 A INSIGNIFICÂNCIA PENAL DA CONDUTA DE SONEGAÇÃO DE PEQUENAS QUANTIAS TRIBUTÁRIAS**

Transportadas as ideias citadas para os crimes contra a ordem tributária, a dívida fiscal de valor ínfimo não é apta a abalar o normal funcionamento do sistema tributário, tampouco se revela capaz de corroer as finanças públicas, razão pela qual a conduta de sonegação fiscal de pequeno montante deve ser considerada *materialmente atípica*, muito embora possa ser formalmente enquadrável em um tipo penal.

Sem dúvida, a sonegação de valores tributários ínfimos, como, por exemplo, a de R\$ 100,00 (cem reais), não coloca em risco a ordem tributária, não

<sup>29</sup> A título de exemplo: HC 120.580/MG, Rel. Min. Teori Zavascki, J. 30.06.2015; HC 128.299/MS, Rel. Min. Gilmar Mendes, J. 24.11.2015; HC 133.984/MG, Rel<sup>a</sup> Min. Cármen Lúcia, J. 17.05.2016.



sendo hábil a abalar o bom funcionamento da função arrecadatória do Estado. Pode haver, sim, lesão patrimonial de caráter administrativo, passível de reparação, mas sem repercussão penal, já que não foi rompida a integridade do sistema impositivo de tributos da forma como protegida pelo Direito Penal, ou seja, em um nível mais elevado, com previsão de sanções mais graves, a atingir inclusive o *status libertatis* do contribuinte.

No Brasil, não há um valor mínimo fixado em lei para a configuração de crime tributário, como ocorre em alguns países, como na Espanha, por exemplo<sup>30</sup>. Não obstante, a jurisprudência tem entendido que a violação ao sistema arrecadatório de tributos, a ponto de justificar a atuação da lei penal, requer um valor pecuniário mínimo a ser considerado, aquém do qual sequer existiria crime, por ausência de tipicidade material.

Mas qual seria este valor mínimo?

Quanto aos tributos devidos à União, o art. 18, § 1º, da Lei nº 10.522/2002<sup>31</sup>, ao estatuir o cancelamento de débitos inscritos em dívida ativa inferiores a R\$ 100,00 (cem reais), pode ser considerado um limite seguro para o reconhecimento da insignificância do fato penal, dada a renúncia do crédito pela Fazenda Nacional<sup>32</sup>.

Não obstante, os Tribunais pátrios<sup>33</sup> têm reconhecido a insignificância material dos crimes contra a ordem tributária quando o valor sonogado não ultrapassar o mínimo adotado pela Procuradoria da Fazenda Nacional para o ajuizamento e prosseguimento de suas execuções fiscais, atualmente em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), sob o influxo do art. 20, *caput*, da Lei nº 10.522/2002, com a redação da Lei nº 11.033/2004<sup>34</sup>.

<sup>30</sup> GOMES, Luiz Flávio. Princípio da insignificância. Crimes tributários. Limite válido para todos os tributos (federal, estadual ou municipal)? Disponível em: <<http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121930379/principio-da-insignificancia-crimes-tributarios-limite-valido-para-todos-os-tributos-federal-estadual-ou-municipal>>. Acesso em: 24 ago. 2015.

<sup>31</sup> “Art. 18. [...] § 1º. Ficam cancelados os débitos inscritos em Dívida Ativa da União, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 100,00 (cem reais).”

<sup>32</sup> Foi o critério adotado pelo STJ no REsp 685.135/PR, Relator Ministro Felix Fischer, J. 15.05.2005.

<sup>33</sup> Como exemplo: STF, HC 92.438/PR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, J. 19.08.2008; STJ, REsp 1.112.748/TO (repetitivo representativo de controvérsia), Rel. Min. Felix Fisher, J. 09.09.2009; RHC 55.468/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, J. 03.03.2015.

<sup>34</sup> “Art. 20. Serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais). (Redação dada pela Lei nº 11.033, de 2004)”



O raciocínio é lógico-jurídico, porquanto não faz sentido qualquer punição criminal do fato se o próprio Estado, ao dispensar a cobrança judicial da dívida por entendê-la inconveniente aos interesses fiscais, acaba reconhecendo, assim, a insignificante lesão da dívida para o sistema tributário.

Por se tratar de uma questão de tipicidade material, o limite citado pode ser aplicado a todos os crimes contra a ordem tributária, supradelineados, seja para aqueles que exigem dano (crimes materiais), seja para os que dispensam o resultado (crimes formais), inclusive para o crime de *descaminho*<sup>35</sup>.

Contudo, excepcionalmente o Supremo Tribunal Federal não vem aplicando o princípio da insignificância ao crime de *apropriação indébita previdenciária* (art. 168-A do CP), entendendo que, mesmo sendo de pequena monta o valor devido, a conduta é reprovável e ofende o bem jurídico penal, tomando em conta um argumento extrajurídico passível de crítica, qual seja, a situação deficitária da Previdência Social<sup>36</sup>, distorcendo, assim, o tratamento igualitário que vinha sendo aplicado aos crimes tributários no aspecto da insignificância penal do fato pelo valor exigido.

Abriu-se novo dissídio jurisprudencial após a edição da Portaria nº 75, de 22.03.2012, firmada pelo Ministro da Fazenda, que elevou o patamar mínimo para o ajuizamento de execução fiscal de débitos com a Fazenda Nacional para R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). O novo valor vem sendo acolhido pelo Supremo Tribunal Federal para fundamentar a atipicidade material do crime de *descaminho* quando o montante tributário sonegado estiver abaixo do piso de cobrança judicial<sup>37</sup>. Há precedentes em outros Tribunais de que o novo valor mínimo de cobrança pela Fazenda Nacional em execução fiscal passou a ser adotado como um parâmetro na afirmação da insignificância penal do fato para a ordem tributária da União<sup>38</sup>.

<sup>35</sup> Assim o decidido pelo STJ no REsp 1.112.748/TO, Relator Ministro Felix Fischer, J. 09.09.2009 (repetitivo representativo de controvérsia).

<sup>36</sup> HC 102.550/PR, Rel. Min. Luiz Fux, J. 20.09.2011; HC 110.124/SP, Rel.<sup>a</sup> Min. Cármen Lúcia, J. 14.02.2012; HC 127.095/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, J. 29.06.2015.

<sup>37</sup> HC 118.067/PR, Rel. Min. Luiz Fux, J. 25.03.2014; HC 120.096/PR, Rel. Min. Luis Barroso, J. 11.02.2014; HC 121.408, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, J. 13.05.2014; HC 126.191/PR, Rel. Min. Dias Toffoli, J. 03.03.2015.

<sup>38</sup> Confira-se: TRF-1, ACr 0050727-92.2010.401.3800, e-DJF1 07.11.2014; TRF-3, ACr 0000405-54.2009.403.6126, e-DJF3 23.03.2015; TRF-3, RSE 0000628-35.2012.403.6115, e-DJF3 04.12.2014; TRF-4, ACr 0002757-02.2007.404.7104, DE 13.08.2012.

O Superior Tribunal de Justiça atualmente inclina-se pela confirmação do limite de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) previsto em lei para o reconhecimento da atipicidade material do crime tributário praticado contra a ordem tributária da União, sob o fundamento de que a Portaria nº 75/2012 não poderia revogar o limite de dispensa de atuação previsto no art. 20 da Lei nº 10.522/2002, tampouco seria possível transportar para a esfera penal um ato administrativo calcado em razões de conveniência e oportunidade fiscal, a interferir na independência do exercício da jurisdição criminal. Além disso, considera ainda que o novo patamar mínimo de atuação da Fazenda Nacional não se encontra afinado com a jurisprudência assentada sobre os limites econômicos da insignificância do fato nos crimes comuns contra o patrimônio, o que ocasionaria um tratamento penal desigual e desproporcional entre os autores desses crimes<sup>39</sup>.

Em que pese a controvérsia jurisprudencial, parece-nos que o novo limite mínimo estabelecido em ato administrativo contraria o disposto no art. 20, *caput*, da Lei nº 10.522/2002, sendo juridicamente discutível a sua legalidade. A par disso, o patamar de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), embora até possa justificar economicamente a dispensa de atos de cobrança judicial em razão dos custos operacionais de atuação administrativa, aparenta ser demasiadamente alto para a aplicação do princípio da insignificância penal do fato, diante da realidade notória de que a grande maioria dos contribuintes brasileiros não lançou nem teve lançado um crédito fiscal unitário com valor tão expressivo.

Note-se que os dispositivos em questão não extinguem o crédito tributário, mantendo íntegro o objeto material do crime, mas somente dispensam a cobrança judicial do montante apurado. Assim, remanesce a ilicitude da conduta no aspecto tributário, com todas as demais consequências pertinentes, podendo a Fazenda Nacional, por exemplo, protestar o seu título executivo ou negar o acesso do devedor à certidão negativa de débitos enquanto a dívida estiver pendente. Já, no campo penal, cabe ao intérprete da norma averiguar a insignificância da conduta e a inexpressividade do resultado para a ordem tributária, a partir do montante da dívida apurado pelo Fisco.

<sup>39</sup> STJ, REsp 1.393.317/PR, 3ª Seção, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, J. 12.11.2014. Em comentários ao acórdão, Marco Aurélio Florêncio Filho discorda dos fundamentos lançados, defendendo a competência constitucional do Ministro da Fazenda para estabelecer o montante não executável do crédito fazendário, além de considerar plausível a aplicação da Portaria MF nº 75/2002 para o reconhecimento da insignificância penal, argumentando que, se o direito tributário dispensa a cobrança, não há justificativa para a aplicação de pena criminal, já que o Direito Penal atua em *ultima ratio*, sob o princípio da intervenção mínima, quando os demais ramos do Direito falharem (*Boletim de Jurisprudência IBCCrim*, n. 268, p. 1835-1836, mar. 2015).

Ressalte-se, ainda, que o patamar mínimo de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para a cobrança do crédito tributário pela via judicial, nos termos previstos no art. 20, *caput*, da Lei nº 10.522/2002, cinge-se aos débitos inscritos em dívida ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, não alcançando outros créditos tributários de pequeno valor titularizados por entidades paraestatais (autarquias federais e conselhos profissionais), para as quais se impõe por lei a cobrança do crédito em juízo<sup>40</sup>. Neste caso, muito embora a conduta delitativa seja de difícil ocorrência por força da sistemática legal de lançamento tributário (normalmente realizado de ofício pela autoridade fiscal, dispensando a participação do contribuinte), quando tais tributos ocasionalmente forem objeto material de crime contra a ordem tributária, nada obsta a incidência do princípio da insignificância penal do fato em razão do montante sonegado, uma vez constatada a lesão de pequena monta aos cofres da entidade credora.

Quanto aos crimes tributários envolvendo o sistema fiscal arrecadatário dos Estados-membros e Municípios, entende-se que o reconhecimento da insignificância penal do fato depende de lei específica do ente público, dispensando a cobrança do crédito tributário<sup>41</sup>.

No Estado de São Paulo, por exemplo, a Lei Estadual nº 14.272/2010 autoriza a Procuradoria-Geral do Estado a não propor execução fiscal para débitos tributários em valores até 600 (seiscentas) UFESPs<sup>42</sup>, o que corresponde, no ano de 2016, ao montante de R\$ 14.130,00, que pode ser utilizado como vetor para a aplicação da insignificância penal do fato contra a ordem tributária nos limites territoriais do Estado bandeirante.

No Distrito Federal, a Lei Complementar nº 904/2015 dispensa o ajuizamento de execução fiscal contra o devedor se o seu débito consolidado de ICMS for inferior a R\$ 15.000,00, ou a R\$ 5.000,00 para os demais tributos distritais, nele incluídos todos os acréscimos legais e reajustável anualmente, a permitir a conclusão, da mesma forma, de que o referido limite torna a respectiva sonegação um irrelevante penal.

<sup>40</sup> STJ, REsp 1.363.163/SP (representativo de controvérsia), Rel. Min. Benedito Gonçalves, J. 11.09.2013; TRF-3, AC 0021462-42.2015.4.03.9999/SP, Rel. Des. Fed. Carlos Muta, J. 16.06.2015.

<sup>41</sup> Nesse sentido: STJ, HC 307.791/SP, J. 05.03.2015.

<sup>42</sup> “Art. 1º Fica o Poder Executivo, por meio dos órgãos competentes da Procuradoria Geral do Estado, autorizado a não propor ações, inclusive execuções fiscais, assim como requerer a desistência das ajuizadas, para cobrança de débitos de natureza tributária ou não tributária, cujos valores atualizados não ultrapassem 600 (seiscentas) Unidades Fiscais do Estado de São Paulo - UFESPs.”

No Estado do Rio Grande do Sul, não há disposição legal semelhante. Consta da Lei Estadual nº 13.591/2010 a possibilidade de a Procuradoria do Estado desistir de execução fiscal, dispensando, inclusive, a citação por edital, quando o devedor não for localizado e não houver bens penhoráveis em dívidas fiscais inferiores a 10.000 UFPs, o que equivale, em 2016, a R\$ 171.441,00, a revelar que este montante expressivo é, a nosso ver, um mínimo satisfatório exigido para o prosseguimento da cobrança judicial de créditos de difícil realização, e não propriamente um valor mínimo genérico abaixo do qual a administração tributária se desinteressa pela cobrança, não servindo como parâmetro monetário para a aplicação do princípio da insignificância penal.

Por fim, importa considerar, para aferir a insignificância penal a partir do valor do crédito tributário, o momento da *conduta sonegatória*, embora eventualmente seja outro o instante do resultado, tendo em vista a adoção da *teoria da atividade* pelo legislador penal, conforme o art. 4º do Código Penal, pelo qual “considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado”.

Fixar o momento da sonegação para os fins penais assume especial relevo nos crimes tributários, pois, como visto antes, os crimes que exigem resultado naturalístico (*crimes materiais* – p. ex.: art. 1º da Lei nº 8.137/1990) consumam-se apenas com o lançamento fiscal definitivo, ou seja, após a formalização do montante tributário pela autoridade fiscal, não mais passível de discussão administrativa, a teor da Súmula Vinculante nº 24 do STF.

Assim, nestes crimes, embora a conduta tenha sido praticada em um dado momento temporal, normalmente na data de vencimento do crédito tributário, o resultado criminoso só ocorre um bom tempo depois, quando constatado o montante na esfera administrativa de forma definitiva. Este momento do resultado material, embora seja importante ao *iter criminis*, posto fixar o instante da consumação, acaba não possuindo relevância na fixação do tempo do crime (art. 4º do CP), que é o que define se o fato é, ou não é, um insignificante penal para a ordem tributária quanto ao montante sonegado.

Nesse raciocínio, a fixação do montante sonegado na data da constituição definitiva do crédito tributário, com a apuração do principal e dos acessórios legais (correção monetária, multa e juros de mora), não deve ser considerada na aferição da insignificância penal, pois o tempo do crime foi outro, qual seja, quando da prática da conduta, normalmente na data do vencimento do crédito. Neste momento é que se deve aferir o montante suprimido ou reduzido,

cotejando-o com o limite mínimo para a cobrança fiscal e concluindo se o fato é mesmo um irrelevante penal.

O mesmo problema prático não surge nos delitos formais (p. ex.: art. 2º da Lei nº 8.137/1990), porque o momento da consumação confunde-se com o momento da conduta (fraude fiscal), quando será retratado o tempo do crime e o possível reconhecimento da insignificância penal do fato. A formalização do lançamento tributário não interfere na tipicidade, embora assumam importância para a configuração da relevância penal do fato, ao dar liquidez e certeza ao montante do crédito tributário.

Cabe ponderar que a alteração dos limites mínimos de cobrança pela Fazenda Pública, quando reajustada positivamente pelos instrumentos normativos constitucionalmente admitidos, retroage em favor do agente, eis que o valor a maior interfere na tipicidade penal material, com efeitos benéficos ao réu (art. 5º, XL, da CF/1988; art. 2º do CP).

## CONCLUSÕES

Os crimes contra a ordem tributária são aqueles fatos previstos em lei penal que atentam contra a integridade do sistema arrecadatório de tributos, a colocar em risco também a função do Estado de gerir e administrar os interesses públicos, diante da falta de recursos financeiros disponíveis à cobertura das despesas públicas, prejudicando a solidez das finanças do Estado e a boa prestação dos serviços estatais.

Os crimes tributários em vigor no Brasil são aqueles previstos nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 8.137/1990 e nos arts. 168-A e seu § 1º (apropriação indébita previdenciária), 334 e § 1º (descaminho), e 337-A (sonegação de contribuição previdenciária) do Código Penal brasileiro.

A maior parte deles exige um resultado naturalístico para a sua consumação, consistente na supressão ou redução do valor tributário devido, cabendo ao órgão acusatório, titular da ação penal, comprovar nestes casos o dano efetivo ao Erário e ao sistema arrecadatório, formalizado por meio de lançamento tributário definitivo, nos termos da Súmula Vinculante nº 24 do Supremo Tribunal Federal.

Independente da natureza material ou formal dos crimes tributários, a dogmática penal vem atuando de maneira crítica para reduzir o alcance dos tipos delitivos, considerando ocorrida por completo a tipicidade somente quando evidenciada uma lesão relevante aos bens jurídicos protegidos pela

lei, de acordo com os princípios da *intervenção mínima*, da *subsidiariedade* e da *fragmentariedade*, pelos quais o Direito Penal só deve se ocupar dos bens jurídicos considerados mais essenciais para a sociedade (daí a sua fragmentariedade), e ainda quando os demais ramos do Direito não se encontrarem aptos a bem defendê-lo (princípios da intervenção mínima e da subsidiariedade).

Tal característica do Direito Penal contemporâneo propiciou o surgimento da *concepção material de crime*, que acrescenta um elemento axiológico ao delito em abstrato, um valor que sobressai anterior ou posterior à criação do tipo penal pela lei, de tal forma que o fato previsto (conduta, resultado e nexos causal) só pode ser considerado crime e assim punido se for social e juridicamente relevante, ou seja, tanto a conduta quanto o resultado devem ofender de modo substancial bens considerados fundamentais para a sociedade.

Como corolário do princípio da intervenção mínima surge o *princípio da insignificância penal do fato*, que afasta da incidência do tipo aquelas condutas incapazes de lesar com um mínimo de gravidade o bem jurídico penal.

A aplicação da teoria material do crime vem se difundindo nos Tribunais brasileiros, que a tem utilizado na análise dos crimes contra a ordem tributária, afastando da tipicidade aquelas condutas de sonegação fiscal de pequenos montantes, consideradas *materialmente atípicas*, não passíveis de causar lesão ao sistema arrecadatório de tributos.

A sonegação de valores tributários ínfimos não coloca em risco a ordem tributária, não sendo hábil a abalar o bom funcionamento da função arrecadatória do Estado. Pode haver lesão patrimonial de caráter administrativo, mas sem repercussão penal, já que não foi rompida a integridade do sistema impositivo de tributos da forma como protegida pelo Direito Penal, isto é, em um nível mais elevado, com previsão de sanções mais graves, a atingir, inclusive, o *status libertatis* do contribuinte.

Para os tributos federais, a jurisprudência majoritária tem reconhecido a insignificância material dos crimes contra a ordem tributária quando o valor sonegado não ultrapassar o mínimo adotado pela Procuradoria da Fazenda Nacional para o ajuizamento de suas execuções fiscais, atualmente em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), sob o influxo do art. 20, *caput*, da Lei nº 10.522/2002, com a redação da Lei nº 11.033/2004.

Quanto ao momento de aferição da insignificância penal do fato a partir do valor do crédito tributário, prevalece o tempo da *conduta sonegatória*, embora eventualmente seja outro o instante do resultado, tendo em vista a adoção da

*teoria da atividade* pelo legislador penal, conforme o art. 4º do Código Penal. A questão assume especial relevância prática, sugerindo a atenção dos operadores do Direito nos crimes tributários que exigem resultado naturalístico (crimes materiais), os quais se consumam apenas com o lançamento fiscal definitivo, ou seja, após a formalização do montante tributário pela autoridade fiscal, não mais passível de discussão administrativa, a teor da citada Súmula Vinculante nº 24 do STF.

## REFERÊNCIAS

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal – Parte geral*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, v. 4. 2007.

CORRÊA, Antonio. *Dos crimes contra a ordem tributária*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio. *Leis penais especiais comentadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ESTEFAM, André. *Direito penal 4 – Parte especial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio. Anotações ao REsp 1.393.317/PR. *Boletim de Jurisprudência IBCCrim*, ano 23, n. 268, mar. 2015.

GOMES, Luiz Flávio. Princípio da insignificância. Crimes tributários. Limite válido para todos os tributos (federal, estadual ou municipal)? Disponível em: <<http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121930379/principio-da-insignificancia-crimes-tributarios-limite-valido-para-todos-os-tributos-federal-estadual-ou-municipal>>. Acesso em 24 ago. 2015.

JESUS, Damásio de. *Direito penal – Parte geral*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da insignificância no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MAÑAS, Carlos Vico. *O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.

MONTEIRO, Antonio Lopes. *Crimes contra a Previdência Social*. São Paulo: Saraiva, 1999.

MOTTA, Ivan Martins; BÔAS, Regina Vera Villas. *Manual de direito penal – Parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal* – Parte general. Trad. Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madri: Civitas, t. I, 1997.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

Submissão em: 05.06.2016

Avaliado em: 04.07.2016 (Avaliador A)

Avaliado em: 12.06.2016 (Avaliador C)

Avaliado em: 30.07.2016 (Avaliador E)

Aceito em: 14.09.2016





## A CONTRATUALIZAÇÃO DOS VÍNCULOS FAMILIARES: CASAS SEM GÊNERO E FILIAÇÃO UNISSEXUADA<sup>1-2</sup>

*CONTRACTUALISATION AND FAMILY LAW: GENDERLESS COUPLES AND  
FILIACTION*

**Daniel Borrillo<sup>3</sup>**

Doutor pela Université de Strasbourg

**ÁREA(S) DO DIREITO:** direito de família; direito civil.

**RESUMO:** O trabalho dedica-se a analisar de que forma as relações familiares se liberam (ou não) de uma concepção naturalista para dar origem a um novo modelo familiar, em ruptura ou extensão ao modelo tradicional. Apresenta, também, um breve panorama histórico da concepção jurídica de unidade familiar, delimitando as transformações contemporâneas em seu entendimento. A partir desse contexto,

em que a família se transformou em um espaço no qual se exerce a liberdade individual de escolha, o artigo busca discutir a contratualização dos vínculos familiares, propondo uma distinção entre os conceitos de “parentalidade” e “paternidade”.

**PALAVRAS-CHAVE:** família; contratualização; paternidade.

**ABSTRACT:** *This paper criticizes the naturalistic approach which informs the traditional conception in Family Law. It presents an historic overview of the legal*

<sup>1</sup> Artigo inédito no Brasil e no exterior.

<sup>2</sup> Tradução de Sonia Consuelo Achá Kahl. Bacharel em Letras, tradutora e intérprete - UFRGS. Curso de especialização para professores de espanhol - Universidade de Salamanca, Espanha. Estudos Avançados de línguas e Literaturas de Língua Espanhola - PUCRS. Pós-Graduada em Tradução de Língua Espanhola - Universidade de Salamanca, Espanha. Tradutora Pública Juramentada da Junta Comercial do RS desde 2010. Tradutora Juramentada para o TJRJ, TJPR e para a PGR. E-mail: sonia@traduzca.com.br.

<sup>3</sup> Ítalo-argentino radicado na França. É diplomado em Jurisprudência pela Universidade de Buenos Aires. Professor de Direito na Universidade de Paris X - Nanterre, além de pesquisador associado do *Centre National de la Recherche Scientifique* (CNRS)/França. É especialista de reputação internacional sobre as questões jurídicas associadas à discriminação, aos direitos das minorias e aos *gender studies*. E-mail: borrillo@u-paris10.fr. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/6973364389334569>.

*understanding on family recognition, highlighting the contemporary changes on such comprehension. In this framework, in which the family becomes a sphere of individual choice, it proposes the contractualisation as a perspective able to provide a better understanding of the familiar and parental relationships.*

**KEYWORDS:** *family law; contractualisation; parenthood.*

**SUMÁRIO:** Introdução; Da instituição ao contrato; A vitória da concepção laica do matrimônio; O matrimônio entre homossexuais; A verdade biológica da filiação; Rumo a um novo paradigma familiar; Do estado à função: paternidade e parentalidade; A paternidade dos casais do mesmo sexo; Os efeitos da contratualização; Lista das obras citadas.

**SUMMARY:** *Introduction; From institution to contract; The victory of a secular conception of marriage; Homosexual marriage; The biological truth of filiation; Towards a new familiar approach; From parental status to role: parenthood and parental status; Homosexual parenthood; The contractualisation consequences; Bibliography.*

## INTRODUÇÃO

A família é uma construção social. As diversas formas que vêm sendo adotadas ao longo da história fazem com que devamos utilizar o termo no plural (famílias) para, desse modo, expressar a ausência de um modelo único. O incremento do número de casais de fato, o uso corrente do divórcio, a multiplicação dos casais que optam por uma união civil, as famílias recompostas (Damon, 2012), monoparentais (Algava, 2002) ou homoparentais (Fraïsséc, 2012), bem como os filhos nascidos fora do matrimônio, fizeram da família uma realidade complexa e diversa. No entanto, em singular, como ideal de organização da vida privada, a família se impõe frequentemente como algo óbvio, apesar dos diferentes contornos que essa instituição adquire na vida real. Nas manifestações contra o “matrimônio para todos” na França, era possível ler nas faixas uma concreta quantidade de *slogans* que destacavam o caráter natural dos vínculos familiares:

Matrimônio = um homem e uma mulher.

Todos nascidos de um homem e uma mulher.

1 pai + 1 mãe = é elementar.

1 papai, 1 mamãe, não vamos mentir para os filhos.

Não há óvulos nos testículos.

A naturalização não apenas é consubstancial ao pensamento teológico e ao senso comum, pois também se manifesta no discurso dos autores clássicos que teorizaram sobre o contrato. Assim, Rosseau afirma que “a mais antiga de todas as sociedades, e a única natural, é a família” (Rousseau, 1762:7). Locke vê nessa agrupação mais próxima ao estado natural. A ordem patriarcal é apresentada como algo evidente, que serve, inclusive, de modelo para a organização social: “A família seria, por assim dizer, o primeiro modelo de sociedade política: o chefe é a imagem do pai; o povo é a imagem dos filhos e, tendo todos nascidos iguais e livres, não alienam a sua liberdade senão pela sua utilidade” (Rousseau, 1762:7-8).

A ruptura com o naturalismo no âmbito político não encontrou entre os grandes teóricos do contrato um equivalente em matéria familiar. Nem Hobbes, nem Rousseau, nem Locke, nem Tocqueville, nem Benjamin Constant, nem, mais recentemente, Rawls<sup>4</sup> tomaram como objeto da sua análise as dinâmicas familiares. No entanto, não falta bagagem intelectual para desenvolver uma aproximação crítica às mesmas. A questão foi considerada, sem dúvidas, como menor, muito “doméstica”, se comparada com as grandes teorias sobre a Política, com maiúsculas. No entanto, é no seio do modelo de família onde se articulam as formas mais arcaicas do poder. Reenviando a família ao espaço natural, esses grandes teóricos se privaram de um terreno particularmente fecundo de observação e análise. Tão surpreendente é essa situação que resultaria legítimo perguntarmos se essa naturalização da família constitui efetivamente o limite do seu próprio pensamento.

As consequências dessa “negligência” (voluntária ou involuntária) não demoraram em se manifestar: a família se transformará no espaço que mais tardiamente será politizado e o mais difícil de democratizar. No entanto, o caráter evolutivo da família é um fato que foi demonstrado por todas as correntes sociológicas deste século XIX. Engels explicava as dinâmicas familiares a partir das relações sociais de produção (Rousseau, 1762:7-8). A família grande, de origem rural, deixa de ser a norma no final do século XIX, momento no qual se produziu o nascimento da família moderna do tipo nuclear (Parsons, 1937); depois, será indeterminada (Roussel, 1989). Em menos de um século, todas as concepções modelares de família saltaram pelos ares. No Ocidente, as famílias são nucleares, monoparentais, recompostas, homoparentais, integradas por

<sup>4</sup> No seu artigo “¿Debe abolirse la familia?” (Deve-se abolir a família?, em tradução livre) (1987) (traduzido e publicado na *Comprender*, n. 2, 2001), Rawls apresenta a família como algo inevitável ou, pelo menos, como uma manifestação necessária.

filhos biológicos, adotivos ou provenientes de técnicas de reprodução assistida. As ciências humanas mostram a evolução e as transformações das famílias, bem como a forma com que o Estado acompanha ou não tais mudanças sociais (Burguière, Klapisch-Zuber, Martine-Segalen, 1994).

Não espere o leitor encontrar aqui uma história das famílias. Também não se trata de um ensaio de sociologia familiar, menos ainda de um estudo de políticas familiares. Dedicamo-nos simplesmente a explicar como as relações familiares se liberam (ou não) de qualquer forma de naturalismo, dando origem, assim, à ruptura com a ordem tradicional (ou a sua extensão). Essa ruptura, quando acontece, possibilita a desinstitucionalização da família. O indivíduo não se encontra mais a serviço da família, agora é ela que está a serviço daquele (Déchaux, 2009).

A consideração da vida a dois como um capítulo da vida privada é algo óbvio na França desde a aprovação da Lei do Divórcio no ano de 1975. A contratualização dos vínculos conjugais se manifesta não apenas como o fruto da evolução dos costumes, mas também como a afirmação dos valores de autonomia e igualdade (De Singly, 1993). Pelo contrário, na opinião de certa quantidade de especialistas, os vínculos de parentesco deveriam resistir a esse processo em nome dos princípios antropológicos e em virtude do interesse superior da criança<sup>5</sup>. Tudo acontece como se, em um universo em plena mutação, só a institucionalização da filiação pudesse garantir a estabilidade dos vínculos familiares e sociais. Como adverte um psicanalista próximo a essa concepção: “Nessa família pós-moderna, uma constatação chama muito a atenção: é a linha reta, a da descendência, da filiação, a que se transformou no cavalo de batalha em meio aos acontecimentos que cercam a vida das pessoas...” (Delaisi de Parseval, 2008: 16). Nessa mesma linha de pensamento, I. Théry afirma que o princípio de indissolubilidade do vínculo familiar se transferiu do casal para a filiação (Théry, 1993). À progressiva contratualização da relação de casal, essa corrente opõe a necessária institucionalização da relação que se mantém com a descendência.

Agora, vejamos, uma teoria política da organização familiar, fundamentada na vontade e na autonomia individual, longe de se desvincular do interesse

---

<sup>5</sup> Uma crítica ao “Familiarismo”, bem como uma análise do lugar que ocupam os diferentes especialistas na naturalização da família, pode ser vista em: R. Lenoir, *Généalogie de la morale, familiale*, Paris: Editions du Seuil, Coll. “Liber”, 2003.

do menor e de ignorar a responsabilidade dos adultos, permitiria preservar melhor, em um marco mais democrático, os direitos e as obrigações de cada um dos membros da família.

A contratualização também não implica a desigualdade, como tentaremos demonstrar mais adiante. De fato, não devemos esquecer que, desde o final dos anos 1970, as teorias que propunham uma nova institucionalização da família são acompanhadas, frequentemente, da progressiva desafetação do Estado em matéria social. De forma que apenas as famílias que dispõem de maior capacidade econômica podem suprir as carências do Estado do Bem-Estar, ainda mais quando, na prática, transformam-se nas suas últimas beneficiárias. Os trabalhos de Jacques Commaille e de Claude Martin (1998) demonstraram o caráter profundamente desigual das nossas sociedades, nas quais todos os indivíduos – seguindo a sua vinculação familiar ou o seu sexo – não contam com os mesmos recursos para se incorporar positivamente a ela. A família institucional surge, assim, como o principal motor da desigualdade social (Bourdieu, 1979).

Longe de se desentender com esses efeitos econômicos, uma teoria política da família fundada no contrato coloca a questão familiar no próprio seio da questão social. A assunção da responsabilidade por parte das pessoas é acompanhada da assunção de responsabilidade pelo próprio Estado, como garantia da igualdade dos indivíduos. Pelo contrário, a corrente institucionalista (perante as aparências) poderia ser interpretada como um movimento dirigido a amenizar a responsabilidade do Estado mediante um retorno ao modelo clássico de solidariedade intrafamiliar.

O presente artigo propõe alguns elementos de reflexão que permitam estudar, de uma forma diferente, a nossa relação com o casal, a procriação, a filiação, a paternidade e a família, localizando as instituições na sua dimensão histórica, lembrando, para tanto, as principais normas do Direito Civil na matéria. A civilização tira o indivíduo da natureza, permitindo-lhe assumir plenamente a sua condição humana, histórica e cultural.

A contratualização dos vínculos familiares permite deixar nas mãos dos principais interessados a organização da sua própria comunidade de vida, sem necessidade de se remeter a um suposto modelo natural. As novas formas de intimidade – essas novas formas de relação tão apreciadas por Foucault – podem encontrar no marco do contrato uma concretização política. Assim, a vida a dois deixa de se limitar à relação heterossexual, e a filiação se abre para a paternidade

unissexuada. Daí em diante, o que contará é o indivíduo e a sua capacidade de compromisso na vida conjugal e no projeto parental.

## DA INSTITUIÇÃO AO CONTRATO

Nas sociedades tradicionais, o matrimônio tinha como finalidade a união de clãs, e o intercâmbio de mulheres constituía um elemento essencial nessa forma antropológica de comércio. O desejo dos membros do casal não era, de forma alguma, levado em consideração. Assim, tratava-se, em princípio, de garantir a manutenção do patrimônio e a continuidade da linhagem. Essas funções econômicas e procriadoras articulam o modelo de matrimônio que, sem pressupor um afeto recíproco, era regido a partir de uma estrita distribuição dos papéis em virtude da qual a mulher era submetida à autoridade incontestável do homem. Enquanto no Ocidente a organização da família vai se afastar dessa concepção holística e vai se estruturar progressivamente em torno do matrimônio individual, outras civilizações continuaram a concebê-lo como um pacto entre clãs. Assim, na maioria das sociedades tradicionais do tipo patriarcal o intercâmbio de irmãs de um grupo de homens com outro grupo de homens organiza o comércio marital. Pelo contrário, nas matriarcais, o homem goza de uma função reprodutiva, e a paternidade, puramente simbólica, é assumida frequentemente pelo irmão da mãe (Cai Hua, 1997; Bachofen, 1996; Carrer, 1994; Magli, 1983).

Os trabalhos de E. Evans-Pritchard (1937) mostram que entre os Azandes, um povo da África Central, os homens casavam com meninos, mesmo quando dispunham mulheres, e nos períodos de guerra partiam com eles ao campo de batalha. A hierarquia, aqui, era estabelecida não em função do sexo, mas da idade.

Na origem do Direito Ocidental, o matrimônio romano organizava a sociedade de homens livres sob o poder do *pater familias*. Apesar de estar regulamentados pelo direito privado, os casamentos se transformaram em uma questão pública. De fato, a aliança organiza o modelo de unidade social e de tutela dos incapazes: mulheres, crianças ou escravos. Em Roma, são adotadas várias formas de relações de casal. A união legítima, o matrimônio *cum manu* (*confarreatio*, *coemptio* e *usus*) que ocupa o cume da hierarquia conjugal. O *matrimonio sine manu*, o *more uxorio* (concubinato) e o *contubernium* constituíam formas satélites, mais ou menos afastadas da estrita formalidade do matrimônio legítimo, e permitiam a criação de vínculos de casal entre pessoas que não tinham cidadania. Essa ordem conjugal continuou se justificando ao longo de toda a

Alta Idade Média, devido à escravidão. Foi necessário esperar uma condenação do Papa, em 1095, para pôr fim ao *contubernium*, que, no entanto, organizava a vida familiar dos servos da plebe. Não é demais lembrar que, até a Revolução Francesa, apenas era reconhecido o matrimônio religioso<sup>6</sup>. Os registros das paróquias funcionavam como Registro do Estado Civil. Finalmente, a Lei de 20 de setembro de 1792 instaurou o casamento civil, celebrado na Prefeitura, que se transformará no único válido perante a lei. Dali em diante, na França, o ato civil do matrimônio deverá preceder qualquer celebração religiosa, sujeitando-se às penalidades da lei<sup>7</sup>.

## A VITÓRIA DA CONCEPÇÃO LAICA DO MATRIMÔNIO

A competência exclusiva do poder do Estado em matéria matrimonial não é, no entanto, uma inovação doutrinária do constituinte ou do legislador revolucionário. Trata-se, melhor, do fruto de uma longa evolução que permite fazer referência à Escolástica tardia e à Segunda Escolástica. Assim, a competência exclusiva do poder civil em matéria matrimonial, segundo Alfred Dufour (1997), da convergência entre a afirmação do princípio da autonomia do poder legislativo próprio da sociedade civil perante a sociedade eclesiástica, de um lado, e a espiritualização do poder da igreja perante os poderes temporários, de outro. A Revolução Francesa arrematará esse processo fazendo do matrimônio um contrato *sui generis*, laico e exclusivo.

Durand de Maillance, representante da Assembleia Nacional francesa em 17 de maio de 1791, afirma que

o matrimônio pode subsistir e, inclusive, deve subsistir como contrato civil e para todos os efeitos civis, independentemente da bênção eclesiástica que o transforma em um sacramento. Assim, o contrato do matrimônio e o ritual eclesiástico que o torna um sacramento são duas questões que nunca deveriam ser confundidas, a fim de que ambos os poderes conservem os direitos que lhes são próprios. (Durant de Maillane, 1791: 166-167)

<sup>6</sup> No entanto, cabe destacar que o matrimônio não religioso foi possível para os protestantes franceses a partir de 1787, graças ao *Édito da Tolerância*, assinado por Luís XVI.

<sup>7</sup> O art. 433-21 do Código Penal francês estabelece que quem realizar de forma habitual uma celebração religiosa de matrimônio, sem constatar que o matrimônio civil foi previamente realizado nas condições previstas pela lei, será punido com seis meses de prisão e 7.500 euros de multa.



Em uma intervenção na Assembleia Legislativa, de setembro de 1792, Sédillez, referindo-se ao divórcio, diz:

O matrimônio é um contrato civil. A sua natureza é a dos contratos que se resolvem da mesma forma com que foram celebrados. Criado a partir da vontade de duas pessoas, é natural que o matrimônio possa ser dissolvido mediante a vontade contrária. (Sédillez, 1792: 610)

Embora desde 1685 o Rei tolerasse o matrimônio entre protestantes celebrado perante um ministro do seu culto, constituíam uniões precárias, desprovidas de efeitos jurídicos. A primeira versão secularizada do matrimônio ocorreu sob o governo de Luís XVI, fruto do Edital de 1787, que outorgou aos protestantes a possibilidade de se beneficiarem do *ius conubii*. Tem razão Jean-Claude Bologne quando afirma que

esse edital de tolerância institui, de fato, uma alternativa civil ao matrimônio religioso: se o sacerdote se recusa a casar um casal, o juiz poderá fazê-lo no seu lugar. A celebração do matrimônio sempre deverá ser realizada perante o sacerdote, testemunha privilegiada do compromisso, mas, se ele não lavra uma ata, o oficial público poderá inscrever o matrimônio. (Bologne, 2005: 169)

Desde a Concordata de 1801, assinada entre Pio VII e Bonaparte, os contratantes são livres para outorgar a sua união de forma religiosa, embora o Estado francês não reconheça outro ato além do celebrado pelo oficial do Estado Civil. Mais tarde, dando continuidade ao que estabelecia o Direito canônico, o Código de Napoleão institucionalizaria a inferioridade da mulher casada. Declarando a sua incapacidade, submeter-se-á a mulher ao poder absoluto do *pater familias*. “A mulher foi entregue ao homem para procriar. É, pois, da sua propriedade, assim como uma árvore frutífera pertence ao jardineiro”, declara o Imperador. Até que, em 1938, a mulher se separa da tutela do marido e, apenas a partir de 1970, o pai deixa de ser o detentor exclusivo da pátria potestade.

A partir da secularização do matrimônio e, principalmente, da consolidação da igualdade da mulher, o seio do Direito de Família passa por importantes mudanças. Como advertimos antes, a introdução do divórcio de comum acordo coloca o destino da união nas mãos dos esposos. Em consequência, a instituição

matrimonial perde o monopólio da filiação legítima na medida em que, depois da reforma de 1972, os filhos nascidos fora do matrimônio são beneficiários, em plano de igualdade, dos mesmos direitos que os nascidos dentro do matrimônio. Essa modificação jurídica também teve as suas consequências na ordem reprodutiva, concretamente depois da liberação do acesso aos meios contraceptivos, em 1967, e da interrupção voluntária da gravidez, desde 1975. A autoridade patriarcal perde o seu poder e abre espaço à negociação e ao diálogo. Assim, a família se transformou em um espaço no qual a liberdade individual de escolha passou aos imperativos morais e sociais, um espaço no qual os filhos são tratados em pé de igualdade.

## O MATRIMÔNIO ENTRE HOMOSSEXUAIS

A reivindicação do matrimônio entre lésbicas e *gays* tornou a colocar na mesa de debate as fronteiras da família. Na realidade, todos os “marginalizados” da história transformaram o matrimônio e lhe deram contornos mais flexíveis. De fato, podemos pensar no povo romano, que reivindicava a *confarreatio*, forma de união reservada inicialmente apenas aos patrícios; ou podemos pensar também nos servos da plebe que, em 1095, depois de incontáveis conflitos, obtiveram autorização do Papa para ter acesso ao sacramento do matrimônio.

Mas tarde, no âmbito da luta contra os protestantes, Luis XIV proclamou o Edital de 1680, pelo qual proibia aos católicos casarem-se com membros da “religião pretensamente reformada”, derrocada por Luís XVI, um século mais tarde. Escravos, protestantes, judeus, mas também comediantes, viúvas e muçulmanos foram excluídos do matrimônio antes da sua secularização.

Embora as mulheres livres sempre tenham tido acesso ao matrimônio, dentro dessa instituição elas se encontram mais dependentes dos homens. O Código de Napoleão, de 1804, consagrou a incapacidade da mulher casada, e elas terão de esperar uma lei de 1907 para poderem dispor do seu próprio salário. Posteriormente, algumas reformas jurídicas permitiram às francesas reencontrar a igualdade no seio do casal. Se, como advertimos antes, a Lei de 1938 proclamou a capacidade da mulher casada, a verdadeira mudança aconteceu somente em 13 de junho de 1965, depois da reforma do regime econômico matrimonial, ao ser abolida definitivamente a tutela marital. Um ano antes, a Lei de 14 de dezembro de 1964 já tinha concedido à mulher a capacidade para ser a sua tutora, sem prévia autorização do seu marido. Desde então, a esposa podia agir livremente, abrir uma conta bancária em seu nome e recorrer perante os Tribunais para conseguir a adoção de medidas urgentes voltadas a impedir ações que pudessem colocar

em risco os interesses familiares. A reforma de 1970 sobre o exercício conjunto da pátria potestade constitui, também, uma prova do processo de igualdade de direitos no seio da família. Mediante a Lei de 11 de julho de 1975, foi abolido o domicílio legal da mulher casada como sendo na residência do marido. Assim, o art. 215 estabelecerá que “o lugar de residência da família será aquele que ambos escolham de comum acordo”. A Norma de 4 de julho de 1975 realiza a última grande reforma do Direito de Família, com a intenção de simplificar a filiação e aperfeiçoar a igualdade entre os filhos. Por esta última reforma, a determinação da filiação será submetida a normas praticamente iguais, independentemente da situação matrimonial dos pais, unificando, também, o regime de contestação da filiação.

Essa breve recapitulação da história jurídica francesa permite nos mostrar de que forma diferentes grupos sociais puderam, progressivamente, ter acesso primeiro ao sacramento e, posteriormente, uma vez secularizado, ao contrato matrimonial. Nessa história se inscreve a reivindicação pela igualdade dos casais do mesmo sexo. Essa reivindicação não é mais do que a radicalização da modernidade da família, concretamente mediante a afirmação da liberdade de todos os indivíduos de organizarem a sua vida familiar com a pessoa da sua escolha. A aprovação do Pacto Civil de Solidariedade (PaCS), em 1999, constitui uma nova etapa na contratualização das relações íntimas e no reconhecimento dos casais do mesmo sexo (Borrillo, Lascoumes, 2002). Mas não se trata, na realidade, de mais do que um ponto de partida. De fato, catorze anos mais tarde, graças ao debate aberto pelo matrimônio Bègles, em 7 de novembro de 2012, o Parlamento francês adotou a Lei “de abertura do matrimônio aos casais do mesmo sexo”. A Lei de 13 de maio de 2013 altera essencialmente o Código Civil em matéria de matrimônio, nome e sobrenomes e adoção; e também o Código da Previdência Social, do Trabalho e muitas outras leis. Antes de tudo, trata-se de harmonizar o conjunto de normas jurídicas que permitirão aos casais do mesmo sexo o exercício do direito ao matrimônio e à filiação adotiva (Borrillo, Flores Rodriguez, 2013).

Em matéria de filiação, a reivindicação *gay* radicaliza também a dissociação entre reprodução e filiação, porque, dali em adiante, a diferença de sexos deixa de ser uma exigência para a realização do projeto de paternidade. A questão do acesso às técnicas de reprodução assistida (*assistance médicale à la procréation*, AMP) por casais de mulheres não foi permitida na nova lei. O governo francês reenvia esse assunto a uma futura norma de caráter mais geral.

## A VERDADE BIOLÓGICA DA FILIAÇÃO

Enquanto a reprodução é um fato biológico, a filiação se manifesta como um ato jurídico e, por conseguinte, cultural. A delimitação das fronteiras familiares e nacionais constituiu, a todo momento, um dilema político capital. Assim, os indivíduos podem ser designados a uma sociedade por direito de sangue (*ius sanguinis*) ou por direito de solo (*ius soli*), conforme se opte pela herança biológica ou pelo lugar de nascimento como mecanismos de pertinência nacional.

Desde a Revolução, o “imaginário” francês de pertinência à República tem sido alimentado pela ideia da “comunhão teleológica”, segundo a qual é o fato de compartilhar determinados valores que define a comunidade, e não a tradição ou a designação de uma identidade (Fassin, 2010).

Nem a raça, nem a língua, nem os interesses, nem a religião constituem elementos suficientes para definir a nação, que, segundo E. Renan, é antes de tudo uma comunidade de indivíduos livres que escolheram viver juntos, compartilhando determinados valores passados e futuros (E. Renan, 1882). No entanto, a questão da identidade nacional nunca deixou de alimentar o debate político e de configurar a situação “étnica” como ligada ao pertencimento nacional. Como a família, a naturalização da nação constitui o *leitmotif* do pensamento conservador.

A inscrição a uma família pode se derivar, da mesma forma, de vínculos biológicos ou da vontade individual. É claro que o Direito pondera um e outro conteúdo, mas, segundo a concepção filosófica adotada – natureza ou convenção –, a expressão da família não terá os mesmos contornos.

Se a concepção pertence ao ato biológico, a filiação constitui um acontecimento eminentemente convencional. Na realidade, a filiação pode levar em consideração o fato natural, mas, como dispositivo de designação de parentesco, responde às suas normas próprias, desvinculadas da natureza.

No Ocidente, a moral dos bárbaros (ordálias) e o Direito canônico (*copula carnalis*) têm em comum a verdade do corpo como fundamento do vínculo jurídico, contrariamente à civilização romana, para a qual a vontade constituía a pedra angular do seu sistema jurídico (Baud, 1993). O Direito moderno volta o olhar às regras do Direito romano, outorgando à vontade um lugar central na determinação dos vínculos de filiação e concedendo à *fictio legis* – como promoção da justiça – um lugar de destaque. Dali em diante, não serão tanto as raízes naturais da instituição que contarão, mas os instrumentos jurídicos capazes de

obter resultados concretos (por exemplo, a paz da família ou a solidariedade entre as sucessivas gerações).

A filiação outorga a cada pessoa um estado civil determinado, ao qual se associam importantes efeitos jurídicos, tanto na esfera patrimonial (obrigações alimentares, direito de sucessões) quanto extrapatrimoniais (atribuição do nome e sobrenome, pátria potestade). A filiação apenas existe quando determinada nas condições e em conformidade com os modos previstos em lei. Dito de outra forma, a filiação é determinada pela norma jurídica, e não pela lei da natureza. Para tanto, o Direito levará em consideração vários fatos fundamentais: a biologia (a filiação sanguínea), a vontade (adoção), a presunção (a suposta paternidade do marido em relação com a mãe) e a convivência (posse de estado).

A era moderna, depois do surgimento das técnicas de reprodução artificial<sup>8</sup>, permite a dissociação entre sexualidade e reprodução. O avanço científico, com a doação de esperma, o congelamento de ovócitos, a fecundação *in vitro* e a identificação genética dos pais, causou um “pânico moral” (Ogien, 2004), amplificado pelos meios de comunicação e explorado pelas correntes conservadoras. Para tranquilizar a opinião pública, em vez de assumir os princípios jurídicos do Direito Civil de Família, o aparelho político preferiu se proteger sob a sombra tranquilizadora dos especialistas (psicanalistas, geneticistas, antropólogos, teólogos...), a fim de que sejam eles os que concederão as licenças ou disporão as proibições em matéria de filiação (Fassin, 1999). Assim, a biologia começa a se transformar no fundamento real ou simbólico do sistema de paternidade, contra a modernidade que tempos antes tinha instaurado a vontade no núcleo desse sistema (Borrillo, 2009: 361-371).

O lugar preponderante da verdade biológica na determinação de vínculo de filiação foi confirmado pelos magistrados em uma conhecida sentença da Corte de Cassação de 28 de março de 2000. A distinção tradicional entre reprodução (fato biológico) e filiação (fato cultural), fundamento do Direito Civil moderno, é questionada. Não mais a partir dos clássicos argumentos procedentes do Direito canônico, mas apelando para uma dupla retórica que, de um lado, fará da diferença de sexos *conditio sine qua non* da filiação e, de outro, localizará o exame de sangue e o teste de DNA no centro do dispositivo jurídico da paternidade.

---

<sup>8</sup> Na França, o acesso às novas técnicas (fecundação *in vitro*, inseminação artificial...), conhecidas com o termo geral de *assistance médicale à la procréation* (AMP), fica reservado aos casais heterossexuais inférteis. A gestação por substituição (*gestation pour autrui*) é uma prática proibida a todos os casais.

As leis da bioética, antecipando-se à reivindicação de futuros pais *gays* e mães lésbicas, tiveram o cuidado de reservar para o casal heterossexual o acesso às técnicas de reprodução assistida. O temor à filiação unissexuada, fruto do reconhecimento do direito à filiação plena dos casais do mesmo sexo, teve como resultado uma radical subjetivação da noção jurídica de filiação concebida, de agora em diante, como um acontecimento natural, ou, pelo menos, naturalizável (Fassin, 2002). O temor à institucionalização da homoparentalidade e a fé na prova biológica (sanguínea ou genética) enfraquecem os demais supostos de filiação que repousam sobre a vontade e a vivência. Os grandes princípios em torno dos quais se articula o Direito Civil, como a autonomia, o respeito pela vida privada, a igualdade ou a livre disposição de si mesmo, estão assim enfraquecidos em benefício de novas fórmulas (alheias ao Direito) baseadas na ordem simbólica, na estruturação psíquica das crianças ou na diferença de sexos.

Agora, vejamos, essa tensão entre verdade objetiva e afetiva não corre o risco de também colocar em análise outras formas de filiação, como a adoção plena, as técnicas de reprodução assistida mediante doador ou, simplesmente, as famílias homoparentais? A naturalização da ordem simbólica não é um novo dogma capaz de influenciar o debate democrático? A exigência da diferença de sexos não oculta uma forma inconfessável de homofobia? A prevalência do fator biológico não favorece uma nova hierarquia das filiações? Pode a biologia dar conta da complexidade da filiação? Perante o surgimento das novas formas de paternidade, não corremos o risco de buscar nos refugiar por trás de certezas biológicas? Poderia chegar a ser admissível que a pessoa construa a sua identidade principalmente sobre a base do seu patrimônio genético? Pode a diferença de sexo ou a verdade biológica configurar um estado simbólico superior ao da vontade e das presunções? Tantos são os questionamentos que se apresentam no atual debate sobre matrimônio e filiação homoparental, aos quais a nova lei deu uma resposta parcial, uma vez que apenas permite a adoção para os casais do mesmo sexo casados.

A prevalência da vontade e a introdução da verdade biológica apenas no âmbito de uma disputa pareciam assumidas até o dia em que os homossexuais começaram a reivindicar os seus direitos reprodutivos. Quando os casais do mesmo sexo desejaram se transformar em pais de pleno direito (acedendo às diferentes formas de filiação), um conjunto de novas normas (como a Lei de Bioética, a Normativa de 2005, a jurisprudência da Corte de Cassação...) veio para introduzir, progressivamente, a exigência da heterossexualidade para

a instauração do vínculo de filiação<sup>9</sup>. O intenso debate originado pela lei de abertura do matrimônio para os casais do mesmo sexo e, principalmente, a emenda proposta pelos parlamentares socialistas com relação ao acesso às técnicas de reprodução assistida para casais de mulheres dão testemunho da dificuldade que representa pensar os vínculos familiares à margem do senso comum heterossexual, até o ponto em que aqueles parlamentares se viram forçados a abandonar a referida emenda.

No estado atual do Direito, o problema não se apresenta para os homossexuais que conceberam um filho por meios naturais (ou por inseminação artificial, apesar de ser ilegal na França). Nesse caso, a pessoa goza da paternidade e da autoridade sobre a criança (ou é pai ou é mãe e, portanto, goza do direito de exercer a pátria potestade). No que se refere ao casal de um pai ou uma mãe homossexual, mesmo os conservadores concordam quanto à necessidade de encontrar uma solução jurídica adequada (*estatuto do pai social*, por exemplo), e a Justiça admite hoje a delegação do exercício da pátria potestade à parceira de uma mãe lésbica. No entanto, embora algumas funções parentais tenham sido reconhecidas aos homossexuais, o estado do pai de pleno direito apenas é possível com a nova lei mediante a adoção. O acesso às técnicas de reprodução assistida, a presunção de paternidade e a maternidade da substituição continuam sendo restritos aos casais do mesmo sexo. Como acabamos de demonstrar, o modelo civilista pode funcionar perfeitamente nos casais do mesmo sexo. De fato, esse modelo coloca a vontade no núcleo da filiação e permite ocultar a identidade dos progenitores (parto sem revelar a identidade da mãe<sup>10</sup>, doador anônimo, adoção plena, etc.); em suma, o modelo civilista aceita o reconhecimento voluntário expressado, *a priori*, na presunção da paternidade que pesa sobre o esposo da mãe. O modelo civilista autoriza a criação de um vínculo de filiação legal simplesmente perante quem se comportou como pai (posse do estado). Para esse modelo, no fundo, a vontade não tem sexo. Por que pretender, então, sexualizá-la para alguns vínculos de filiação?

A dificuldade de admitir uma maternidade exclusivamente feminina ou uma paternidade exclusivamente masculina – de acordo, no entanto, com

<sup>9</sup> Em um relatório de 1988, a pedido do Primeiro-Ministro Guy Braibant, faz-se referência à “afirmação do valor das estruturas naturais da paternidade”. Em 1994, a Lei da Bioética definiu o casal, juridicamente, como sendo a união de um homem e uma mulher. Em 1995, o Conselho de Estado fala também, pela primeira vez, da ausência de referente paternal no caso de uma adoção por uma pessoa solteira, inclusive quando essa referência não está contemplada na lei.

<sup>10</sup> Esse sistema permite que a mulher dê à luz sem se identificar e entregue a criança aos serviços sociais.



o espírito do Direito Civil<sup>11</sup> - levou ao questionamento desse modelo em benefício de uma visão naturalista da filiação: a prova biológica se impõe nos processos de contestação da paternidade, a investigação das origens é objeto de reivindicação social, a diferença de sexo se transforma em um valor; em suma, a verdade biológica é evidenciada como argumento último, não apenas para se opor à filiação homoparental e, portanto, para criar um tipo de hierarquia entre filiações (que, dali em mais, deverão estar baseadas na paternidade natural), mas também para colocar as famílias monoparentais como as responsáveis pela desordem individual e social.

Para alguns autores, a lei francesa foi muito longe na “negação” da verdade biológica. Assim, Agnès Fine propõe o reconhecimento da pluriparentalidade, que

não apenas está associada ao lugar cada vez mais importante que as famílias recompostas ocupam na nossa sociedade. Ela tem sido induzida pela crescente consideração da questão identitária que se manifesta na forma de reivindicação do direito da criança a conhecer as suas origens, dos filhos adotados ou dos que nasceram mediante técnicas de reprodução assistida. (Fine, 2002: 21)

A autora lamenta que, “contrariamente à Inglaterra ou à Alemanha, a França se encontra à margem do modelo da *open adoption*”, ou seja, sem ruptura com a filiação biológica. Esse ponto de vista implica questionar a Lei de 1966, que autoriza a adoção monoparental, e também constitui uma crítica ao parto sem revelar a identidade da mãe (*accouchement sous X*) e ao anonimato no caso de doação de esperma, bem como ao desaparecimento da origem biológica na certidão de nascimento no caso de adoção plena. O acesso às origens, para essa ideologia, não aparece tanto como um direito subjetivo do indivíduo a conhecer os seus progenitores, mas como o direito da humanidade à “não falsificação da filiação” (I. Thèry).

Para limitar os efeitos da homoparentalidade, a nova ideologia biologizante não hesita em questionar o sistema do Direito Civil. De fato, sob a condição de preservar em certa medida a supremacia procriadora da heterossexualidade, uma vez que a homossexualidade poderia, por conseguinte, demandar a sua

<sup>11</sup> A adoção plena por um único indivíduo foi autorizada na França apenas em 1966.



inscrição na ordem de parentesco. A questão biológica retoma, dessa forma, um vigor renovado, garantindo, de um lado, o lugar da heterossexualidade no próprio seio da homoparentalidade (ou pluriparentalidade, se retomarmos a expressão de Agnès Fine) e, de outro lado, baseando a norma não mais na vontade, mas na essência das origens (chamada doravante “ordem geracional”, “ordem simbólica” ou “história narrativa”) (Borrillo, 2011). O acesso à origem biológica permite outorgar um estatuto simbólico aos progenitores e resguardar a diferença de sexos na montagem da filiação.

## **RUMO A UM NOVO PARADIGMA FAMILIAR**

Como tínhamos afirmado anteriormente, enquanto Rousseau constrói uma teoria política da vida em comum sobre a base da vontade (individual e, principalmente, coletiva), deixa a família de fora do contrato social: “A família é o primeiro modelo das sociedades políticas, a mais antiga e natural: o chefe é a imagem do pai, o povo é a imagem dos filhos” (Rousseau, 1762). É assim que a metáfora da família permite justificar a ordem patriarcal como um fato natural. A democratização da vida privada necessitava de uma reformulação prévia dos vínculos familiares, que permitisse fugir da multissecular influência da naturalização. Esse foi o longo trabalho do Direito Civil desde a sua secularização. A contestação da ordem familiar “natural” não é, em definitivo, mais do que radicalização da modernidade, conforme a qual a vontade, e não a diferença de sexos, constitui a base da instituição matrimonial e da paternidade. A filiação, dissociada da reprodução, permite justificar um sistema jurídico fundado não mais na verdade biológica, mas, sim, no projeto de paternidade responsável. Pouco importa, pois a organização da família (monoparental, homoparental, nuclear, recomposta, tradicional...), se as premissas do contrato, bem como os seus efeitos são respeitados (igualdade na união matrimonial e na filiação). O Estado, pois, deveria tratar em condições de igualdade o conjunto de famílias, como qualquer outra forma de intimidade. Para realizar essa tarefa, é preciso sepultar um Direito de Família único, baseado no dogma paterno (Tort, 2005), e repensar as normas que regem a família a partir da negociação e da contratualização. A conveniência do matrimônio, do PaCS e do concubinato como opções de todos os casais responde a essa exigência, assim como o reconhecimento do direito à adoção, o acesso às técnicas de reprodução assistida e à maternidade de substituição para além dos casos de esterilidade. Baseada na vontade, a adoção é uma instituição mais adequada que a biologia para garantir a estabilidade dos laços familiares. Ao contrário da filiação carnal,

a filiação eletiva (adoção) encontra o seu fundamento na liberdade não apenas de acolher os filhos dos outros, mas também de abandonar os seus próprios filhos biológicos, o que apenas é possível para as mulheres (no parto anônimo ou *accouchement sous X*), mas que, no futuro, deveria ser estendido aos homens por meio de uma declaração formal de reconhecimento de paternidade, em cuja ausência o vínculo jurídico da filiação não deveria existir. A generalização da filiação adotiva (compreendida nela, inclusive, a dos seus próprios filhos) permitiria colocar a vontade no centro do dispositivo parental. Dali em diante, esse dispositivo estaria baseado exclusivamente na vontade do(s) progenitor(es) que entrega(m) a criança e na dos adotantes que a acolhem. Temos de acrescentar que a adoção é uma instituição concebida a partir do direito da criança a ter uma família, ao contrário da família biológica, que se declara mais como um recurso do direito sobre a criança (Borrillo, 2011: 263-274).

Assumir uma teoria contratualista dos afetos – tanto horizontalmente, na esfera do matrimônio, quanto verticalmente, com o objetivo de estender os casos de adoção ao nível da filiação –, não implica de forma alguma deixar de lado os mais vulneráveis (os menores, os idosos, os animais, etc.). Pelo contrário, a técnica particularmente contrastada do equilíbrio das prestações e da proteção dos mais vulneráveis (contrato de adesão, contrato de consumo, cláusula leonina, teoria da lesão...) permite garantir mais eficazmente os grandes princípios internacionais e constitucionais de igualdade do conjunto dos membros dessa comunidade afetiva e patrimonial. Da mesma forma, a adoção como modelo universal da filiação, e não a capacidade reprodutora, torna possível basear a paternidade na responsabilidade e em um projeto meditado, o que permite, dessa forma, evitar os tristes casos de maternidade ou paternidade indesejadas.

## DO ESTADO À FUNÇÃO: PATERNIDADE E PARENTALIDADE

Os termos paternidade e parentalidade (*parenté* e *parentalité*) não têm existência jurídica. Reencaminham à etnologia e à sociologia da família. Essas noções foram apresentadas, principalmente, nos trabalhos de Durkheim, Mauss, Lévi-Strauss, Malinowski, Margaret Mead ou Ruth Benedict. A paternidade (*parenté*) designa as regras de descendência aplicadas a cada indivíduo e, de forma mais geral, o vínculo que une a criança a um ou ambos os adultos (pai e mãe). A parentalidade (*parentalité*) faz referência à educação dos filhos, bem como aos direitos e às obrigações que surgem em consequência do seu exercício (intervenções pedagógicas, domésticas, educativas, de cuidado, direito de moradia, de visita, etc.). Uma pesquisa sobre essas palavras nos códigos e

nas leis será infrutífera. O termo paternidade (*parenté*) é conhecido no Direito como “filiação”, enquanto o equivalente jurídico da parentalidade é a *patria potestas*, chamada mais tarde de autoridade parental ou responsabilidade parental (em Direito espanhol: *patria potestad*). A filiação remete a um estado, enquanto a autoridade parental faz referência a uma função. A filiação se refere a algo estático, designa um local, uma posição determinada a uma linhagem ou descendência. Já a pátria potestade faz referência a algo dinâmico; de fato, fala-se do exercício da autoridade parental. Assim, é possível privar da pátria potestade (por maus-tratos, consumo de drogas ou álcool, falta de cuidado, por pôr a criança em situação de risco, etc.) justamente porque se trata do exercício, mas não é possível despojar alguém de uma filiação juridicamente estabelecida. Os piores pais (criminosos ou pedófilos) nunca deixam de ser juridicamente pais. A sua posição, o seu estado, não muda, mesmo quando perdem a função parental (pátria potestade). A paternidade e a parentalidade respondem a regras diferentes: o Código Civil francês trata da filiação no Título VII e regula a autoridade parental no Título IX.

A filiação é um vínculo jurídico que gera uma relação de ascendência familiar entre duas pessoas, designando-as como filho, por um lado, e como pai e mãe, por outro (filiação propriamente dita), para transformá-los em credores e devedores de obrigações mútuas ou recíprocas (consequência da filiação ou, em termos antropológicos, parentalidade). A filiação outorga a cada pessoa um estado civil determinado, ao qual se associam importantes efeitos jurídicos, tanto na esfera patrimonial (obrigações alimentares, direito de sucessões) quanto extrapatrimoniais [atribuição do(s) sobrenome(s), autoridade sobre os menores]. No Direito, a parentalidade é consequência, em princípio, da paternidade, mas, como veremos mais adiante, ambas podem coexistir perfeitamente dissociadas.

A filiação apenas existe quando originada em determinadas condições e em conformidade com os modos previstos em lei. Dito de outra forma, a filiação é determinada pela norma jurídica, e não pela lei da natureza. A princípio, a questão da filiação aparece no Código Civil francês como um elemento que permite definir o pertencimento à nação (arts. 16 a 30, *grosso modo*), para, a seguir, regular o pertencimento à família (a partir do art. 310 do Código Civil). Assim, presume-se que a criança nascida na França seja francesa (a princípio), presume-se que a mulher que a deu à luz seja a sua mãe e que o seu cônjuge, se ela for casada, seja o pai, sempre que a criança tiver nascido dentro dos 179 primeiros dias do matrimônio. Mas, como qualquer presunção, essa pode ser destruída. A questão da filiação é, pois, uma questão de aparências, de indícios,

de evidências, mas não da verdade. Com respeito a essa questão, o art. 310-1 do Código Civil francês diz:

A filiação será legalmente estabelecida, nas condições previstas no Capítulo II do presente título, por efeito da lei, por reconhecimento voluntário ou pela posse do estado, comprovado mediante ata de notoriedade. Também poderá ser determinada pela sentença judicial nas condições previstas no Capítulo III do presente título.

Como adverte François Terré, “em qualquer idade, a relação de filiação cria entre o indivíduo e os seus autores um vínculo biológico, afetivo, espiritual, que o Direito assume, modela, copia, às vezes deforma” (Terré, 1996: 545). Trata-se, pois, de uma questão eminentemente cultural e, por isso, passível de evoluir com o tempo. Assim, a filiação agnática do Direito romano supôs um modelo de paternidade exclusivamente masculina que não tinha necessariamente uma origem fisiológica e que repousava essencialmente sobre a vontade do *pater familias*.

Vamos lembrar que o Direito canônico proibia a adoção e que o antigo Direito francês determinava a maternidade e a paternidade pelo parto, ficando esta última reservada ao homem, unindo-se, dessa forma, a procriação carnal e espiritual na figura do marido. Pelo contrário, o filho gerado fora do casamento (bastardo) não tinha mais do que um progenitor.

O Código de Napoleão reserva os seus favores ao filho legítimo, ou seja, àquele que nasceu no seio do casal unido em matrimônio. Desde 1972, as sucessivas reformas eliminaram a diferença entre filho legítimo e filho natural. Como destacamos anteriormente, a filiação leva em consideração não apenas a realidade biológica e a vontade, mas também o tempo (posse de estado). Concretamente, com relação a esse último caso, o art. 311-1 do Código Civil estabelece:

A posse do estado acontece mediante a reunião de suficientes fatores que revelem o vínculo de filiação e de parentesco entre uma pessoa e a família à qual se diz pertencer. Desses fatos, os principais são:

1º Que essa pessoa tenha sido tratada como filho(a) pela pessoa, ou pessoas, da família à qual considera pertencer e as trate como seus próprios pais.

2º Que, com essa mesma condição, essas pessoas tenham contribuído para a sua educação, a sua manutenção e bem-estar.

3º Que essa pessoa seja reconhecida como filho próprio pela sociedade e pela família.

4º Que essa pessoa seja reconhecida como tal pela autoridade pública.

5º Que essa pessoa sempre tenha levado o sobrenome daqueles de quem diz ter nascido.

Tal como adverte G. Cornu: “O direito de filiação não é apenas um direito da verdade (biológica), é um direito da vida, do interesse da criança, da paz da família, dos afetos, dos sentimentos morais, da ordem estabelecida, do tempo que passa...”.

Quando o Direito assimila a filiação e a procriação, o faz com muita prudência. De fato, o acesso à certeza biológica está estritamente enquadrado e delimitado. Com respeito a essa questão, o art. 16-11 do Código Civil francês diz:

[...] No âmbito civil, a identificação mediante a impressão genética não poderá ser investigada senão em execução ou em cumprimento de uma resolução judicial, em consequência de uma ação com vistas à determinação ou à contestação do vínculo de filiação, ou à obtenção ou suspensão de subsídios. O consentimento do interessado deverá ter sido manifestado prévia e expressamente [...].

A prova científica da análise de sangue é admitida no Direito (desde a sentença de 28 de março de 2000, da Corte de Cassação), mas não pode ser acrescentada ao processo a não ser que existam presunções ou indícios graves. Para a determinação de filiação, não é necessária a diferença de sexos nem a verdade biológica. De fato, a adoção plena pode ser individual ou feita por um casal em matrimônio (por um ou por dois progenitores). Na adoção simples, permite-se criar um vínculo de filiação entre quatro pessoas (os pais originários e os pais adotivos). Temos de acrescentar que uma pessoa pode adotar sozinha, e a progenitora pode optar por não revelar a sua identidade no ato do parto (*aouchement sous X*), assim como o doador anônimo de esperma nunca se

transformará no pai da criança no caso de utilização de técnicas de reprodução assistida (AMP).

## A PATERNIDADE DOS CASAIS DO MESMO SEXO

Enquanto até os anos 1990 o conjunto de especialistas de Direito de Família concordava com a dimensão eminentemente social da filiação (modelo civilista), desde que emerge na cena pública a reivindicação homoparental, começa a sair à luz uma redefinição do tipo naturalista.

Os posicionamentos liberais de vários magistrados ao longo dos anos 1980, com relação às condições de acesso às técnicas de reprodução assistida, dão testemunho – se considerarmos as características tradicionais do direito de filiação – da lógica da imposição de um modelo parental fundamentado sobre a diferença de sexos. Ou, dito de outra forma, na hora de criar um vínculo de filiação, o modelo civilista permitia a autonomia do direito perante a natureza. Na sua condição de Ministro da Justiça, Robert Bainter preconizava, em 1985, uma grande margem de liberdade nessa matéria, justificando, perante o Direito, a liberdade da mulher sozinha a recorrer ao uso de técnicas de reprodução assistida e denunciando, na sua ausência, uma discriminação em virtude da sua situação marital, bem como um atentado à sua vida privada. Também se manifestou contrário à proibição do recurso para as mães substitutas. O seu raciocínio estava baseado no respeito aos direitos fundamentais e, concretamente, no “essencial de dar à vida, de preencher mais intensamente o seu destino humano e garantir a sua descendência”. Na sua opinião, tratava-se de “um direito que o ser humano deve ter reconhecido e garantido por lei para, dessa forma, esperar alcançar o desenvolvimento da sua personalidade, que, na democracia, é o objetivo de toda organização social” (Badinter, 1985: 4-14). Efetivamente, se uma mulher pode abortar legalmente, não há razão para que não possa gestar no seu ventre uma criança para outra mulher ou concretizar um projeto de maternidade por meio da técnica reprodutiva.

Da mesma forma, um juiz conservador como François Terré afirmava que

a proibição do acesso às técnicas de reprodução assistida para aqueles que desejam ter filhos, que não obedeça a uma razão terapêutica, seria pouco satisfatória e constituiria uma interferência na vida privada, contrária à liberdade de procriação, embora seja motivada por preferências pessoais. (Terré, 1987)

Com relação ao argumento da necessidade de impor uma filiação bissexuada (materna ou paterna), isso continuava sendo uma exclusividade dos juízes católicos, apegados à visão naturalista do Código canônico.

O que aconteceu para provocar essa mudança?

Em primeiro lugar, o funcionamento do Comitê de Ética das Ciências da Vida e da Saúde, que permitiu entrarem no debate sobre a futura Lei da Bioética os representantes das religiões e os psicanalistas. Desse modo, a dimensão prática do Direito se viu “contaminada” por uma aproximação ideológica alimentada pelo senso comum, que associa a filiação à biologia.

Em 1988, em um relatório ao Primeiro-Ministro, Guy Braibant faz referência, pela primeira vez, à necessária “afirmação do valor das estruturas naturais do parentesco”. Em 1994, também pela primeira vez, a Lei da Bioética definiu juridicamente o casal como a união de um homem e uma mulher. Em 1995, o Conselho de Estado fez referência à ausência de referente paterno no caso de uma adoção por uma pessoa solteira, apesar de esse referente não ser exigido pela lei. Esse processo político-jurídico produziu uma “naturalização” do casal heterossexual como base da filiação: como uma ordem simbólica à qual o Direito deve se submeter. A “heterossexualização” da filiação existia (e ainda assim permanece) no senso comum (vinculado a uma visão biológica), mas não existia no senso jurídico (vinculado a uma concepção civilista). O discurso religioso e a versão psicanalítica, dessa forma, vieram para confortar a *doxa*. Assim, o acesso às técnicas de reprodução assistida não está pensado politicamente nem construído juridicamente sobre a base de um direito subjetivo ou de uma liberdade individual (como a interrupção voluntária da gravidez ou o uso de anticoncepcionais) ou de um projeto parental da pessoa ou do casal (como a adoção), mas, sim, como um ato médico que serve para minimizar a esterilidade ou evitar uma doença grave. De certa forma, a AMP constitui uma renúncia da esfera política em favor da “razão clínica”. A esse imperativo médico se acrescenta a promoção de um tipo de organização da família: o casal de pais (heterossexual) em idade de procriar... Na França, a legislação sobre a AMP está legitimada por uma concepção da paternidade “natural”, baseada na ideia, pretensamente universal, de que o interesse da futura criança implica o direito a ter uma mãe e um pai biológicos. Esses valores, descritos como naturais, estão na origem da inclusão da AMP entre os serviços que a Previdência Social oferece, justificando a regra pela qual apenas um casal estável, integrado por “um homem e uma mulher em idade de procriar”, teria o direito de ter acesso a essa técnica. O que atualmente está em jogo é não apenas deixar para trás essa concepção da



AMP e abri-la aos casais de lésbicas em nome do princípio da igualdade, mas também, e principalmente, pensar as técnicas de procriação independentemente da justificação médica e do imperativo biparental e heteroparental.

O modelo civilista outorga um papel principal à vontade, permitindo o anonimato dos progenitores, colocando, no caso da adoção, a paternidade social acima da verdade biológica.

É no núcleo desse modelo civilista que se inscreve a lei de abertura do matrimônio aos casais do mesmo sexo e a adoção homoparental. É no centro dessa concepção contratualista da família, na qual o acesso às técnicas de reprodução assistida por parte das mulheres sozinhas ou por parte dos casais de mulheres, bem como a legislação relativa à gestação por substituição (GPA) destinada aos casais de homens, que é igualmente possível.

## OS EFEITOS DA CONTRATUALIZAÇÃO

Uma vez apresentadas a origem e as implicações teóricas da contratualização da família, vamos ver quais são as principais consequências práticas, tanto em nível do casal quanto da filiação nos âmbitos patrimonial e extrapatrimonial.

Como tínhamos destacado no início deste trabalho, o divórcio aparece nos princípios do direito moderno como sendo um contrato, uma vez que as partes podem resolver de comum acordo colocar fim no matrimônio. O principal efeito da contratualização é o divórcio. No entanto, ainda se exige a presença do juiz para validar esse contrato de ruptura. Se não há conflito algum entre as partes, a assinatura do contrato de divórcio e um simples registro administrativo deveriam ser suficientes para produzir efeitos entre as partes e sobre terceiros. Nada justifica a intervenção do juiz se não há disputa alguma ou risco de abuso por alguma das partes ou com respeito aos menores. Há tempos os diferentes ministros de justiça, tanto de direita quanto de esquerda, indistintamente, têm tentado criar na França um divórcio administrativo, mas o *lobbying* dos advogados faz dele uma tarefa impossível.

Além do divórcio, há vários empecilhos para uma plena contratualização, tanto em nível horizontal quanto vertical.

A respeito do casal, a principal barreira está na concepção vigente (embora, ao meu modo de ver, pré-moderna) do matrimônio como sendo uma união não apenas de duas pessoas, mas também de duas famílias. Assim, as relações de aliança (ou de parentesco por afinidade, como se diz na Espanha)



geram obrigações patrimoniais (alimentos, assistência...) e extrapatrimoniais com a família política. O casamento, como aliança de famílias, não guarda correspondência com a realidade social, nem com o sentimento dos cônjuges, que de forma alguma entendem estar se unindo com a família do outro cônjuge.

Da mesma forma, ainda há muitos imperativos públicos que diminuem a capacidade das partes. O primeiro é a limitação do contrato matrimonial a duas pessoas. Tratando-se de pessoas maiores de idade e capazes, não deveria existir impedimento algum para que contraíam matrimônio mais do que dois indivíduos livres e que consintam nisso. Se a poligamia pode ser considerada um contrato nulo, uma vez que está fundamentada na inferioridade da mulher e na correlativa dominação de um homem sobre várias mulheres, nada impede que, em situação de igualdade, sejam celebrados contratos matrimoniais entre vários homens e uma mulher ou entre várias pessoas, independentemente do gênero e da sua orientação sexual. Da mesma forma, a obrigação de fidelidade, como princípio de ordem pública e, portanto, irrevogável pelas partes, resulta ser contrária à liberdade contratual. De fato, a obrigação de fidelidade aparece como a condição da presunção de paternidade, presunção que, por sua vez, também é contrária ao princípio da contratualização, segundo o qual nenhum elemento alheio à vontade deveria gerar efeitos jurídicos. Como dissemos anteriormente, a contratualização da filiação passa pelo reconhecimento dos menores (filhos biológicos ou não), e não pela presunção de ser genitor. A obrigação de fidelidade surge como um dever moral (condenação do adultério), que, no caso de não cumprimento, leva a sérios prejuízos, como o divórcio culposo, na França, ou a perda de herança e do direito de alimentos, na Espanha.

Da mesma forma, nenhum regime automático de tutela é compatível com a autonomia da vontade; portanto, outro efeito da preeminência das regras dispositivas sobre as regras imperativas é terminar com a referida tutela involuntária dos cônjuges entre si ou dos pais com respeito aos filhos.

Sem dúvida alguma, é no nível patrimonial que se tem realizado a maior parte do processo de contratualização. Assim, os cônjuges podem optar por diferentes formas de organizar o seu patrimônio, e não regime de bens comuns, mas o regime de separação dos bens (regime legal supletório) deve ser o presumido no caso de ausência de contrato específico. A solidariedade por dívidas relativas às despesas familiares também deve ser considerada como limitada exclusivamente à separação de bens. Novamente, as maiores resistências estão em nível vertical. De fato, a reserva patrimonial que resulta do regime de bens reduz substancialmente a capacidade dos indivíduos para

disporem do seu patrimônio *mortis causa*. Frequentemente se argumenta que o regime de bens permite proteger os membros da família, mas, na verdade, esse sistema perpetua situações de desigualdade, já que são as famílias com maiores recursos as que mantêm no seu seio o patrimônio. Outra opção socialmente mais justa seria aquela que, no caso de ausência de testamento, constitua como beneficiárias instituições públicas de assistência social, por exemplo.

Na esfera extrapatrimonial, um sistema de contratualização permite também dispor livremente dos sobrenomes, tanto da quantidade e da ordem que os pais pretendem transmitir aos filhos quanto da possibilidade de que estes últimos alterem essa ordem ou resolvam, quando maiores de idade, utilizar apenas um sobrenome se assim o desejarem.

A respeito da filiação, a preeminência das regras dispositivas faz emergir a figura da adoção como modelo, pois é nessa forma de organização parental que a vontade unilateral dos futuros pais permite criar o vínculo filial, contrariando o sistema biológico, que cria vínculos familiares, inclusive contra a vontade dos progenitores, especialmente dos homens. Ao contrário da mulher, que na França pode optar por abandonar a criança no momento do nascimento (*accouchement sous X*), basta uma relação sexual fecunda para fazer do homem um pai, com todas as implicações jurídicas do caso.

O abandono legal do filho biológico para as mulheres e a sua possível extensão para os homens constituem uma garantia para o menor. Ao ter a possibilidade de abandoná-lo, os pais se sentirão mais livres para reconhecê-los e, se eles não o fizerem, esses filhos poderão ser adotados por pessoas que desejarem assumir plenamente um projeto parental. Abandonar a progênie é considerado, pela moral cristã, como um ato aberrante; no entanto, podemos ver nesse gesto o contrário, ou seja, podemos vê-lo como um gesto de amor para com alguém a quem se dá a possibilidade de ser acolhido por uma família que poderá sustentá-lo, tanto material quanto moralmente, melhor do que o progenitor.

Da mesma forma, o menor, ao chegar à idade adulta, deveria poder abandonar legalmente os seus pais e, eventualmente, mudar de sobrenome, se for adotado por outras pessoas. Forçar os indivíduos a manter relações não desejadas e criar obrigações entre elas é a melhor forma de alimentar a violência psicológica e social, situações contrárias aos objetivos de liberdade, igualdade e solidariedade que devem ser incentivados por qualquer ordem jurídica.

**LISTA DAS OBRAS CITADAS**

- BADINTER, Robert. Discours devant le Conseil de l'Europe. *Le Débat*, Paris, n, 36, 1985.
- BACHOFEN, Johann Jakob. *Le droit maternel: recherche sur la gynécocratie de l'antiquité dans sa nature religieuse et juridique*. Ed. Age d'Homme, 1996.
- BAUD, Jean-Pierre. *L'affaire de la main volée: une histoire juridique du corps*. Paris: Le Seuil, 1993.
- BOLOGNE, Jean-Claude. *Histoire du mariage en Occident*. Paris: Hachette, 2005.
- BORRILLO, Daniel. La vérité biologique contre l'homoparentalité: le statut des beaux-parents ou le "PaCS de la filiation". *Droit et Société*, Paris, n. 72, 2009.
- BORRILLO, Daniel. *Bioéthique*. Paris: Dalloz, 2011.
- BORRILLO, Daniel. Le sexe et le droit: de la logique binaire des genres et la matrice hétérosexuelle de la loi. *Jurisprudence Revue Critique*, "Le genre: une question de droit?", n. 2, p. 263-274, 2011.
- BORRILLO, Daniel; FLORES RODRIGUEZ, J. La reforma del Derecho de familia en Francia: a propósito del Proyecto de Ley nº 344, de 7 de noviembre de 2012, de apertura del matrimonio a las parejas del mismo sexo. *Actualidad Civil*, Editorial La Ley, Sección A Fondo, n. 4, t. 1, abr. 2013.
- BORRILLO, Daniel; LASCOUMES, Pierre. *Amoures égales? Le Pacs, les homosexuels et la gauche*. Coll. "Sur le vif". Paris: La Découverte, 2002.
- BOURDIEU, Pierre. *La Distinction*. Paris: Les Éditions de Minuit, 1979.
- BURGUIERE, André. Klapisch-Zuber, Christiane et Martine Segalen, Françoise, 1994. In: *Histoire de la famille*. Paris: Armand Colin.
- CAI HUA. *Une société sans père ni mari: les Nas de Chine*. Coll. Ethnologies. Paris: PUF, 1997.
- CARRER, Philippe. *Le matriarcat psychologique des bretons: essais d'ethnopsychiatrie*. Paris: Payot, 1994.
- COMMAILLE, Jacques; MARTIN, Claude. *Les enjeux politiques de la famille*. Paris: Bayard, 1998.
- CORNU, Gerard. *Droit civil: la famille*. 9e édition. Paris: Montchrestien, 2006.
- DAMON, Julien. *Les familles recomposées*. Paris: PUF "Que sais-je?", 2012.
- DECHAUX, Jean-Hugues. *Sociologie de la famille*. Paris: La Découverte "Repères", 2009.
- DELAISI DE PARSEVAL, Genevieve. *Famille à tout prix*. Paris: Seuil, 2008.

- DE SINGLY, François. *Sociologie de la famille contemporaine*. Paris: Nathan, 1993.
- DUFOUR, Alfred. *Mariage et société moderne, les idéologies du droit matrimonial moderne*. Fribourg: Editions Universitaires, 1997.
- DURAND DE MAILLANE (1791). *Archives Parlementaires*, Paris, t. XXVI, p.166-167, 1887.
- ENGELS, Friedrich. *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*. Zurich, 1884.
- EVANS-PRITCHARD, E. *Sorcellerie, oracles et magie chez les Azandé*. Trad. Fran. 1972. Paris: Gallimard, 1937.
- FASSIN, Eric. La voix de l'expertise et le silence de la science dans le débat démocratique, 1999. In: BORRILLO, Daniel; FASSIN, Eric. *Au-delà du PaCS*. Paris: PUF, 1999.
- \_\_\_\_\_. La nature de la maternité. Pour une anthropologie de la reproduction. *Journal des Anthropologues*, numéro spécial Médecine et biologie: chimères et production du social, 88-89, p. 103-122, 2002.
- \_\_\_\_\_. Naturalisation. Filiation, famille et nationalité. In: FASSIN, E.; DORLIN, E. *Reproduire le genre*, Paris: Bibliothèque publique d'information du Centre Pompidou, 2010.
- FINE, Agnès. Qu'est-ce qu'un parent? Pluriparentalités, genre et système de filiation dans les sociétés occidentales. *Spirale*, n. 21, 2002-1.
- FRAÏSSEC, Christèle. La famille homoparentale, une représentation sociale émergente. *Bulletin de Psychologie*, 4/2012, n. 520, p. 337-350.
- MAGLI, Ida. *Matriarcat et pouvoir des femmes*. Paris: Ed. Des Femmes, 1983.
- OGIEN, Ruwen. *La panique morale*. Paris: Grasset, 2004.
- PARSONS, Talcott. The American Family: its Relations to Personality and the Social Structure. In: PARSONS, T.; BALES, R. F. (Org.). *Family Socialization and Interaction Process*. New York: Free Press, 1955.
- RAWLS, John. *¿Debe abolirse la familia?* (1987). Traducido y publicado en la revista *Comprender*, n. 2, 2001.
- RENAN, E. *Qu'est-ce qu'une nation?* Conférence en Sorbonne, le 11 mars 1882.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. Du contrat social ou principes du droit politique. Disponível em: <[http://classiques.uqac.ca/classiques/Rousseau\\_jj/contrat\\_social/Contrat\\_social.doc](http://classiques.uqac.ca/classiques/Rousseau_jj/contrat_social/Contrat_social.doc)>.
- ROUSSEL, Louis. *La famille incertaine*. Paris: Odile Jacob, 1989.
- SEDILLEZ (1792). *Archives Parlementaires*, Paris, t. XLIX, p. 610, 1896.

TERRE, François. *L'enfant de l'esclave*. Paris: Flammarion, 1987.

TERRE, François; FENOUILLET, Dominique. *Droit civil*. Les personnes. La famille. Les incapacités. Paris: Dalloz, 1996.

THERY, Irène. *Le démariage*: Justice et vie privée. Paris: Odile Jacob, 1993.

TORT, Michel. *La fin du dogme paternel*. Paris: Flammarion, 2005.

Submissão em: 14.09.2016

Aceito em: 14.09.2016

## DOS REQUISITOS AO RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NO NOVO CPC - COMENTÁRIOS AO RECURSO ESPECIAL Nº 1.589.753/PR

*REQUIREMENTS TO THE RECOGNITION OF THE STATUTE OF  
LIMITATIONS IN THE NEW CIVIL PROCEDURE CODE - COMMENTS TO  
THE SPECIAL APPEAL Nº 1.589.753/PR*

**Flaviana Rampazzo Soares<sup>1</sup>**

Mestre e Doutoranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

**ÁREA(S) DO DIREITO:** direito processual civil.

**RESUMO:** A efetividade do processo e da execução é um ideal desejável, assim como a ideia de que o processo deve ter início, meio e fim. A prescrição intercorrente é um meio de encerrar o processo, e este texto tem o objetivo de explorar a figura jurídica referida, partindo da análise do Recurso Especial nº 1.589.753/PR, do Superior Tribunal de Justiça, para, a seguir, apresentar uma proposta sobre os caminhos a serem seguidos para que essa espécie de prescrição seja utilizada adequadamente.

**PALAVRAS-CHAVE:** direito processual civil; prescrição intercorrente; execução; cumprimento; suspensão processual.

**ABSTRACT:** *The effectiveness of the civil procedure and the execution is a desirable ideal, like the idea that the civil procedure must have a beginning, middle and end. The statute of limitations is a means to put an end in the procedure, and this text has the objective to explore this legal institute, starting from the analysis of the special appeal (Recurso Especial) nº 1.589.753/PR, of the Superior Court of Justice (Superior Tribunal de Justiça - STJ), to present a proposal about the ways to follow in order to use this type of limitation properly.*

**KEYWORDS:** *civil procedure; statute of limitations; execution; performance; procedural suspension.*

**SUMÁRIO:** 1 Apresentação do caso e indicação do percurso a seguir; 2 Conceito e contornos doutrinários da prescrição intercorrente; 3 A prescrição

<sup>1</sup> Professora. Bolsista Capes. Linha de pesquisa: Eficácia e Efetividade da Constituição e dos Direitos Fundamentais no Direito Público e Direito Privado. E-mail: frampazzo@hotmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/1572758379530589>.

intercorrente sob o enfoque normativo; 4 Divergências no âmbito do STJ quanto ao tema; Conclusões e proposições; Referências.

**SUMMARY:** 1 Case presentation and indication of the following path; 2 Concept and doctrinal outlines of the statute of limitation; 3 Normative approach of the statute of limitation; 4 Differences in the STJ according to the subject; Conclusions and propositions; References.

## 1 APRESENTAÇÃO DO CASO E INDICAÇÃO DO PERCURSO A SEGUIR

No recente mês de maio de 2016, sob plena vigência do Código de Processo Civil (CPC) de 2015, o Superior Tribunal de Justiça emitiu pronunciamento importante em matéria de prescrição intercorrente, não apenas sob o prisma teórico, mas, sobretudo, prático, ao apontar ao próprio Poder Judiciário as condições processuais que a mencionada Corte entende que devam ser consideradas na sentença que acolher ou que rejeitar a incidência da figura jurídica da prescrição intercorrente, em consonância com a Constituição Federal e o novo CPC.

Esse pronunciamento foi provocado no Recurso Especial nº 1.589.753/PR<sup>2</sup>, interposto por instituição financeira, tratando de caso cujos fatos e atos processuais, até o reconhecimento da prescrição intercorrente, ocorreram na vigência do CPC/1973. O Banco alegou violação ao disposto no art. 791, III, do CPC/1973, porque a ação de execução de título executivo extrajudicial (de contrato de empréstimo pessoal) que havia ajuizado contra um cliente foi extinta, por sentença, em razão do reconhecimento da ocorrência de prescrição intercorrente da pretensão executória, em processo não movimentado por mais de cinco anos, sem manifestação da referida instituição exequente.

<sup>2</sup> Ementa: “PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL - EXECUÇÃO TÍTULO EXTRAJUDICIAL - PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE - OITIVA DO CREDOR - INEXISTÊNCIA - CONTRADITÓRIO - DESRESPEITO - RECURSO ESPECIAL PROVIDO - 1. Incide a prescrição intercorrente, quando o exequente permanece inerte por prazo superior ao de prescrição do direito material vindicado, conforme interpretação extraída do art. 202, parágrafo único, do Código Civil de 2002. 2. O contraditório é princípio que deve ser respeitado em todas as manifestações do Poder Judiciário, que deve zelar pela sua observância, inclusive nas hipóteses de declaração de ofício da prescrição intercorrente, devendo o credor ser previamente intimado para opor algum fato impeditivo à incidência da prescrição. 3. Recurso especial provido. (Superior Tribunal de Justiça (STJ)), 3ª Turma, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, J. em 17.05.2016, DJe 31.05.2016. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1512609&num\\_registro=20160620298&data=20160531&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1512609&num_registro=20160620298&data=20160531&formato=PDF)>. Acesso em 12 de julho de 2016).

O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR)<sup>3</sup> havia mantido a sentença proferida, no julgamento do recurso de apelação interposto pela exequente, afirmando que, se o processo executivo ficou paralisado sem causa juridicamente justificável, por prazo superior a cinco anos, a prescrição intercorrente deveria ser reconhecida, ainda que o CPC/1973 não tivesse regra expressa sobre o prazo de suspensão processual, na hipótese de não localização de bens do devedor para penhora.

Afirmou o TJPR, para esse fim, que a inércia da parte exequente nos autos, ao deixar de providenciar ou requerer a prática de atos tendentes à localização de bens do devedor passíveis de constrição, não justificaria a eternização do processo executivo, que não poderia ficar parado “por prazo superior ao previsto para o exercício da pretensão de direito material do exequente”, e que não seria possível suspender o processo por prazo indeterminado, embora o art. 791, III, do CPC/1973 não contemplasse um prazo determinado de suspensão.

Entendeu o TJPR que a suspensão por prazo indeterminado acabaria por eternizar as ações judiciais, e esse entendimento não representaria a finalidade do sistema processual e dos propósitos constitucionais, pois a Constituição Federal estabelece, em seu art. 5º, inciso LXXVIII, a garantia fundamental da duração razoável do processo e respectivos meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

No recurso especial, a instituição financeira apresentou basicamente dois argumentos, para fundamentar a sua alegação de que o TJPR teria afrontado o disposto no art. 791, III, do CPC/1973: o primeiro, no sentido de que a ação executiva estava suspensa pela inexistência de bens a penhorar, e não por inércia da parte; e o segundo, de que a prescrição intercorrente exigiria que essa inércia do credor ocorresse após a intimação para prosseguimento da execução, circunstância que não teria ocorrido na hipótese dos autos.

Esse é o cenário que será explorado neste texto.

E, para uma adequada análise do tema, é necessário esclarecer os seguintes pontos: (a) o conceito e contornos da prescrição intercorrente; (b) quais são as características da suspensão processual e sua influência sobre a figura da prescrição intercorrente; (c) quais são os requisitos para que possa ser reconhecida a implementação da prescrição intercorrente em um caso concreto;

<sup>3</sup> Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11878375/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1310141-6>>. Acesso em 12 de julho de 2016.



e (d) qual é a conduta admissível ao juiz no processo que possa ser extinto por prescrição intercorrente.

Nos próximos tópicos, tais questionamentos serão abordados, para uma adequada análise do julgado referido.

## 2 CONCEITO E CONTORNOS DOUTRINÁRIOS DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE

A prescrição é uma figura jurídica construída para expressar uma escolha: a da finitude da eficácia da pretensão<sup>4</sup>.

Essa figura surge da ideia de que o tempo deve servir para gerar segurança, e não incertezas ou pendências<sup>5</sup>. Assim, o exercício de pretensões, por meio das ações processuais, deve ter um limite temporal.

Costuma-se dizer que a ação passa a ser exercitável a partir da exigibilidade do direito, e, a partir desse momento, a prescrição passa a atuar.

A prescrição atua como um obstáculo intransponível ao poder de exigir de outrem uma prestação (típico de ações com pedido de natureza condenatória), por não ter sido exercitado em determinado lapso temporal previsto em lei, configurando-se como objeção que atinge a ação processual<sup>6</sup>, em razão de

<sup>4</sup> Nas palavras de Pontes de Miranda, a prescrição “serve à segurança e à paz públicas, para limite temporal à eficácia das pretensões e das ações”, caracterizando-se como uma exceção que uma parte tem contra outra que, por certo tempo, deixou de exercer determinada pretensão ou ação: “A proteção, que se contém nas regras jurídicas sobre a prescrição, corresponde à experiência humana de ser pouco provável a existência de direitos, ou ainda existirem direitos, que por longo tempo não foram invocados. Não é esse, porém, o seu fundamento. Os prazos prescricionais servem à paz social e à segurança jurídica. Não destroem o direito, que é; não cancelam, não apagam as pretensões; apenas, encobrimo a eficácia da pretensão, atendem à conveniência de que não perdure por demasiado tempo a exigibilidade ou a acionabilidade. Qual seja essa duração, tolerada, da eficácia pretensional, ou simplesmente acional, cada momento da civilização determina” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de direito privado*. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, v. 6, 2000. p. 135).

<sup>5</sup> É uma espécie de “usucapião da liberdade”, nas palavras de Iudica e Zatti: “*Sulle ragioni della prescrizione si può discutere a lungo. Possiamo individuare due fondamenti che paiono più sicuri. Da un lato, l'esigenza di certezza nelle relazioni giuridiche, che è compromessa quando un diritto non è esercitato per un lungo periodo di tempo. D'altro lato, la tendenza dell'ordinamento a sfavorire l'inerzia: la legge privilegia le ragioni di chi vuole essere libero da un vecchio obbligo rispetto a quelle del titolare inerte: à una specie di 'usucapione della libertà', come una volta si diceva*” (IUDICA, Giovanni; ZATTI, Paolo. *Linguaggio e regole del diritto privato*. 7. ed. Padova: Cedam, 2006. p. 142).

<sup>6</sup> “É que o estado de intransponibilidade social que o instituto da prescrição procura limitar no tempo, não resulta somente da possibilidade de propositura da ação, mas também de um fato que sempre lhe é anterior, e que pode até ocorrer sem que haja nascido a ação: a possibilidade de exercício da

injustificada e prolongada inércia da parte titular desse poder, que equivale ao “não exercício da pretensão”<sup>7</sup>.

E, se somente estão sujeitas a prescrição as ações constitutivas com previsão de prazo prescricional, além das ações condenatórias, apenas a execução de ações de tais espécies submetem-se à prescrição intercorrente.

A figura jurídica da prescrição atua, processualmente, em dois planos.

No primeiro, intitula-se a prescrição “tradicional”, que se consolida previamente ao início do processo, como consequência da inércia da parte em exercitar, em juízo, uma pretensão processual que entende ser admissível. No segundo, entendido como prescrição “intercorrente”, atua no processo instaurado, e representa o reconhecimento da impossibilidade de dar andamento ao processo, se o credor permaneceu durante determinado lapso temporal (por tempo igual ou superior ao prazo de prescrição prevista no plano do direito material), inerte na necessária prática de atos aptos ao alcance do objetivo de obter a concretização da condenação ou mesmo da própria execução<sup>8</sup>.

Utilizando-se as lições de Leal, afirma-se que a prescrição tem como *objeto* uma ação ajuizável (ou ajuizada, na prescrição intercorrente), como *causa* a inércia de seu titular, como *fator operante* o decurso do tempo, como *efeito* a extinção da ação e como *fator neutralizante* as causas que impeçam a sua implementação<sup>9</sup>.

É uma espécie de ônus que recai sobre o credor<sup>10</sup>. Se ele não exercita sua pretensão, durante determinado período de tempo, pode perder essa

---

pretensão. Pouco, ou nada, adiantaria paralisar a ação, com o objetivo de alcançar aquela paz social, se a pretensão permanecesse com toda sua eficácia.” (AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista dos Tribunais*, v. 744, p. 725, out. 1997. (acesso via RT on line em 11 de julho de 2016).

<sup>7</sup> CARDOSO, Paulo Leonardo Vilela. A prescrição intercorrente no novo código de processo civil. In: ROSSI, Fernando, et al. (Coord.). *O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica ao Projeto do novo CPC*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 487-498.

<sup>8</sup> Enunciado nº 194 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A prescrição intercorrente pode ser reconhecida no procedimento de cumprimento de sentença”.

<sup>9</sup> LEAL, Antônio Luís da Câmara. *Da prescrição e da decadência*. Teoria geral do direito civil. Atual. José de Aguiar Dias. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 26 e 52.

<sup>10</sup> “[...] parte substancial do que está subjacente à possibilidade de prescrição intercorrente liga-se a um ‘ônus permanente’ que pesa precipuamente sobre o autor (pois é a sua pretensão que sucumbirá), que é o de que, tendo iniciado o processo, deve diligenciar para que este caminhe, com vistas ao seu término. [...] A chamada prescrição intercorrente é aquela relacionada com o desaparecimento da proteção ativa, no curso do processo, ao possível direito material postulado, expressado na pretensão deduzida; quer dizer, é aquela que se verifica pela inércia continuada e ininterrupta no curso do processo por

oportunidade, liberando o devedor (a antes referida prescrição tradicional). Se a exercitou judicialmente, embora em um determinado momento e por certo lapso temporal tenha deixado de praticar atos tendentes à realização do objeto do cumprimento ou da execução, também está sujeito ao mesmo desígnio (a já mencionada prescrição intercorrente).

A prescrição é a consequência prejudicial ao titular do direito, que injustificadamente deixa de agir em um determinado período de inércia, causando a extinção do processo e tendo como consequência indireta a perda da possibilidade de postulação de providências necessárias à concretização da ordem estabelecida no título judicial ou extrajudicial, nos planos processuais do cumprimento ou da execução, respectivamente, pois a prescrição tem, ao mesmo tempo como gênese e finalidade, a estabilização de situações jurídicas: entende-se que a inércia representaria, para Cramer, uma espécie de “desistência presumida” do credor, de cobrar o devedor<sup>11</sup>, embora não extinga o direito<sup>12</sup>.

### 3 A PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE SOB O ENFOQUE NORMATIVO

Passada essa perspectiva preambular doutrinária da matéria, é fundamental referir o estado da questão no plano normativo.

A raiz constitucional contemporânea brasileira da prescrição intercorrente está no inciso LXXVIII do art. 5º, o qual prevê o direito à razoável duração do processo, qualificando-o como direito fundamental.

Essa regra constitucional, com teor típico de cláusula geral, contém ainda um conceito jurídico indeterminado (a expressão “razoável”), o qual detém um grau de fluidez que permite uma construção de conteúdo permeável e mutável, que observará as necessidades existentes ao tempo em que for expressado.

---

segmento temporal superior àquele em que ocorre a prescrição em dada hipótese.” (ARRUDA ALVIM, José Manuel de. Da prescrição intercorrente. In: CIANCI, Mirna (Coord.). *Prescrição no código civil: uma análise interdisciplinar*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 30 e 34).

<sup>11</sup> CRAMER, Ronaldo. Ensaio sobre a distinção entre prescrição e decadência. In: ASSIS, Araken de et al (Coord.). *Direito civil e processo*. Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 175.

Todavia, se considerada que a prescrição intercorrente decorre de uma avaliação objetiva, essa afirmação deve ser tomada com a devida cautela.

<sup>12</sup> Assim, por exemplo, o crédito prescrito que é pago pelo devedor ao credor não pode ser alvo de pedido de repetição. (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 303)

O direito à razoável duração do processo não significa necessariamente que a parte tenha direito a um processo célere<sup>13</sup>, mas sim representa a necessária marcha processual conforme o que seja adequado, considerando os prazos processuais, o andamento normal do processo, a espécie de direito sob tutela e a conduta legitimamente esperada, tanto da parte quanto de quem nele age (juízes, auxiliares etc.).

Conforme a doutrina, o processo justo é alcançado pelo equilíbrio e paridade entre as partes, em um processo que passa pelas fases previstas no sistema processual, nem tão célere que possa injustamente cercear o exercício dos direitos das partes, nem tão prolongado que possa comprometer a efetividade e a justiça<sup>14</sup>.

Com o reconhecimento constitucional desse direito, quer-se expressar um repúdio à tramitação “patológica”, ou um “processo sem dilações indevidas”, em desacordo com o que seria ponderável e de acordo com a lógica processual<sup>15</sup>.

A duração razoável do processo, aliás, é uma via de mão dupla, pois se, sob a lógica do demandado, significa que ele não deverá ter uma condição perpétua de réu em determinada ação processual, sob o enfoque do demandante, representa o reconhecimento de que não é regra a eternização da sua demanda, que deverá, na medida do possível, ter um desfecho de acordo com o sistema jurídico (lembrando-se que o direito à tutela jurisdicional implica o oferecimento de uma resposta à parte, e não necessariamente atender ao seu pedido, o que depende das circunstâncias fáticas e jurídicas postas em causa), em um período de tempo que não seja demasiado.

Assim, busca-se um equilíbrio dessas duas forças, no sentido de que o processo transcorra em um “tempo justo”, na expressão de Cruz e Tucci<sup>16</sup>.

No âmbito infraconstitucional da matéria, o nível de vagueza vai sendo reduzido.

<sup>13</sup> A ideia expressada e os termos entre aspas estão em: SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 799.

<sup>14</sup> KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. *A razoável duração do processo*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 31-33).

<sup>15</sup> SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p. 799.

Aliás, o Pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, proclama o princípio da tempestividade da tutela jurisdicional. (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 60)

<sup>16</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 88.

Esse caminho começou a ser trilhado com maior clareza, no plano legislativo, na Lei nº 11.051/2004, que alterou o § 4º do art. 40 da Lei de Execuções Fiscais, autorizando o reconhecimento, de ofício, da prescrição intercorrente, por parte do julgador.

O atual Código de Processo Civil (CPC/2015) segue na mesma linha, o que se percebe, pela análise de diferentes regras, que tratam, direta ou indiretamente, da prescrição. Na parte dedicada ao processo de conhecimento, prevê o regramento processual, no § 1º do art. 332, que o juiz poderá julgar liminarmente improcedente o pedido, “independentemente da citação do réu”, quando verificar, desde logo, a ocorrência de prescrição ou decadência.

Esse pronunciamento, na forma do inciso II do art. 487 do CPC, pode ocorrer de ofício ou a requerimento da parte, independentemente da oitiva da parte demandada, seja pela própria natureza e condições processuais da sentença, nos termos do próprio art. 332, seja pela leitura a *contrario sensu* do parágrafo único do mencionado art. 487 do CPC/2015, o qual estabelece que o reconhecimento da ocorrência da prescrição ou da decadência dependem da concessão prévia de oportunidade de manifestação, às partes.

Essas regras tratam da prescrição “tradicional”.

A prescrição intercorrente, no processo civil, passa a ser encontrada na parte do CPC que trata da suspensão e da extinção do processo de execução.

Nela, o art. 921 do CPC/2015 determina hipóteses de suspensão da execução, prevendo que ela ocorrerá, entre outras, na ausência de bens penhoráveis do executado (inciso III) e quando o credor deixar de requerer a adjudicação ou de indicar bens penhoráveis, caso seja frustrada a tentativa de alienação de bens penhorados, por falta de licitantes.

A suspensão não é novidade do CPC/2015, pois o CPC/1973 também a previa, em seu art. 791, inciso III. A principal diferença é que o atual CPC aprimorou e organizou a suspensão processual, determinando que a suspensão é admissível se tiver prazo, que o legislador estabeleceu que deve ser de um ano, para o caso de desconhecimento da existência de bens penhoráveis do devedor (§ 1º do art. 921 do CPC/2015), deixando claro também que, nesse período, a suspensão seria tanto do processo executivo quanto da fluência do prazo da prescrição intercorrente.

Ultrapassado o prazo de suspensão, sem que o exequente tenha praticado atos processuais no objetivo de receber seu crédito, “começa a correr o prazo de

prescrição intercorrente”, na forma do § 4º, do art. 921 do CPC/2015, prazo esse que é igual ao da ação, conforme entendimento expressado na Súmula nº 150 do STF e cujo termo inicial é a data de vigência do CPC (em conformidade com o texto do art. 1.056 do CPC/2015)<sup>17</sup>.

Convém ressaltar que a prescrição e suspensão do processo são figuras jurídicas distintas. A prescrição é um ônus, enquanto que a suspensão do processo é uma possível (mas não necessária) consequência de um fato com repercussão jurídico-processual, como é, por exemplo, a não localização de bens do devedor, sendo certo que a ocorrência da primeira não se cinge às hipóteses de suspensão processual.

Segundo o teor do Recurso Especial nº 1.589.753-PR, também é necessário diferenciar tais figuras jurídicas do abandono da causa, que é a falta de iniciativa para impulsionar o processo, naquilo que compete à parte, que pode ser a demandante ou a demandada. No abandono da causa, há a condição prévia de intimação da parte inerte para que providencie o que lhe cabe<sup>18</sup>. Mantida a inércia da parte que deve praticar o ato, autoriza-se a extinção do processo.

Quanto à iniciativa, o reconhecimento da prescrição intercorrente e a consequente extinção da execução, podem ocorrer de ofício ou mediante provocação da parte. Porém, depende da oitiva prévia das partes, quem têm prazo de quinze dias para manifestação, conforme redação do § 5º do art. 921 e

<sup>17</sup> Conforme Tartuce, segue vigente a Súmula nº 150 do STF, e, ainda que o CPC/1973 não indicasse que o reconhecimento da prescrição ensejaria a extinção da execução, o CPC/2015 acolheu essa previsão, inclusive da intercorrente. Segundo referido autor, a inexistência de bens penhoráveis é hipótese de suspensão da execução e, considerando o teor do art. 921, § 1º, do CPC/2015, “em situações tais, o juiz suspenderá a execução pelo prazo de um ano, durante o qual se suspenderá a prescrição. Porém, decorrido esse lapso sem manifestação do exequente, começa a correr o prazo de prescrição intercorrente (art. 921, § 4º, do CPC/2015). O juiz, depois de ouvir as partes, no prazo de 15 dias, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição de que trata o § 4º e extinguir o processo (art. 921, § 5º, do CPC/2015)” (TARTUCE, Flávio. *O novo CPC e o direito civil*. Impactos, diálogos e interações. São Paulo: Método. 2015. p. 145).

<sup>18</sup> Das lições de Nery e Didier Jr. e do próprio texto do art. 485, II, do CPC, é possível extrair que, no abandono, a parte deliberadamente abandona a causa, sem a prática de atos essenciais ao seu andamento, situação em que é visível e considerável o elemento subjetivo da sua conduta (negligência), de forma tácita (pois, se for expressa, trata-se de desistência), situação distinta da prescrição, em que esse elemento subjetivo é dispensável e sua ocorrência independe de manifestação de vontade da parte. (NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. p. 1110; DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, v. 1, 2010. p. 555-556)

inciso V do art. 924 do CPC/2015, tendo esse entendimento gênese no direito ao exercício do contraditório, de matriz constitucional.

No voto proferido no Recurso Especial nº 1.589.753-PR, o Ministro Marco Aurélio Belizze referiu que tanto a Lei de Execuções Fiscais quanto o CPC/2015 tratam da concessão de prazo para manifestação, não com a finalidade de que seja dado andamento ao processo, mas sim para possibilitar o exercício do mencionado princípio do contraditório e para que a parte que possa ser prejudicada pelo pronunciamento da prescrição intercorrente tenha a oportunidade de alegar a possível “ocorrência de fatos impeditivos da prescrição”<sup>19</sup>.

Trata-se de direito ao exercício do contraditório com limitação horizontal, e, nesse sentido, o recurso foi provido, pois o STJ entendeu que não seria possível reconhecer a prescrição intercorrente, sem a concessão dessa oportunidade à parte, porquanto a sentença que é proferida, sem atender a esse requisito, ofende o princípio do contraditório, “utilizando-se como parâmetro legal a incidência analógica do art. 40, §§ 4º e 5º, da Lei nº 6.830/80 – Lei de Execução Fiscal” (porque, repita-se, esse recurso trata de atos que estavam sob a égide do CPC/1973), bem como o texto do art. 10 do CPC/2015, que “concretiza a atuação leal do Poder Judiciário, corolária da boa-fé processual hoje expressamente prevista no art. 5º do novo CPC”<sup>20</sup>.

Esse acórdão expressamente fez referência ao REsp 1.522.092-MS, julgado em 06.10.2015, tendo como Relator o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Nesse recurso, afirmou-se que é incompatível a subordinação da prescrição processual ao abandono da causa, “criando assim uma hipótese *sui generis* de prescrição”, que traria a consequência indesejável de eternizar indevidamente as pretensões executórias, ainda que houvesse a inércia da parte interessada, o que estaria em contradição com o fundamento da prescrição, que é “a segurança jurídica proporcionada às relações jurídicas, fulminando a pretensão pelo transcurso do tempo associado à inércia do credor”<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> Por exemplo, a suspensão do prazo prescricional até o julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas, como explicita o Enunciado nº 206 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: “A prescrição ficará suspensa até o trânsito em julgado do incidente de resolução de demandas repetitivas”.

<sup>20</sup> Trechos extraídos das páginas 5 e 7 do acórdão.

<sup>21</sup> Esse REsp foi publicado no DJE de 13.10.2015 e na *REVPRO*, v. 251, p. 591, e está disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1449904&num\\_registro=201400395814&data=20151013&formato=HTML](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1449904&num_registro=201400395814&data=20151013&formato=HTML)>. Acesso em 13 de julho de 2016.



A validade do reconhecimento da prescrição, porém, está condicionada à emissão de sentença, e não de mera decisão, de acordo com o art. 925 do CPC/2015<sup>22</sup>.

Porém, algumas dúvidas surgem, a partir da leitura dessa teia normativa. O art. 802 do CPC/2015 preconiza que o despacho ordenatório da citação regular do executado, tem como efeito a interrupção da prescrição, a qual retroage à data da propositura da ação.

Mas a prescrição, interrompida (somente uma vez), recomeça a fluir a contar da data do ato que a interrompeu, ou, ainda, da data do último ato do processo para interrompê-la, de acordo com a redação do Código Civil (CC), no parágrafo único do art. 202<sup>23</sup>.

Assim, o próprio CPC/2015, em conjunto com o CC, cria uma situação insólita, por incompatibilidade de redação: tem-se uma interrupção da prescrição desde o despacho inicial no processo executivo, que será novamente interrompida posteriormente, caso alguma hipótese de suspensão do processo ocorra?

Um modo de compatibilizar as redações das duas regras e dissipar essa aparente antinomia seria aplicar a ideia de que a prescrição é interrompida com o despacho que ordena a citação do executado, retroagindo à data da propositura da ação. Essa interrupção permanece, até que ocorra a suspensão do processo na forma do art. 921 do CPC/2015.

A interrupção do prazo cessa nesse momento (até porque isso somente pode ocorrer uma vez), e inicia-se a suspensão do processo<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> Nos termos do Enunciado nº 161 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “É de mérito a decisão que rejeita a alegação de prescrição ou de decadência”.

<sup>23</sup> A grande questão é se essa possibilidade de interrupção por apenas uma vez se estenderia ao processo civil, o que não será desenvolvido neste trabalho, por desvirtuar o seu tema.

<sup>24</sup> “Por exemplo, prescreve em um ano a pretensão do segurado contra o segurador, a contar da ciência do fato gerador, nos termos do art. 206, II, do CC. Proposta a ação antes de um ano, e aperfeiçoando-se a citação no prazo, a prescrição estará interrompida. Transitada em julgado a sentença, cumpre ao credor promover a execução. Para tanto, deve requerê-la e tomar as providências necessárias. Se não fizer, os autos, após seis meses, irão ao arquivo. A partir de então, passará a correr o prazo prescricional da pretensão executiva, que, nos termos da Súmula nº 150 do STF, será o mesmo da condenatória. Ultrapassado o prazo sem que o credor tome iniciativa, ter-se-á consumado a prescrição intercorrente. Mesmo que iniciada a execução, se a qualquer tempo, por inércia do exequente, os autos forem arquivados, passará a correr o prazo da prescrição intercorrente. Para tanto, é preciso culpa do credor. Se o arquivamento deu-se por fatos alheios, como a não localização de bens, o prazo não fluirá. A prescrição intercorrente não ocorrerá no processo de conhecimento, no qual a inércia do autor



Ultrapassado o prazo de um ano da suspensão, sem que a parte exequente tenha praticado algum ato processual executivo para viabilizar o cumprimento do objeto da execução, inicia-se automaticamente a contagem do prazo de prescrição intercorrente<sup>25</sup>.

Alerte-se, porém, que a parte exequente não poderá ser prejudicada se a demora ou inércia não lhe for imputável<sup>26</sup>, ou na hipótese de ocorrência de causas suspensivas, interruptivas ou impeditivas previstas nos arts. 197 a 202 do Código Civil<sup>27</sup>.

Assim, essas são as linhas gerais relacionadas ao ambiente normativo do tema.

No próximo tópico, passa-se a abordar a questão da divergência jurisprudencial existente quanto ao assunto, no âmbito do próprio STJ, e, encaminhando-se ao encerramento, passa-se a abordar qual seria a conduta desejável do juiz no processo executivo, ao deparar-se com a possível ocorrência da prescrição intercorrente.

---

levará à extinção do processo, e não ao arquivamento, como ocorre na execução.” (GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil: execução e processo cautelar*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, v. 3, 2015. p. 180-181).

<sup>25</sup> Veja-se o entendimento de Pinho a respeito do tema: “Na hipótese de suspensão gerada pela falta de bens penhoráveis do executado, o juiz suspenderá a execução pelo prazo de um ano, o que suspenderá também o curso da prescrição. Se, após, a situação se mantiver, os autos serão arquivados (art. 916, § 2º), mas a qualquer tempo poderão ser desarquivados para prosseguimento da execução, se forem encontrados bens penhoráveis (art. 916, § 3º). Após o decurso de um ano de suspensão do processo por falta de bens penhoráveis, começa a correr o prazo de prescrição intercorrente (art. 921, § 4º). Resolveu, assim, o NCPD matéria de grande controvérsia no diploma anterior, em sede doutrinária e jurisprudencial, tendo em vista a omissão do CPC/73 acerca do tema” (PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito processual civil contemporâneo*. Processo de conhecimento, cautelar, execução e procedimentos especiais. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 740).

<sup>26</sup> “Considerando a diretriz insita no artigo 240, § 3º, CPC/2015, a parte não será prejudicada pela demora, imputável exclusivamente ao serviço judiciário. Ora, se mantivermos o entendimento de que, após o despacho liminar positivo na execução, a retomada do prazo prescricional será imediata e automática, o credor terá de encerrar a execução dentro do prazo prescricional. Esta parece, apesar da nossa discordância crítica, ter sido a posição adotada pelo legislador. Assim, o prazo será retomado logo após o despacho liminar positivo, mas a demora, exclusivamente imputável ao serviço judiciário, não será suficiente para o reconhecimento da prescrição intercorrente, pois será indispensável a inércia do titular da pretensão, devidamente formalizada nos autos, para conferir segurança jurídica.” (FLEIXA, Alexandre; MACEDO, Daniel; BASTOS, Fabrício. *Novo código de processo civil*. O que é inédito. O que mudou. O que foi suprimido. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 599).

<sup>27</sup> Não há unanimidade quanto à taxatividade do rol de causas previstas neste artigo. Veja-se, a respeito: DUARTE, Nestor. Art. 1º a 232 - Parte Geral. In: PELUSO, Cezar (Org.). *Código civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 4. ed. Barueri: Manole, 2010. p. 149-150.

#### 4 DIVERGÊNCIAS NO ÂMBITO DO STJ QUANTO AO TEMA

No passado, houve questionamento no sentido da exigência de elemento volitivo (culpa) do credor, para que se pudesse falar em prescrição intercorrente.

Atualmente, segundo o novo entendimento do STJ, expressado no REsp 1.589.753/PR, não mais se perquire a respeito da conduta do credor, pois a questão sob análise é objetiva: a mera inércia enseja a aplicação da prescrição<sup>28</sup>, porquanto no próprio corpo do acórdão consta a admissão dessa mudança de rumo, ao afirmar-se que: “Recentemente, esta Terceira Turma enfrentou questão semelhante, concluindo no sentido de dispensar a intimação prévia do exequente, alterando assim o entendimento anteriormente albergado”.

Contemporaneamente, e segundo o entendimento expressado no REsp objeto deste texto, com o CPC/2015, não mais é possível suspender indefinidamente o curso do processo, a indicar a nova tendência processual de não eternizar o processo e fazer com que a parte seja efetivamente ativa na concretização do título executivo que lhe favorece.

Porém, esse oceano processual jurisprudencial não é sereno.

O próprio STJ, no recente julgamento do AgInt-REsp 1516438/PR, julgado em 28.06.2016 pela 4ª Turma, de relatoria do Ministro Raul Araújo, expressou entendimento no sentido de que a referida Corte só admite a implementação da prescrição intercorrente nos casos em que houver a intimação prévia da parte exequente para dar andamento ao feito, não sendo possível reconhecer a prescrição intercorrente quando o processo esteve suspenso por ausência de bens penhoráveis<sup>29</sup>.

Assim, atualmente verifica-se uma divergência interna entre as Turmas do STJ (notadamente 3ª e 4ª Turmas), a respeito da necessidade prévia de intimação do credor para dar andamento ao processo, como requisito ao reconhecimento da prescrição intercorrente.

<sup>28</sup> Alterando entendimento anterior, como, por exemplo, o manifestado pela 4ª Turma do STJ no AgRg-Agravo 1.217.000/SP (Relator Ministro Raul Araújo), Julgado em 01.10.2013. Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em 14 de julho de 2016.

<sup>29</sup> Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroor/?num\\_registro=201500386706-&dt\\_publicacao=03/08/2016](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroor/?num_registro=201500386706-&dt_publicacao=03/08/2016)>. Acesso em 14 de julho de 2016.

Nesse sentido é a lição de Marinoni, Arenhart e Mitidiero (*Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 864), ao afirmarem que o prazo prescricional “flui se o credor não atender às diligências necessárias ao andamento do feito, uma vez intimado a realizá-las”, fazendo expressa referência ao REsp 327.329/RJ, da 4ª Turma do STJ.

Há a tendência, considerando a própria redação do CPC/2015<sup>30</sup>, bem como do caráter objetivo ínsito à própria concepção de prescrição intercorrente, de dispensar-se a intimação da parte para dar andamento ao processo, para o fim de contagem do prazo prescricional, bem como do término do prazo de suspensão, o qual, agora, ocorre pelo prazo determinado de um ano, quando desconhecida do credor a existência de bens penhoráveis.

Aqui, poder-se-ia perguntar se seria possível fazer uma diferenciação da situação dos processos que, ao início da vigência do CPC/2015, estavam sob suspensão por prazo determinado (“situação 1”), e aqueles que estavam sob suspensão por prazo indeterminado (“situação 2”), por ausência de bens passíveis de penhora.

Para ambos, a solução está nas regras do art. 1.046, *caput*, e do art. 1.056, do CPC/2015.

O art. 1.046 do CPC/2015 prevê que, ao início de sua vigência, “suas disposições serão aplicadas desde logo aos processos pendentes”, e o art. 1.056 do CPC/2015 afirma que o termo inicial do prazo de prescrição intercorrente “inclusive para as execuções em curso”, é a data de vigência desse novo código. Assim, o novo CPC mantém os efeitos jurídicos dos atos praticados sob a vigência do CPC/1973, os quais permanecem íntegros, embora seja aplicável, a partir da sua vigência, às situações reguladas pelo novo diploma processual.

Nos processos da “situação 1”, caso a prescrição intercorrente não tenha sido implementada ao tempo de vigência do CPC/1973, mantém-se a contagem do prazo de suspensão, pelo prazo de um ano a contar da intimação da decisão que a concedeu, e o cômputo do prazo de prescrição intercorrente é iniciado automaticamente, ao término do prazo de suspensão, pois essa situação processual (de início do prazo de suspensão) já estava consolidada sob o Código Processual anterior.

Naqueles processos que estão na “situação 2”, desde que não tenha decorrido o prazo da prescrição, durante a vigência do CPC/1973, considera-se que, a partir da data da vigência do CPC (art. 1.056 do CPC), há a transformação automática da suspensão por prazo indeterminado, em suspensão pelo prazo

---

<sup>30</sup> Esse entendimento é corroborado pelo Fórum Permanente de Processualistas Civis, expressado pelo Enunciado nº 195, com o seguinte teor: “O prazo de prescrição intercorrente previsto no art. 921, § 4º, tem início automaticamente um ano após a intimação da decisão de suspensão de que trata o seu § 1º”.

determinado de um ano (art. 921, III e § 1º), e ter-se-á, ao fim do prazo da suspensão, a contagem do prazo da prescrição intercorrente<sup>31</sup>.

Esse prazo de prescrição intercorrente, nas duas situações expostas, tem curso automática e independentemente de nova intimação das partes, pois, conforme dito anteriormente, a prescrição é figura jurídica com caráter objetivo.

Poder-se-ia questionar essa construção teórica, sob o argumento de que a decretação da prescrição nos casos da “situação 2” seria mais favorável ao credor que está na “situação 1”. Ter-se-ia uma situação semelhante da ocorrida quanto à regra de transição do art. 2.028 do Código Civil de 2002, quanto aos prazos prescricionais nas ações indenizatórias, quando o prazo prescricional tradicional foi reduzido de vinte para três anos.

Quanto a esse aspecto, segundo Nery, argui-se que o novo diploma processual alcança “as relações continuativas (*facta pendentia*), isto é, aquelas que se encontram em execução, ainda que hajam sido geradas na vigência da lei antiga”, sendo que a eficácia da nova norma processual não ofenderia as regras que tratam do direito adquirido e do ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI, da CF; e art. 6o da LINDB)<sup>32</sup>.

Assim, em ambas as situações, há o respeito ao prazo prescricional e o seu pleno abrigo normativo e de regularidade, diferenciando-se apenas o termo inicial da contagem, pois quem estava em dúvida quanto ao período da suspensão na “situação 2”, passou a ter um prazo certo e um termo inicial definido a partir do novo CPC, e não poderia ser diferente, adotando-se entendimento anteriormente esposado pelo STF<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> “A instituição da prescrição intercorrente no âmbito do processo civil, por exemplo (NCPC, art. 924, V), é aplicável aos processos ainda não encerrados; contudo, terá como termo inicial a entrada em vigor do NCPC (art. 1.056).” (PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito processual civil contemporâneo*. Processo de conhecimento, cautelar, execução e procedimentos especiais. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 961).

<sup>32</sup> NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Op. cit., p. 2234.

<sup>33</sup> O STF já afirmou que, quando a lei nova reduz o prazo exigido para a prescrição, a lei nova não se pode aplicar ao prazo em curso, sem se tornar retroativa, de modo que o prazo novo que ela estabelece correrá somente a contar de sua entrada em vigor (RT 343/510, RE 51.076). Galeno Lacerda entende que é necessário verificar “qual o saldo a fluir pela lei antiga. Se ele for inferior à totalidade do prazo da nova lei, continua-se a contar dito saldo pela regra antiga. Se superior, despreza-se o período já decorrido, para computar-se, exclusivamente, o prazo da lei nova, na sua totalidade, a partir da entrada em vigor desta” (LACERDA, Galeno. *O novo direito processual civil e os feitos pendentes*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. p. 100).

Expostas estas considerações, parte-se para a sintetização das conclusões decorrentes da análise do Recurso Especial nº 1.589.753/PR, dos fundamentos doutrinários e normativos que regem o tema, bem como apresentam-se proposições ao que se entende como melhor encaminhamento a ser dado à prescrição intercorrente.

## CONCLUSÕES E PROPOSIÇÕES

No decorrer da exposição, constatou-se que:

- A) a prescrição intercorrente é figura jurídica recente na história do Direito e tem seus contornos jurídicos estabelecidos notadamente no CPC, apesar da sua origem e inspiração mais fértil no direito tributário;
- B) a prescrição intercorrente é diferente da suspensão do processo (e do abandono da causa), apesar de o término da suspensão do processo ser elemento relevante àquela figura jurídica, pois o término da suspensão pode ser considerado o *dies a quo* da contagem do prazo prescricional;
- C) o reconhecimento da prescrição intercorrente, com a conseqüente extinção da execução, pode ocorrer de ofício ou mediante provocação da parte;
- D) a decretação da prescrição depende de prévia intimação das partes<sup>34</sup>, oportunizando-se o prazo de quinze dias para manifestação, por comando constitucional (aplicação dos princípios do contraditório e ampla defesa), além de previsão expressa no CPC;
- E) a validade do reconhecimento da prescrição está condicionada à emissão de sentença, e não de mera decisão;
- F) o REsp 1.589.753/PR confirma um novo entendimento da 3ª Turma do STJ, que já vinha sendo alinhavado em alguns recursos anteriores, no sentido de que não seria necessário intimar a parte para dar andamento ao processo previamente, para contagem do prazo de prescrição intercorrente, ao passo que a 4ª Turma da mesma Corte pronuncia-se no sentido de que haveria necessidade de intimação prévia do credor para dar andamento ao processo, que não fosse atendida, como requisito

---

<sup>34</sup> Ou apenas de uma delas, se a causa tem uma parte em cada polo e uma das partes é quem invoca a prescrição intercorrente.

ao reconhecimento da prescrição intercorrente. Esse é um tema que deve ser revisto pelo STJ para uniformização, para que se tenha maior segurança jurídica sobre a forma de proceder. Acredita-se, contudo, que o entendimento da 3ª Turma deva prevalecer, em razão do texto do novo CPC.

Diante desse cenário e do teor do REsp 1.589.753/PR, apresenta-se uma sugestão para modulação da conduta do juiz diante de processos de execução ou em fase de cumprimento, sem tramitação por inércia injustificada do credor, no sentido de que o reconhecimento da prescrição seja precedido dos seguintes passos:

- a) o processo em que não for localizado bens do devedor deve ser suspenso pelo prazo determinado de um ano, na forma do novo CPC;
- b) o processo que está em suspensão, sem prazo determinado, a partir da vigência do novo CPC, passa automática e independentemente de intimação das partes, à suspensão pelo prazo determinado de um ano. O final do prazo de suspensão é o termo inicial para a contagem do prazo da prescrição intercorrente;
- c) caso o juiz verifique a possibilidade de ocorrência da prescrição intercorrente, em razão do decurso do prazo pertinente, com inércia injustificada imputável ao credor, ou essa alegação seja invocada pela parte beneficiada por essa exceção, deverá, antes de pronunciar-se a respeito da matéria, ouvir a parte ou as partes (conforme o caso), concedendo o prazo de quinze dias para manifestação;
- d) a sentença de reconhecimento da prescrição deve ser proferida de modo fundamentado, notadamente esclarecendo as datas de interrupção com a citação, de suspensão, de encerramento da suspensão e da indicação da inércia injustificada da parte credora pelo lapso necessário, na forma do art. 489 do CPC<sup>35</sup>.

<sup>35</sup> A necessidade de motivação dos pronunciamentos judiciais também é protegida constitucionalmente na Itália, conforme atesta Ricci: *“Va comunque osservato che parte della dottrina suole attribuire alla motivazione anche un'altra funzione, quella appunto della 'leggibilità' del prodotto giudiziario da parte del cittadino, al fine di potere valutare il corretto svolgimento della funzione giurisdizionale (nell'interesse questa volta non delle parti del giudizio, ma della collettività): e ciò affinché sia realizzato quel collegamento fra la funzione giudiziaria e il popolo, di cui parla l'art. 101, primo comma, Cost.”* (RICCI, Gian Franco. *Principi di diritto processuale generale*. 3. ed. Torino: Giappichelli, 2001. p. 25-26).

**REFERÊNCIAS**

AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista dos Tribunais*, v. 744, p. 725, out. 1997 (acesso via RT on line em 11 de julho de 2016).

ARRUDA ALVIM, José Manuel de. Da prescrição intercorrente. In: CIANCI, Mirna (Coord.). *Prescrição no código civil: uma análise interdisciplinar*. São Paulo: Saraiva, 2005.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CARDOSO, Paulo Leonardo Vilela. A prescrição intercorrente no novo código de processo civil. In: ROSSI, Fernando et al (Coord.). *O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica ao Projeto do novo CPC*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CRAMER, Ronaldo. Ensaio sobre a distinção entre prescrição e decadência. In: ASSIS, Araken de et al (Coord.). *Direito civil e processo*. Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, v. 1, 2010.

DUARTE, Nestor. Arts. 1º a 232 – Parte Geral. In: PELUSO, Cezar (Org.). *Código civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 4. ed. Barueri: Manole, 2010.

FLEIXA, Alexandre; MACEDO, Daniel; BASTOS, Fabrício. *Novo código de processo civil. O que é inédito. O que mudou. O que foi suprimido*. Salvador: JusPodivm, 2015.

LACERDA, Galeno. *O novo direito processual civil e os feitos pendentes*. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil: execução e processo cautelar*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, v. 3, 2015.

IUDICA, Giovanni; ZATTI, Paolo. *Linguaggio e regole del diritto privato*. 7. ed. Padova: Cedam, 2006.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. *A razoável duração do processo*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

LEAL, Antônio Luís da Câmara. *Da prescrição e da decadência*. Teoria geral do direito civil. Atual. José de Aguiar Dias. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito processual civil contemporâneo*. Processo de conhecimento, cautelar, execução e procedimentos especiais. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de direito privado*. Atual. Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, v. 6, 2000.

RICCI, Gian Franco. *Principi di diritto processuale generale*. 3. ed. Torino: Giappichelli, 2001.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

TARTUCE, Flávio. *O novo CPC e o direito civil*. Impactos, diálogos e interações. São Paulo: Método, 2015.

Submissão em: 30.08.2016

Aceito em: 14.09.2016



