

Ano 28 | 95



DIREITO

Revista da AJUFE

FEDERAL





**AJUFE**

Associação dos Juizes Federais do Brasil

# DIREITO

Revista da AJUFE

# FEDERAL

---

*Ano 28 – Número 95*

*2º Semestre de – 2015*

---



São Paulo-SP, 2015

## Utilidade Pública Federal

Decreto de 08/08/96 (DOU de 09/08/96, p. 15057)

Presidente: **Antônio César Bochenek**

Diretor da Revista: **Paulo César Villela Souto Lopes Rodrigues**

Editor: **Telmo Fadul**

Projeto gráfico, diagramação e capa: **Rita Motta - Ed. Tribo da Ilha**

Revisão: **Georgia Evelyn Franco**

Periodicidade: **semestral**

[ Os textos são de responsabilidade de seus autores. ]

ISSN 1676-2320



**AJUFE**  
**Associação dos Juizes Federais do Brasil**

Setor Hoteleiro Sul Quadra 6 Bloco E Conjunto A Sala 1305 -  
Brasil 21 - Ed. Business Center Park - CEP 70322-915  
Tel.: (61) 3321-8482 | Fax.: (61) 3224-7361

---

**Editora Letras Jurídicas**



Largo São Francisco, 181 - 6º Andar, Sala 12 - Centro  
CEP: 01005-010 - São Paulo/SP.  
Telefone: (11) 3107-6501 | (11) 99352-5354  
E-mail: [marketing@letrasjuridicas.com.br](mailto:marketing@letrasjuridicas.com.br)  
site: [www.letrasjuridicas.com.br](http://www.letrasjuridicas.com.br)

---

# Diretoria da AJUFE

**Biênio 014/2016**

Antônio César Bochenek	<i>Presidente</i>
Candice Lavocat Galvão Jobim	<i>Vice-presidente da 1ª Região</i>
Eduardo André Brandão de Brito Fernandes	<i>Vice-presidente da 2ª Região</i>
Fernando Marcelo Mendes	<i>Vice-presidente da 3ª Região</i>
Rodrigo Machado Coutinho	<i>Vice-presidente da 4ª Região</i>
André Luís Maia Tobias Granja	<i>Vice-presidente da 5ª Região</i>
Roberto Carvalho Veloso	<i>Secretário-geral</i>
Luciana Ortiz Tavares Costa Zanoni	<i>Primeira secretária</i>
Alexandre Ferreira Infante Vieira	<i>Tesoureiro</i>
Paulo César Villela Souto Lopes Rodrigues	<i>Diretor da Revista</i>
Marcel Citro de Azevedo	<i>Diretor Cultural</i>
Maria Divina Vitória	<i>Diretora Social</i>
Raquel Coelho Dal Rio Silveira	<i>Diretora de Relações Internacionais</i>
José Marcos Lunardelli	<i>Diretor de Assuntos Legislativos</i>
André Prado de Vasconcelos	<i>Diretor de Relações Institucionais</i>
José Maximiliano Machado Cavalcanti	<i>Diretor de Assuntos Jurídicos</i>
Murilo Brião da Silva	<i>Diretor de Esportes</i>
Marianina Galante	<i>Diretora de Assuntos de Interesses dos Aposentados</i>
Marcelle Ragazoni Carvalho	<i>Diretora de Comunicação</i>
Frederico José Pinto de Azevedo	<i>Diretor Administrativo</i>
Cristiane Conde Chmatalik	<i>Diretora de Tecnologia da Informação</i>
Clara da Mota Santos Pimenta Alves	<i>Coordenadora de Comissões</i>
Helder Teixeira de Oliveira	<i>Diretor de Prerrogativas</i>
Sérgio Murilo Wanderley Queiroga	<i>Suplente</i>
Leonardo Vietri Alves de Godoi	<i>Suplente</i>
Roberto Fernandes Junior	<i>Suplente</i>

## CONSELHO FISCAL

Márcia Vogel Vidal de Oliveira	<i>Membro do Conselho Fiscal</i>
Alessandro Diaféria	<i>Membro do Conselho Fiscal</i>
Carlos Felipe Komorowski	<i>Membro do Conselho Fiscal</i>
Jaílson Leandro de Sousa	<i>Membro do Conselho Fiscal (Suplente)</i>



# Colégio de delegados seccionais

Náiber Pontes de Almeida	<i>Acre</i>
Aloysio Cavalcanti Lima	<i>Alagoas</i>
Jucelio Fleury Neto	<i>Amapá</i>
Emmanuel Mascena de Medeiros	<i>Amazonas</i>
Cynthia de Araujo Lima Lopes	<i>Bahia</i>
Júlio Rodrigues Coelho Neto	<i>Ceará</i>
Maria Candida Carvalho Monteiro de Almeida	<i>Distrito Federal</i>
Marcelo da Rocha Rosado	<i>Espírito Santo</i>
Marcos Silva Rosa	<i>Goiás</i>
Pablo Zuniga Dourado	<i>Maranhão</i>
Regis de Souza Araújo	<i>Mato Grosso</i>
Renato Toniasso	<i>Mato Grosso do Sul</i>
Silvio Coimbra Mourthé	<i>Minas Gerais</i>
José Airton de Aguiar Portela	<i>Pará</i>
Bianor Arruda Bezerra Neto	<i>Paraíba</i>
Patrícia Helena Daher Lopes Panasolo	<i>Paraná</i>
Polyana Falcão Brito	<i>Pernambuco</i>
Marina Rocha Cavalcanti Barros Mendes	<i>Piauí</i>
Leonardo da Costa Couceiro	<i>Rio de Janeiro</i>
Orlan Donato Rocha	<i>Rio Grande do Norte</i>
Marcelo Roberto de Oliveira	<i>Rio Grande do Sul</i>
Herculano Martins Nacif	<i>Rondônia</i>
Bruno Anderson Santos da Silva	<i>Roraima</i>
Rafael Selau Carmona	<i>Santa Catarina</i>
Bruno César Lorencini	<i>São Paulo</i>
Gilton Batista de Brito	<i>Sergipe</i>
Denise Dias Dutra Drumond	<i>Tocantins</i>





## Mensagem do Presidente

O leitor que tem acompanhado a publicação da Revista *Direito Federal* da Ajufe perceberá que, nesta 95ª edição, introduzimos modificações que respondem a duas crescentes necessidades: estreitar a proximidade com a academia – como forma de refletirmos sobre os avanços e retrocessos vivenciados – e difundir as conclusões emanadas dos fóruns de discussão que realizamos todos os anos.

Junto a essas inovações – que, tenho certeza, tornarão ainda mais robusta a nossa Revista – manteremos todo o espaço tradicionalmente reservado às contribuições dos nossos juízes federais associados. Irretocáveis artigos acadêmicos, calcados, no mais das vezes, na cotidiana experiência judicante, compõem a 1ª Seção do livro.

A 2ª Seção é nova, agrupa os artigos produzidos pelos alunos doutorandos da PUC/SP, em convênio firmado com a Ajufe. A publicação desses escritos atende, de um lado, os requisitos da formação *stricto sensu* e, de outro, tornam ainda mais efetivos os laços que unem a nossa entidade à instituição de ensino.

Na 3ª Seção da Revista, os leitores tomarão contato com os enunciados aprovados nas últimas edições do Fórum Nacional de Juizados Especiais Federais (Fonajef), do Fórum Nacional de Juizados Criminais Federais (Fonacrim), do Fórum Nacional de Execuções Fiscais (Fonaf) e do Fórum Nacional de Conciliação e Mediação (Fonacom). Com isso, pretendemos dar força à divulgação dessas teses, recomendadas para aplicação após amplas discussões com magistrados especializados em cada área.

A *Revista Direito Federal* assume, portanto, renovada e fiel à tradição, a perspectiva de voos ainda mais altos. Queremos nos consolidar como referência de citação para outros trabalhos científicos,

ao mesmo tempo em que difundimos conhecimentos úteis à melhoria da prestação jurisdicional. De uma só vez, ganham o Direito, a magistratura federal e o cidadão jurisdicionado.

Àqueles juízes que, pelo país todo, pensam cientificamente a Justiça Federal, pedimos contribuições. Estamos abertos aos mais variados tipos de pesquisa.

Também aproveitamos para convidar os magistrados interessados na pós-graduação a procurarem o convênio Ajufe/PUC-SP. O aperfeiçoamento profissional e acadêmico é fundamental para as mudanças que queremos ver no Poder Judiciário e na Sociedade.

A todos, uma boa leitura.

**Antônio César Bochenek**  
*Presidente da Ajufe*

# Sumário

## SEÇÃO I

<b>Apresentação.....</b>	<b>3</b>
<i>Paulo Cesar Villela Souto Lopes Rodrigues</i>	
<b>A função do juiz no Estado Democrático de Direito: o papel do juiz constitucional na implementação dos direitos fundamentais .....</b>	<b>5</b>
<i>Paulo Sérgio Ribeiro</i>	
<b>Democracia representativa: alguns de seus dilemas na atualidade .....</b>	<b>37</b>
<i>Gilvânklm Marques de Lima</i>	
<b>Comunidades tradicionais quilombolas e indígenas .....</b>	<b>57</b>
<i>André R. C. Fontes</i>	
<b>A Ação Popular Ambiental.....</b>	<b>75</b>
<i>Gabriel Wedy</i>	
<b>A jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos como paradigma para a concretização do conceito de razoável duração do processo.....</b>	<b>109</b>
<i>Frederico Augusto Leopoldino Koehler</i>	
<b>O tráfico de pessoas no direito internacional .....</b>	<b>141</b>
<i>Etiene Coelho Martins</i>	

<b>Os novos Juizados Especiais Federais e as demandas ajuizadas anteriormente à sua instalação: interpretação do art. 25, da Lei n. 10.259/2001.....</b>	<b>161</b>
<i>Pedro Luís Piedade Novaes</i>	
<b>Julgamento sumário no JEF: histórico, peculiaridades e perspectiva ...</b>	<b>171</b>
<i>Rogério Volpatti</i>	
<b>O princípio do juiz natural na primeira instância da Justiça Federal .....</b>	<b>193</b>
<i>José Renato Rodrigues</i>	
<b>Confisco de bens como instrumento de combate à criminalidade organizada – Análise dos regimes estrangeiros e de sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro .....</b>	<b>207</b>
<i>João Felipe Menezes Lopes</i>	
<b>Direito penal mínimo no ordenamento jurídico brasileiro: as ideias abolicionistas e alguns pontos de reflexão .....</b>	<b>241</b>
<i>Carolina Souza Malta</i>	
<b>Novos contornos interpretativos no direito tributário – Da necessidade de revisão das normas que dispõem sobre interpretação e integração da legislação tributária .....</b>	<b>261</b>
<i>Stefan Espirito Santo Hartmann</i>	
<b>O surgimento e o desenvolvimento do <i>right of privacy</i> nos Estados Unidos .....</b>	<b>287</b>
<i>Leonardo Estevam de Assis Zanini</i>	
<b>A nova aposentadoria para as pessoas portadoras de deficiência.....</b>	<b>313</b>
<i>Gilson Nunes Pita Filho</i>	
<b>A Lei n. 8.213/91 e a Pensão por Morte Presumida.....</b>	<b>327</b>
<i>Jerônimo Belinati Martins</i>	

## SEÇÃO II

<b>Apresentação.....</b>	<b>361</b>
<i>Mairan Gonçalves Maia Júnior</i>	
<b>O papel dos juízes na interpretação constitucional: reflexões sobre ativismo, minimalismo e realismo no âmbito criminal .....</b>	<b>363</b>
<i>Raecler Baldresca</i>	
<b>Limites da interpretação jurídica e o direito que queremos ter.....</b>	<b>381</b>
<i>Bianor Arruda Bezerra Neto</i>	
<b>Reflexões sobre o preparo e aperfeiçoamento de magistrados. Curso de formação inicial de magistrados.....</b>	<b>403</b>
<i>Otávio Henrique Martins Port</i>	
<b>O Poder Judiciário no Brasil e o direito fundamental à saúde – Uma visão geral .....</b>	<b>415</b>
<i>Sylvia Marlene de Castro Figueiredo</i>	
<b>Deficiência da estrutura da Justiça Federal e uma proposta de reestruturação interna .....</b>	<b>435</b>
<i>Rodrigo Navarro de Oliveira</i>	
<b>Modelo federativo de Judiciário – O sistema orgânico múltiplo da Justiça Federal Comum.....</b>	<b>447</b>
<i>Marisa Cláudia Gonçalves Cucio</i>	
<b>A conciliação na Justiça Federal e os desafios da indisponibilidade dos direitos.....</b>	<b>465</b>
<i>Pedro Francisco da Silva</i>	
<b>Primeiras linhas sobre a mediação e a conciliação no Novo Código de Processo Civil.....</b>	<b>483</b>
<i>Herbert Cornelio Pieter de Bruyn Jr.</i>	

**A Súmula Vinculante 37 e o *revival* do dogma do legislador negativo ..... 501**

*Newton Pereira Ramos Neto*

**Isenção do Imposto sobre a Importação dos Bens Contidos em remessas de valor de até cem dólares norte-americanos quando destinados a pessoas físicas ..... 539**

*Diogo Ricardo Goes de Oliveira*

### SEÇÃO III

**Os Fóruns promovidos pela Ajufe..... 553**

**III FONACRIM – Recife (PE) 2014 ..... 555**

**XII FONAJEF – Vitória (ES) 2015 ..... 559**

**I FONACON – Brasília (DF) 2015..... 563**

**I FONEF – São Paulo (SP) 2015 ..... 567**



SEÇÃO I





## APRESENTAÇÃO

É com grande honra que apresento os artigos que compõem o presente número de nossa revista. Os trabalhos oferecidos pelos colegas demonstram o excepcional preparo do corpo da magistratura federal. No meio jurídico, não se desconhece ser a magistratura brasileira considerada uma das mais tecnicamente preparadas do mundo, muito graças ao sistema de recrutamento dos juízes, selecionados em rigoroso concurso público, mas, por igual, em razão de sua formação continuada: seja nos cursos oferecidos pelas Escolas de Magistratura; seja pela participação dos juízes em atividades acadêmicas, como alunos dos programas de pós-graduação, como docentes, e como doutrinadores.

Para orgulho nosso, dados estatísticos coletados no *Censo do Judiciário 2014*, realizado pelo Conselho Nacional de Justiça, indicam ser, a magistratura federal, o segmento mais academicamente ativo do Poder Judiciário brasileiro. E isso se reflete, como poderemos facilmente constatar, no altíssimo nível dos trabalhos ora publicados.

Neste número, foram cobertas as áreas de direito constitucional, processual civil, penal, internacional, tributário e previdenciário. Em todas elas, percebe-se uma especial qualidade que informa, como regra, os trabalhos doutrinários realizados por magistrados: para além do olhar de especialista, um olhar holístico, interdisciplinar, completo. É que o juiz tem como costume profissional perceber o fenômeno jurídico por diferentes óticas, simultaneamente, de forma que um estudo de direito tributário, por exemplo, não prescindirá da demonstração de sólidos conhecimentos de direito constitucional, administrativo, processual etc.

O leitor encontrará, em tema de direito constitucional, os trabalhos sobre comunidades tradicionais quilombolas e indígenas, sobre a função do juiz constitucional na implementação dos direitos fundamentais, e sobre os dilemas da democracia representativa; na área do direito internacional, os estudos sobre a jurisprudência da Corte Europeia dos Direitos Humanos na concretização do conceito de razoável duração do processo, e sobre o tráfico internacional de pessoas; na matéria processual, dois artigos sobre Juizados Especiais Federais: um referente aos novos Juizados e às demandas ajuizadas antes de sua instalação, e outro sobre o julgamento sumário nos JEFs. Ainda no domínio do processo civil, o trabalho sobre o princípio do juiz natural na primeira instância da Justiça Federal. Em direito penal, os textos sobre o confisco de bens como instrumento de combate à criminalidade organizada, com acento processual e enfoque de direitos fundamentais, e sobre o direito penal mínimo no ordenamento jurídico brasileiro, em que o autor propõe um ponto de equilíbrio entre as teses abolicionistas e a inflação legislativa como instrumento ineficiente de combate ao crime no Brasil. Em tributário, um estudo de hermenêutica, com a apresentação dos novos contornos da interpretação das normas deste ramo do direito. No campo do direito comparado, o estudo do surgimento e desenvolvimento do *right of privacy* no direito norte-americano. Por fim, no âmbito previdenciário, o trabalho sobre a pensão por morte presumida.

Como se vê, os trabalhos publicados refletem a qualificação dos autores, e fazem jus à altíssima exigência técnica de nossos leitores.

**Paulo Cesar Villela Souto Lopes Rodrigues**  
*Diretor da Revista*

# A FUNÇÃO DO JUIZ NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: o papel do juiz constitucional na implementação dos direitos fundamentais

---

**Paulo Sérgio Ribeiro**

Juiz Federal substituto da Subseção de Ponta Grossa, Tribunal Regional  
Federal da 4ª Região, Mestrando na Pontifícia Universidade  
Católica de São Paulo – PUC/SP. E-mail: paulo.ribeiro@trf4.jus.br

---

## RESUMO

O presente estudo visa a analisar as tensões e aproximações da atuação dos poderes em face da Constituição, com especial ênfase na atuação do Poder Judiciário como garante dos valores e fins estabelecidos na Constituição, de modo que as decisões políticas adotadas pelo povo e registradas na carta constitucional sejam efetivamente realizadas pelos Poderes instituídos (Executivo e Legislativo).

O trabalho é dividido em três tópicos. O primeiro destinado ao estudo do movimento constitucionalista moderno e a sua influência na posição do juiz como agente político. O segundo tem como objetivo ponderar o reconhecimento dos direitos fundamentais nas Constituições modernas e a influência na atuação dos

Poderes instituídos (Executivo, Legislativo e Judiciário). O terceiro item busca avaliar o papel do juiz constitucional como implementador dos direitos fundamentais reconhecidos na constituição, avaliando a tensão entre a atuação do juiz e a separação dos poderes e a necessidade de mecanismo para superar a crise de ineficácia dos direitos fundamentais.

**Palavras-chave:** Constitucionalismo – Eficácia das normas – Direitos fundamentais – Ativismo judicial – Legitimação democrática.

## INTRODUÇÃO

A crise de eficácia dos direitos fundamentais, em especial os de segunda dimensão, contemplados na Constituição e não implementados na sociedade, tem intensificado a busca pelo Judiciário visando à concretização dos valores e objetivos fixados na Carta Constitucional.

O Judiciário não pode tergiversar às pretensões que buscam concretizar os direitos fundamentais uma vez que é assegurado a todos acesso universal ao Judiciário, art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, cabendo ao juiz promover a materialização dos valores e fins estabelecidos na Carta Constitucional. Acirrado debate vem sendo travado em sede doutrinária e jurisprudencial sobre o limite da atuação do juiz constitucional. Os críticos atribuem que o ativismo violaria o princípio basilar da separação dos poderes, incorrendo na supervalorização do Poder Judiciário e na promoção de sua hegemonia. Em contrapartida, a supremacia da Constituição é baldrame fundamental nos sistemas constitucionais modernos, portanto os poderes instituídos (Legislativo, Executivo e Judiciário) não podem agir de forma a contrariar a decisão democrática adotada pelo povo e expressada na Constituição.

O estudo não tem qualquer pretensão de exaurir o tema, limita-se a ponderações sobre o papel do juiz constitucional na materialização da Constituição.

### 1 O CONSTITUCIONALISMO E O JUIZ: RELAÇÕES DE TENSÃO E APROXIMAÇÃO

O constitucionalismo<sup>1</sup> manifesta-se como corrente teórica ideológica pela qual há a prevalência do princípio da limitação do

---

<sup>1</sup> Podem-se identificar pelo menos quatro sentidos para o constitucionalismo. Numa primeira acepção, emprega-se a referência ao movimento político-social, com origens históricas bastante remotas, que pretende, em especial, limitar o poder arbitrário. Numa segunda acepção, é identificado como a imposição de que haja cartas constitucionais escritas. Tem-se utilizado, numa terceira acepção possível, para indicar os propósitos mais latentes e atuais da função e posição das constituições nas diversas sociedades. Numa vertente mais restrita, o constitucionalismo é reduzido à evolução histórico-constitucional de um determinado Estado. (TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*, 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 23).

poder com finalidade estruturante, segundo a lição do mestre J. J. Gomes Canotilho.<sup>2</sup> Na acepção histórico-descritiva, adotada pelo mestre português, o constitucionalismo é analisado como movimento político, social e cultural que tem como escopo principal questionar o domínio político tradicional.<sup>3</sup>

Para fins do presente estudo, adotaremos o termo constitucionalismo na sua acepção de teoria definidora dos limites do poder estatal, nos termos do conceito apresentado por J.J. Gomes Canotilho, sem tergiversar o viés político ideológico do movimento constitucionalista moderno cujo escopo principal era o rompimento do poder absoluto dos governantes e a imposição de um corpo normativo superior ao poder do governante.

## 1.1 O surgimento do constitucionalismo

O movimento constitucionalista não se desenvolveu de forma igual pelo mundo, vicissitudes históricas, ideológicas e culturais, que influenciavam os povos no século XVIII, motivaram a construção de teorias diversas acerca do constitucionalismo.<sup>4</sup>

Os movimentos constitucionais modernos foram resultado de fortes modificações sociais e econômicas, em especial com a ascensão de nova classe social, a burguesa.

---

<sup>2</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2003, p. 59.

<sup>3</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2003, p. 52.

<sup>4</sup> O movimento constitucional gerado da constituição em sentido moderno tem várias raízes localizadas em horizontes temporais diacrônicos em espaços históricos geográficos e culturais diferenciados. Em termos rigorosos, não há um constitucionalismo, mas vários constitucionalismos (o constitucionalismo inglês, o constitucionalismo americano, o constitucionalismo francês). Será preferível dizer que existem diversos movimentos constitucionais com corações nacionais, mas também com alguns momentos de aproximação entre si, fornecendo uma complexa tessitura histórico-cultural. E dizemos ser mais rigoroso falar de vários movimentos constitucionais do que de vários constitucionalismos porque isso permite recortar desde já uma noção básica de constitucionalismo. (*ibid.*, p.51)

### 1.1.1 O constitucionalismo inglês

O constitucionalismo inglês verificado no século XVIII foi precedido por várias manifestações referentes à limitação do poder do governante (O Rei) em face de direitos do cidadão, conforme se verifica nos documentos pré-constitucionais *Magna Carta* (1215), *Petition of Rigths* (1628), *Habeas Corpus Act* (1679) e *Bill of Rights* (1689).<sup>5</sup>

A realidade política inglesa dos séculos XVI e XVII é diversa da verificada na Europa continental, especial na França, em que o governo estava centralizado unicamente no poder aristocrático. Na Inglaterra, a nobreza e a burguesia permaneciam em harmonia no Parlamento, cada qual possuindo representatividade política. A tensão entre o Parlamento e o poder central, monárquico, impôs, em 1628, a criação do *Petition of Rigths*, uma forma de limitação substancial ao poder.

As limitações do poder monárquico, em especial com a edição do *Bill of Rights*, intensificaram o empoderamento e a crescente supremacia do Parlamento. A delimitação do poder da legislatura e do monarca com o estabelecimento de um modelo de sistema parlamentar de governo figura como o grande legado do constitucionalismo inglês.<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> O processo constitucional inglês, de caráter cumulativo e evolutivo, transmitido de geração para geração, principiou com o desenvolvimento das instituições feudais, que numa primeira fase, resultou no fortalecimento do poder político dos barões, mediante a imposição, ao Rei João Sem Terra, da *Magna Carta Libertatum*, em 1215, documento que, todavia, veio posteriormente a influenciar a consolidação do Parlamento, ainda que controlado pelo rei. (SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*/Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero, 2ª ed., São Paulo: Ed. RT, 2013, p. 43).

<sup>6</sup> A Declaração de Direitos de 1689, como ponto culminante da assim chamada revolução gloriosa, pode ser considerada como um dos principais “momentos constitucionais” da Inglaterra, visto que representou a necessidade de estabelecer, demarcar e limitar, inclusive mediante um texto escrito, os poderes da legislatura e do monarca. Tal evolução, por sua vez, naquilo que legou ao mundo o modelo parlamentar e um primeiro sistema de liberdades civis e políticas, pode ser considerada como a grande contribuição inglesa ao constitucionalismo e para a história das instituições políticas. (SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*/Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero, 2ª ed., São Paulo: Ed. RT, 2013, p. 44).

Os documentos que estabeleceram limitação ao poder governamental e a consagração das liberdades constitucionais civis são marcos significativos do constitucionalismo inglês, tendo em vista o pioneirismo destas manifestações de cunho constitucional.

Por fim, e não menos importante, é necessário destacar algumas peculiaridades marcantes do constitucionalismo inglês. Em primeiro lugar, a inexistência de uma Constituição escrita, como estabelecido nos modelos do constitucionalismo moderno do século XVIII. Em segundo, destaca-se a supremacia do parlamento, inexistindo a prevalência da constituição e o mecanismo de controle de constitucionalidade dos atos legislativos, o qual somente foi introduzido hodiernamente.

### *1.1.2 O constitucionalismo francês*

A promulgação da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, na França, é marco para a construção do movimento constitucionalista moderno, em especial pelo destaque do art. 16 desta manifestação, o qual definia que um Estado que não garantisse a separação dos poderes e não assegurasse os direitos individuais não teria uma Constituição.

O ideário liberal burguês, representado na Revolução Francesa, é o mote ideológico da manifestação constitucionalista que visava à ruptura com o antigo regime absolutista e a construção de nova ordem econômica e social que garantisse as liberdades civis e assegurasse a ascensão da nova classe ao governo.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> Registre-se que uma das peculiaridades do movimento constitucionalista francês, especialmente quando confrontado com o norte-americano, reside nas características do Poder Constituinte. Contrariamente do que sucedeu nos Estados Unidos, a Assembleia Nacional Constituinte na França significava uma ruptura com o passado, no sentido não apenas de fundação de um Estado, mas de uma nova ordem estatal e social, afetando profundamente até o âmbito mais elementar da sociedade. Nesse sentido, a declaração de direitos fundamentais não objetivava apenas a limitação do poder do Estado, mas também, e sobretudo, a extinção do direito feudal e dos privilégios da aristocracia. (*Ibid.*, p.50)

A ruptura integral com o antigo regime (regime feudal) e a reconstrução da sociedade com fundamento nos ideias da liberdade, igualdade e fraternidade é marca característica do constitucionalismo Francês, cujo objetivo era “edificar uma nova ordem sobre os direitos naturais individuais.”<sup>8</sup>

Com fundamento na Declaração dos Direitos, inserida como preâmbulo, em 1791, foi editada a primeira Constituição formal na Europa, a constituição Francesa.

### 1.1.3 O constitucionalismo americano

O constitucionalismo americano teve como objetivo superar o regime imposto pela coroa inglesa, buscando construir uma nova ordem, sedimentada em baldrames democráticos, em que o povo manifestasse a vontade soberana (poder constituinte) pela formação de uma carta política de Direitos (Constituição) limitativa do domínio político.<sup>9</sup>

A manifestação constitucionalista americana coincide com a consolidação da independência do país. A carta política instituída tem como escopo a criação do novo sistema político capaz de garantir independência, assegurar regras de organização política e consagrar direitos naturais, com especial destaque para a eliminação das barreiras à atividade econômica.<sup>10</sup>

Em 1787, fruto da Convenção da Filadélfia, foi aprovada a primeira Constituição em sentido moderno (limitação dos poderes

---

<sup>8</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2003, p. 57.

<sup>9</sup> O modelo americano de constituição assenta na ideia da limitação normativa do domínio político através de uma lei escrita. Esta “limitação normativa” postulava, pois é a edição de uma “**bíblia política do Estado**”, condensadora dos princípios fundamentais da comunidade política e dos direitos particulares. Neste sentido, a constituição não é um contrato entre governantes e governados, mas sim, um acordo celebrado pelo povo e no seio do povo a fim de se criar e construir um “governo” vinculado à lei fundamental. (*ibid.*, p. 59)

<sup>10</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional* / Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero, 2ª ed., São Paulo: Ed. RT, 2013, p. 46.



e consolidação de direitos fundamentais), a qual destacou-se pela criação da primeira República Federativa e Presidencialista.

A Constituição Americana, marco do constitucionalismo moderno, consolidou características peculiares que influenciaram decisivamente as manifestações constitucionais, com especial destaque para a assunção expressa da soberania popular, estabelecendo o poder do povo; a separação dos poderes; a consolidação de direitos e garantias fundamentais e a supremacia da Constituição.

A Constituição Americana é elevada à posição suprema, portanto o “entendimento da constituição como *higher law* e ainda a elevação da lei constitucional a *paramount law*, isto é, uma lei superior que torna nula (*void*) qualquer ‘lei’ de nível inferior, incluindo as leis ordinárias do legislador, se estas infringirem os preceitos constitucionais.<sup>11</sup>”

## 1.2 O juiz e o constitucionalismo: a figura do juiz na evolução do constitucionalismo

O juiz, no período pré-constitucionalista moderno, em que vigorava o absolutismo do monarca, teve papel secundário, era considerado um servidor do Rei, o qual tinha a função de fazer justiça em nome deste.

A falta de independência do Poder Judiciário é traço característico no período medieval, com destaque para a situação da França e da Inglaterra, em que o Poder Judiciário era visto como uma *longa manus* do soberano.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed., Coimbra: Almedina, p. 60.

<sup>12</sup> André Ramos Tavares destaca, com fundamento nos estudos de Blackstone, ao dissertar sobre o Judiciário na Europa que: “Na França do século XII, eram os prebostes, o baile e o seneschal, os funcionários responsáveis por aplicar a Justiça, e que aqueles (prebostes) administravam seu distrito cumprindo as ordens reais e fazendo justiça em nome do rei, ao passo que os dois últimos eram recrutados dentre a baixa-nobreza da Casa real, sendo considerados servidores da Coroa. Assim subordinado, não haveria de se desenvolver adequadamente uma estrutura de ‘Justiça’” (TAVARES, André Ramos. *Manual do poder judiciário brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012a, p. 24).

A ruptura do antigo regime, promovido pelo constitucionalismo moderno, influenciou decisivamente a atuação dos magistrados.

No modelo francês, a limitação do Poder Judiciário e a supervalorização da lei, fruto da valorização do Legislativo em face dos demais poderes (Executivo e Judiciário), impôs ao Judiciário a função única de aplicação das leis, reduzindo o juiz a mero aplicador dos comandos produzidos pelos Poder Legislativo. A limitação imposta ao juiz, em razão da supremacia do Poder Legislativo, tem reflexos até os dias atuais, considerando a timidez dos mecanismos de jurisdição constitucional que, em muitos Estados, como na França, somente vieram a ser introduzidos no século passado.<sup>13</sup>

No modelo inglês, pós-revolução liberal, o poder decisório do juiz é limitado, preponderando a supremacia do parlamento. Com a evolução e a superação da desconfiança do magistrado, o Poder Judiciário inglês sofreu sensíveis alterações em especial com as alterações promovidas em 1998, com a introdução do *Human Rights Act*, assegurando, ao Judiciário, a possibilidade de, no caso concreto, declarar a incompatibilidade entre a lei ordinária e a Convenção Europeia de Direito Humanos.<sup>14</sup> Trata-se da introdução de mecanismo de controle das leis inglesas em face de um “documento constitucional” de direitos humanos. A reforma de 2005 promoveu a reorganização do Poder Judiciário inglês materializando a “separação orgânica entre o Poder Judiciário e o Parlamento, esvaziando as funções judiciais da Câmara dos Lordes e transferindo funções para

---

<sup>13</sup> O Poder Judiciário, objeto de desconfiança dos revolucionários, e que se reflete, de certo modo, até os dias atuais, foi relegado a mero aplicador do direito legislado, de tal sorte que, para a concretização da máxima de Rousseau, segundo a qual a lei é a expressão da vontade geral, apenas ao Poder Legislativo era dada a competência de explicar o sentido das suas próprias prescrições, o que, por sua vez, contribuiu para apenas já no último quartel do século XX o Conselho Constitucional, órgão a que incumbe, na França, o controle de constitucionalidade das leis, passasse a assumir um papel mais efetivo e mais próximo de uma autêntica jurisdição constitucional, capaz de assegurar a supremacia da Constituição em relação ao direito infraconstitucional. (SARLET, Ingo Wolfgang. SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional* / Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero, 2ª ed., São Paulo: Ed. RT, 2013, p. 51).

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 45.

uma nova Suprema Corte.<sup>15</sup>”, consolidando, pois, o papel do Poder Judiciário, superando a hegemonia do Poder Legislativo.

A posição do juiz, no constitucionalismo americano, é diversa da verificada na Europa, considerando o reconhecimento da Supremacia da Constituição. A consolidação da supremacia da Constituição nos Estados Unidos foi sedimentada com a introdução do mecanismo de controle de constitucionalidade das leis, com especial destaque para o célebre caso *Marbury vs. Madison*, decidido pela Suprema Corte em 1803, em que o juiz Marshall reconheceu a competência da Corte para controlar e extirpar atos dos demais poderes que contrariem a Constituição.<sup>16</sup>

A supremacia da Constituição em face das leis e a construção do mecanismo de controle de constitucionalidade com o reconhecimento da Suprema Corte como órgão de defesa Constitucional é marco do constitucionalismo moderno, pois não é possível a concretização da limitação dos poderes e a materialização dos direitos individuais sem que haja mecanismo de controle capaz de fazer prevalecer as “promessas” estabelecidas na Carta Constitucional.

O juiz constitucional, cuja função primordial é a concretização da supremacia da Constituição, tem papel primordial para a consolidação e o desenvolvimento do constitucionalismo, pois sua atuação visa a assegurar a soberania popular, garantir os direitos fundamentais e consolidar a limitação e a separação dos poderes.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional / Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero*, 2ª ed., São Paulo: Ed. RT, 2013, p. 45.

<sup>16</sup> *Ibid*, p.48

<sup>17</sup> Diferentemente do que sucedeu no constitucionalismo inglês e no constitucionalismo francês, o conceito de “lei proeminente” (constituição) justificará a elevação do poder judicial a verdadeiro defensor da constituição e guardião das liberdades. Através da fiscalização da constitucionalidade (*judicial review*) feita pelo juiz transpunha-se definitivamente o paradoxo formulado por John Locke em 1689: *inter legistatorem et populum nullus in terris est iudex* (entre o legislador e o povo ninguém na terra é juiz). O povo americano deu a resposta à pergunta de Locke: *quis erit inter eos iudex?* Os juízes são competentes para medir as leis segundo a medida da constituição. Eles são os “juizes” entre o povo e o legislador. (CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7ª ed., Coimbra: Almedina, p. 60.).

## 2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEMOCRACIA: O PAPEL DO ESTADO-JUIZ COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA

O constitucionalismo moderno estabeleceu, na sua origem, além da limitação do poder estatal, a necessidade de garantia dos direitos fundamentais de liberdade e igualdade, marcas características da Revolução Francesa, movimento cujo ideário defendia a liberdade, igualdade e da fraternidade.<sup>18</sup>

Os direitos de primeira dimensão têm forte cunho individualista “são, por igual, direitos que valorizam o homem-singular, o homem das liberdades abstratas, o homem da sociedade mecanicista que compõe a chamada sociedade civil, da linguagem jurídica mais usual.<sup>19</sup>” Trata-se da assunção de direitos negativos, limitações da atuação do Estado em face do indivíduo buscando a proteção da liberdade.

As primeiras Constituições, que se dedicaram a concretizar os direitos de segunda dimensão, ligados ao princípio da igualdade,<sup>20</sup> foram a Constituição Mexicana de 1917 e, a de maior destaque, a Constituição Alemã de Weimer de 1919.

A concepção filosófica marxista,<sup>21</sup> os graves problemas sociais e econômicos verificados no século XIX e a ineficácia da declaração formal de igualdade foram as circunstâncias dominantes para assunção dos direitos sociais nas Constituições do pós-guerra, as quais visavam à realização da justiça social.<sup>22</sup>

A principal característica dos direitos de segunda dimensão é o seu caráter prestacional, obrigação de fazer/dar, imposta ao Estado

---

<sup>18</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 516.

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 518.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 518.

<sup>21</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 11ª ed., São Paulo: Malheiros, 2013, p. 165.

<sup>22</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional / Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero*, 2ª ed., São Paulo: Ed. RT, 2013, p. 273.

o qual se transforma de inimigo do povo (Estado — agressor das liberdades individuais) em amigo, aquele que assegura os bens vitais para todos (Estado como provedor do mínimo existencial da pessoa).

O Estado Social surge como reação à crise na ordem capitalista, modelo econômico prevalente no Estado Liberal (século XVIII e XIX após as revoluções liberais), uma vez que a omissão completa do Estado, na esfera econômica, e a supervalorização da liberdade formal deixam parcela significativa da população à margem da sociedade. A construção do novo modelo de Estado, de cunho intervencionista, foi imprescindível para assegurar de forma efetiva a liberdade, igualdade e fraternidade aos homens.

O Estado, no constitucionalismo democrático da segunda metade do século XX, tem por escopo fundamental a implementação irrestrita dos valores fundamentais declarados nas Constituições visando à consecução da igualdade material. Com efeito, a intervenção Estatal, concretizando o mínimo existencial busca, em última análise, garantir a liberdade, pois esta inexistente, de forma efetiva, sem emancipação econômica.<sup>23</sup>

Considerando a limitação do presente trabalho, a abordagem sobre os direitos fundamentais será restrita aos direitos de primeira e segunda dimensão, não obstante reconhecer a existência de direitos de terceira dimensão<sup>24</sup> — direito de fraternidade, dos direitos de quarta dimensão<sup>25</sup> — direito à democracia, informação e o pluralismo e o direito de quinta dimensão, direito à paz.<sup>26</sup>

---

<sup>23</sup> Liberdade, que no mundo clássico conheceu e praticou, interessa em nossos dias, fundamentalmente, aos necessitados do quarto estado, componentes da grande maioria, à massa anônima dos que não possuem, dos que se voltam messianicamente para um milagre de melhoria social e sentem que liberdade se identifica também com emancipação econômica, ou, se não for esta de imediato possível, com um ideal ao menos aproximado de certeza, paz e igualdade relativa no nível geral das condições materiais de existência. (BONAVIDES, *Do Estado Liberal ao Estado Social*, 11ª ed., São Paulo: Malheiros, 2013, p. 188).

<sup>24</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito Constitucional*. 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 522.

<sup>25</sup> *ibid.*, p.524

<sup>26</sup> Cf. <[http://www.djf.inf.br/Arquivos/PDF\\_Livre/3\\_Doutrina\\_5.pdf](http://www.djf.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/3_Doutrina_5.pdf)>.

## 2.1 Direitos sociais (segunda dimensão): o caráter programático

O reconhecimento dos direitos sociais, no primeiro momento, limitou-se à declaração nos textos Constitucionais padecendo, pois, de eficácia, uma vez que sua concretização dependia da vontade do Estado — Legislador, considerando a natureza programática de seus comandos.<sup>27</sup>

O problema da aplicabilidade das normas de direitos sociais tem gerado acirrado debate teórico e jurisprudencial, figurando como uma das discussões mais importantes na seara Constitucional hodierna.

Os direitos sociais, considerando as peculiaridades, não podem ser equiparados, no que tange à aplicabilidade, aos direitos de primeira dimensão, ligados à liberdade e a não autuação do Estado contra o cidadão. No entanto, é inadmissível estabelecer que os direitos sociais sejam direitos absolutamente relativos.<sup>28</sup>

### 2.1.1 *Validade, vigência, eficácia e vigor: uma abordagem preliminar e necessária*

Validade é a qualidade que estabelece à norma como integrante de um ordenamento, em razão desta ter obedecido às condições formais e matérias de produção e conseqüente integração ao sistema.<sup>29</sup>

---

<sup>27</sup> Paulo Bonavides relata a crise e a evolução da eficácia dos direitos fundamentais de segunda dimensão destacando: “De juridicidade questionada nesta fase (surgimento), foram eles remetidos à chamada esfera programática, em virtude de não conterem, para sua concretização, aquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos da liberdade. Atravessaram, a seguir, uma crise de observância e execução, cujo fim parece estar perto, desde que recentes Constituições, inclusive a do Brasil, formularam o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito Constitucional*. 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p.518)

<sup>28</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 291.

<sup>29</sup> FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito. Técnica, decisão, dominação*. 6ª ed., São Paulo: Atlas, 2012, p.165.

Para o professor Paulo de Barros Carvalho a validade tem conteúdo relacional sistêmico, ou seja, validade é “o vínculo que se estabelece entre a proposição normativa e o sistema do direito posto, de tal sorte ao dizermos que uma norma “N” é válida, estaremos expressando que ela pertence ao sistema “S”.<sup>30</sup>

As normas são validadas ou inválidas em relação a um sistema, ou seja, ser norma válida significa pertencer ao sistema, ter status de relação, vínculo entre a proposição normativa e o sistema do direito posto. Deste modo, afirmar que uma norma existe implica reconhecer a sua validade em face de determinado sistema jurídico, assim, ou existe, está no sistema, ou não existe como norma jurídica, pois não se enquadra no sistema.<sup>31</sup>

Vigência significa ter força para regular condutas, estar em condições de propagar seus efeitos, assim, ocorrido o evento no mundo dos fatos, a norma poderá modalizar os comportamentos descritos. A norma se diz vigente quando está apta para qualificar fatos e determinar o surgimento de efeitos jurídicos.

Para o professor Paulo de Barros Carvalho, inexistente divergência semântica entre vigência e vigor, pois uma norma revogada não tem vigência para os fatos futuros, conservando, no entanto, para os acontecimentos anteriores à revogação.<sup>32</sup>

Tercio Sampaio de Ferraz Jr. define vigência como o intervalo em que a norma pode ser invocada para produzir efeitos. Para o autor, vigência não se confunde com vigor, “o vigor de uma norma tem a ver com a sua imperatividade, com sua força vinculante,<sup>33</sup> portanto, vigência e vigor são qualidades distintas da norma.

---

<sup>30</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e métodos*. 4ª ed., São Paulo: Noeses, 2011, p. 448/449.

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 449.

<sup>32</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e métodos*. 4ª ed., São Paulo: Noeses, 2011, p. 449/450.

<sup>33</sup> FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. Técnica, Decisão, Dominação. 6ª ed., São Paulo: Atlas, 2012, p.170

Eficácia é a qualidade da norma relacionada à produção dos efeitos normativos, ou seja, a efetiva irradiação das consequências próprias da norma.<sup>34</sup>

O professor Tercio Sampaio Ferraz Jr.,<sup>35</sup> em sua obra de introdução ao estudo do direito, resume, como precisão, o conceito dogmático de eficácia destacando que:

*eficácia é uma qualidade da norma que se refere à possibilidade de produção concreta de efeitos, porque estão presentes as condições fáticas exigíveis para sua observância, espontânea ou imposta, ou para a satisfação dos objetivos visados (efetividade ou eficácia social), ou porque estão presentes as condições técnico-normativas exigíveis para sua aplicação (eficácia técnica).*

A eficácia pode ser estudada sob três ângulos: a) eficácia jurídica; b) eficácia técnica e c) eficácia social.

#### 2.1.1.1 Eficácia jurídica, técnica e social

Eficácia jurídica é o mecanismo lógico da incidência pelo qual, realizado o evento previsto no antecedente, projetam-se os efeitos prescritos no consequente, operação que se denomina de causalidade jurídica, ou seja, ligação do acontecimento factual com o vínculo que se instaura entre sujeito e direito.<sup>36</sup>

Eficácia técnica é a característica da norma de irradiar efeitos no mundo do direito positivo, assim, ocorrido o fato no plano real-social, a norma irradia os efeitos jurídicos. A norma é eficaz tecnicamente quando presentes no ordenamento todas as condições operacionais que garantem sua aplicação ou exigibilidade.<sup>37</sup>

<sup>34</sup> CARVALHO de, Aurora Tomazini. *Curso de teoria geral do direito*, 3ª ed., São Paulo: Noeses, 2013, p. 458.

<sup>35</sup> FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito. Técnica, decisão, dominação*. 6ª ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 171.

<sup>36</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e métodos*. 4ª ed., São Paulo: Noeses, 2011, p. 458.

<sup>37</sup> CARVALHO de, Aurora Tomazini. *Curso de teoria geral do direito*, 3ª ed., São Paulo: Noeses, 2013, p. 765.



Com efeito, utilizando as ferramentas semióticas é possível efetivar análise mais minuciosa em relação à (in)eficácia técnica das normas no plano sintático, semântico e pragmático, tema a ser abordado na sequência.

A eficácia social ou efetividade é relacionada aos padrões de receptividade com que a comunidade responde aos mandamentos de uma ordem jurídica. Eficaz é a norma cuja disciplina foi concretamente seguida pelos destinatários, satisfazendo os anseios do legislador, por outro lado, ineficaz é aquela cujos preceitos não foram cumpridos pelos sujeitos envolvidos na situação regulamentada.<sup>38</sup>

É necessário destacar que a eficácia jurídica e técnica referem-se a conceitos jurídicos que interessam para a dogmática e a eficácia social diz respeito a indagações sociológicas (Sociologia Jurídica).

#### 2.1.1.2 Ineficácia técnica com enfoque no plano sintático, semântico e pragmático

A ineficácia técnica, no plano sintático, ocorre nos casos em que a norma não pode produzir efeitos em razão de que outra norma, integrante do ordenamento, inibe sua incidência, impossibilitando a produção de efeitos jurídicos (Ex: resolução do senado que impede a incidência da norma declarada inconstitucional). De igual forma, ocorre no caso da inexistência de outra norma regulamentadora, de igual ou inferior hierarquia, necessária para a plena eficácia da norma. (Ex: norma que define como inafiançáveis os crimes hediondos e remete a qualificação de hediondo a outra norma inexistente).<sup>39</sup>

A ineficácia técnica sintática diz respeito às condições formais que obstam a incidência, no entanto, a ineficácia técnica semântica está relacionada às condições materiais, sem as quais, impossível que se efetive a incidência jurídica, assim não haverá incidência enquanto não for possível realizar o fato descrito na norma.

---

<sup>38</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e métodos*. 4ª ed., São Paulo: Noeses, 2011, p. 459.

<sup>39</sup> *ibid.*, p. 458

Paulo de Barros Carvalho<sup>40</sup> ao dissertar sobre ineficácia no plano semântico pontifica que são: “normas que façam a previsão de ocorrências factuais possíveis, mas, tendo em vista dificuldades de ordem material, inexistem condições para que se configure em linguagem a incidência jurídica.”

Seja ineficácia técnica no plano sintático ou semântico, as normas jurídicas são vigentes, o fato jurídico ocorre no mundo fenomênico, mas não há a juridicização do acontecimento e a propagação dos seus efeitos.

Por fim, no plano pragmático, a ineficácia é relacionada ao desuso da norma em razão da não utilização desta, por certo grupo de pessoas encarregadas pela aplicabilidade das normas aos fatos sociais. Enquanto não retirada ou alterada do ordenamento, por meio de linguagem competente, permanece válida, vigente, entretanto padece de eficácia pragmática.<sup>41</sup>

### *2.1.2 Da programaticidade à eficácia das normas de direito social: evolução no Estado Social e Democrático de Direito*

A doutrina e jurisprudência têm assegurado às normas constitucionais programáticas eficácia imediata, direta e vinculante de forma que estes direitos não podem ficar limitados a meras promessas constitucionais. José Afonso da Silva,<sup>42</sup> em sua obra *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, conclui que as normas programáticas têm eficácia jurídica imediata, direta e vinculante firmando que:

- I — estabelecem um dever para o legislador ordinário;
- II — condicionam a legislação futura, com a consequência de serem inconstitucionais as leis ou atos que as ferirem;
- III — informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 459

<sup>41</sup> CARVALHO de, Aurora Tomazini. *Curso de teoria geral do direito*, 3ª ed., São Paulo: Noeses, 2013, p. 768.

<sup>42</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8ª ed., São Paulo: Malheiros, 2012, p. 160.

sociais, proteção dos valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum;  
IV – constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas;  
V – condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário;  
VI – criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou desvantagem.<sup>43</sup>

Os direitos sociais são espécie de direitos fundamentais<sup>44</sup> que visam à concretização do princípio da igualdade no seu viés substancial<sup>45</sup> (igualdade material) de forma a assegurar, aos excluídos socialmente, as condições mínimas para uma vida digna, promovendo, em última análise, justiça social.<sup>46</sup>

Com a consolidação dos direitos sociais como direitos fundamentais e a constatação da ineficácia em razão da omissão estatal em promover a sua regulamentação, as Cartas Constitucionais passaram a assegurar aplicabilidade imediata destes direitos.

No cenário pátrio hodierno, a Constituição Cidadã, promulgada em 1988, Carta Política em que os direitos de cunho social

---

<sup>43</sup> Trata-se de tem bastante árido e que transcende aos limites do presente ensaio. Para maiores esclarecimentos, indico a leitura das obras *Eficácia dos Direitos Fundamentais*, Ingo Wolfgang Sarlet, p. 305 e seguintes e *Aplicabilidade das normas Constitucionais*, José Afonso da Silva, p. 171 e seguintes.

<sup>44</sup> A doutrina mais consequente, contudo, vem refutando essa tese (negativa dos direitos sociais como direitos fundamentais), e reconhece neles a natureza de direitos fundamentais, ao lado dos direitos individuais, políticos e do direito à nacionalidade. São direitos fundamentais do *homem-social*, e até “se estima que, mais que uma categoria de direitos fundamentais, constituem um meio positivo para dar um conteúdo real e uma possibilidade de exercício eficaz a todos os direitos fundamentais.” (SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8ª ed., São Paulo: Malheiros, 2012, p. 148)

<sup>45</sup> As normas programáticas, introduzidas na Constituição, como resultado do conflito de interesses, ao menos, uma tentativa de superação da democracia formal e tendem, como visto, a instaurar um regime de democracia substancial, ao determinarem a realização de fins sociais, através de programas de intervenção na ordem econômica, como vistas à realização da justiça social e do bem comum. (*Ibid.*, p. 153)

<sup>46</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed., 11 reimpr., Coimbra: Almedina, 2003, p. 430/431

(segunda dimensão) tiveram maior reconhecimento, assegurou expressamente a aplicabilidade imediata, nos termos §1º do art. 5º da Constituição Federal.<sup>47</sup>

Os direitos fundamentais, inclusive os direitos sociais, devem orientar a pauta de atuação do Poder Legislativo visando à regulamentação por meio de leis que assegurem a efetivação dos direitos fundamentais; do Poder Executivo na promoção de políticas públicas visando à efetivação dos direitos fundamentais e do Judiciário, ao qual é atribuída a função de guardião das garantias Constitucionais, buscando agir de forma a corrigir a atuação dos demais poderes visando a assegurar a promoção dos direitos fundamentais.<sup>48</sup>

## 2.2 A Constituição como limite ao legislador e ao Poder Executivo

A Constituição, ao assegurar os direitos fundamentais, fixa limites materiais à atuação discricionária dos poderes instituídos, pois estes têm o poder-dever de implementar o projeto Constitucional estabelecido pelo povo quando da promulgação da Carta Magna. No caso da Constituição de 1988, o povo, por meio de Assembleia Constituinte, optou pela formação de um Estado Social Democrático de Direitos, o qual tem por função, precípua, assegurar os direitos fundamentais visando à construção de uma sociedade livre justa e solidária, conforme art. 3º da Constituição Federal.

A omissão do Poder Legislativo em não editar leis que visem à regulamentação de direitos constitucionalmente assegurados, em especial de direitos fundamentais cuja aplicabilidade é imediata, nos termos do §1º da Constituição Federal, deve ser corrigida pelo

---

<sup>47</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: [...] §1º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

<sup>48</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 11ª ed., São Paulo: Malheiros, 2013, p. 157.

Poder Judiciário por meio dos mecanismos cabíveis (Mandado de Injunção, Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Ação ou Omissão etc).

De igual forma, quando a lei regulamentadora é deveras vazia ou impõe restrição indevida aos direitos fundamentais, contrariando o disciplinado na Constituição, compete ao Judiciário, por meio de atuação da jurisdição constitucional, declará-la inconstitucional, assegurando a efetividade dos direitos fundamentais limitados indevidamente por ação do Poder Legislativo.

A ação arbitrária e a omissão do Estado — Poder Executivo — na promoção de políticas públicas destinadas a concretizar direitos fundamentais estabelecidos na Constituição, deve ser corrigida pela atuação do Poder Judiciário, guardião máximo da Constituição Federal.

A atuação dos poderes constituídos deve concretizar as diretrizes estabelecidas constitucionalmente de modo que desvios inconstitucionais e passíveis de correção por meio de intervenção do Poder Judiciário,<sup>49</sup> ao qual foi atribuído o poder de “tutelar” as garantias/direitos estabelecidos na Constituição.

A atuação do Judiciário visando à defesa da Constituição é função típica,<sup>50</sup> pois, aos juízes, é conferido o poder-dever de assegurar os direitos declarados na Constituição inclusive com a

---

<sup>49</sup> TAVARES, André Ramos. *Manual do poder judiciário brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012a, p. 25.

<sup>50</sup> No declarar o Direito deverá, preliminarmente, defender a Constituição, inclusive contra as leis editadas em desrespeito àquela. Ademais, tendo de promover sempre o respeito à Constituição, os Tribunais e juízes devem, quanto às leis, “adaptar o conteúdo de seus preceitos aos preceitos constitucionais”, como bem observa Maria Luisa Balaguer Callejon, ou seja, admite-se “abrir o sistema de fontes à criação judicial do Direito de tal modo que os enunciados legais não serão apenas o que da literalidade de seus textos se possa deduzir, mas também o que os Tribunais tenham interpretado que são como consequência de sua congruente inserção dentro do ordenamento constitucional.” Declarar o Direito é declará-lo tendo como justa medida a Constituição. (TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*, 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1193).

“invasão” da competência típica dos demais poderes, buscando corrigir a atuação ilegal ou omissiva que inviabiliza o gozo dos direitos fundamentais.<sup>51</sup>

A atuação do Judiciário na promoção dos direitos fundamentais, corrigindo as ilegalidades<sup>52</sup> ou omissões dos demais poderes figura como mecanismo freio e contra pesos que visa a manter o equilíbrio entre os poderes por meio intercomunicação,<sup>53</sup> cujo objetivo é dar concretude à Constituição.<sup>54</sup>

### 3 O JUIZ E O ATIVISMO JUDICIAL: EM BUSCA DA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O juiz moderno passou a ocupar lugar de destaque, deixando a posição de servidor técnico especializado em aplicar o direito,

---

<sup>51</sup> A ampliação do espaço “tradicional” do juiz constitucional (entre Judiciário e Tribunal Constitucional), na tutela da Constituição e sua supremacia (quer dizer, para além de um mero legislador negativo, na expressão cunhada por Kelsen), foi viabilizada, dentre outras ocorrências, pela abertura semântica das constituições, em sua contemplação principiológica do discurso dos direitos humanos, pela supremacia da Constituição, pela vinculação dos legislativos aos direitos fundamentais consagrados e, sobretudo, pela necessidade de retirar do espaço político certas opções. (TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do judicialismo constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2012b, p.66)

<sup>52</sup> Adoto o conceito amplo em que se compreende a inconstitucionalidade por ação ou omissão e as ilegalidades praticadas pelas ações do Poder Executivo.

<sup>53</sup> Com esses institutos oriundos precisamente da impossibilidade de manter os poderes distanciados e construir entre eles paredes doutrinárias que os conservassem rigorosamente insulados, como queria a antiga doutrina, na palavra de seus mais acatados corifeus, o que ora se nos depara perante a realidade constitucional contemporânea é a verdade de que muitas portas se abriram à intercomunicação dos poderes. (BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 11<sup>a</sup> ed., São Paulo: Malheiros, 2012, p. 75).

<sup>54</sup> Luís Roberto Barroso pontua: “Legislativo, Executivo e Judiciário exercem um controle recíproco sobre as atividades de cada um, de modo a impedir o surgimento de instâncias hegemônicas, capazes de oferecer riscos para a democracia e para os direitos fundamentais” (BARROSO, Luís Alberto. “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 6 nov. 2013, p.15.

passando a assumir seu papel como agente político, cuja função é fazer valer a Constituição e as leis, inclusive contra os demais poderes.<sup>55</sup>

O fortalecimento da posição do Poder Judiciário, no último século, é realidade mundial, como verificado na Inglaterra, na França e no Brasil, neste, em especial, após a redemocratização, implementada, efetivamente, com a Constituição de 1988.<sup>56</sup>

Ao juiz moderno é atribuída a função de promover os direitos, em especial, os Direitos Fundamentais, tendo em vista sua função de guardião da Constituição e implementador dos valores e fins estabelecidos pelo povo.<sup>57</sup>

A inserção dos Direitos Fundamentais nas Constituições assegurou que os valores definidos democraticamente fossem efetivamente concretizados, porquanto estas matérias saem da discricionariedade do Poder Legislativo, tendo em vista o caráter impositivo da Constituição, sob pena de reconhecimento de omissão inconstitucional.<sup>58</sup>

O ativismo judicial é uma concepção de atuação do magistrado que, visando ao cumprimento de sua função, de garante da Constituição, atua de forma ativa buscando conferir maior eficácia aos postulados Constitucionais. Neste sentido, disserta Luís Alberto Barroso:<sup>59</sup>

O ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o

---

<sup>55</sup> *Ibid.*, p.3

<sup>56</sup> *Ibid.*, p.3

<sup>57</sup> Como ressalta André Ramos Tavares: “Nas omissões materiais imputadas ao Estado-Administração e até o Estado-Legislador, o juiz constitucional (seja o juiz ordinário, seja uma instância própria, como um Tribunal Constitucional) é chamado para fins de implementação dos direitos fundamentais sociais proclamados em certas constituições contemporâneas.” (TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do judicialismo constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2012b, p.66)

<sup>58</sup> TAVARES, André Ramos. *Manual do poder judiciário brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012, p.45

<sup>59</sup> BARROSO, Luís Alberto. “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 6 nov. 2013, p.6.

seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

O conceito de ativismo apresentado pelo professor Luiz Alberto Barroso está em harmonia com as ideias apresentadas pelo ilustre professor Ronald Dworkin,<sup>60</sup> em sua obra *Levando os direitos a sério*, ao dissertar que:

O programa do ativismo judicial sustenta que os tribunais devem aceitar a orientação das chamadas cláusulas constitucionais vagas [...] Devem desenvolver princípios de legalidade, igualdade e assim por diante, revê-los de tempos à luz do que parece ser a visão moral recente da Suprema Corte, e julgar os atos do Congresso, dos Estados e do presidente de acordo com isso.

O ativismo está ligado à participação do Judiciário na concretização dos valores e regras estabelecida na Constituição de forma a impor, aos demais poderes, a vontade soberana, expressada na Carta Constitucional.

### 3.1 O juiz como promotor dos direitos fundamentais

A mera declaração dos direitos fundamentais em uma carta de direitos não é capaz de assegurar sua eficácia, em especial em relação aos direitos sociais, os quais demandam prestações positivas do Estado.

Para viabilizar a implementação efetiva dos direitos fundamentais é necessário assegurar mecanismo para suprir a “crise de eficácia”. Deixar a concretização dos direitos fundamentais ao exercício discricionário do Poder Legislativo e Executivo, sem mecanismo

---

<sup>60</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 215.



de efetivação da cláusula de eficácia imediata, é desnaturar o Estado Social de Direito em Estado Liberal.<sup>61</sup>

No sistema pátrio, os juízes de todas as instâncias exercem jurisdição constitucional, porquanto lhe é atribuída a função (poder-dever) de guardião da Constituição, assim é assegurando o poder de atuar ativamente visando à correção dos atos inconstitucionais (ações e omissões) dos poderes constituídos de modo a fazer prevalecer os postulados fundamentais inseridos na Constituição.<sup>62</sup>

Considerando a omissão em editar normas regulamentadoras de direitos sociais e a crise de legitimidade do Poder Legislativo, tem havido, hodiernamente, o incremento da atuação do Judiciário buscando suprir omissões de forma a fazer prevalecer os preceitos constitucionais,<sup>63</sup> pois “a efetividade das normas constitucionais, diz respeito, portanto, à pretensão de máxima realização, no plano da vida real, do programa normativo abstratamente estabelecido.”<sup>64</sup>

O papel do juiz constitucional deve ser ativo, transcendendo a mera aplicação formal da letra da lei para a solução dos litígios, pois tem o compromisso de garantir a supremacia da Constituição. Assim, nos tempos hodiernos, “impõe-se verdadeira adaptação dos juízes, que não podem pretender encontrar, na frieza da letra escrita da lei, a solução para as disputas humanas, muitas das quais sequer previstas ou previsíveis pelo legislador, pois “a prioridade deve ser dada à pessoa humana sem privilégios e discriminações” (Dallari, 1998:13).<sup>65</sup>

---

<sup>61</sup> TAVARES, André Ramos. TAVARES, André Ramos. *Manual do Poder Judiciário brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 50.

<sup>62</sup> TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012b, p. 72.

<sup>63</sup> BARROSO, Luís Alberto. “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 6 de nov. 2013, p. 9.

<sup>64</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 195.

<sup>65</sup> TAVARES, André Ramos. TAVARES, André Ramos. *Manual do Poder Judiciário brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012a, p. 29

Obstar a atuação ativista do juiz, na promoção dos direitos fundamentais, em razão da inviabilidade material e econômica “significa desconhecer a capacidade transformadora mínima que o Direito possui e que suas instâncias orgânicas devem implementar.”<sup>66</sup> Portanto, compete aos poderes omissos, cuja atuação é corrigida pelo Poder Judiciário, promover a transformação da realidade material visando à concretização dos direitos fundamentais vilipendiados.

### 3.2 A experiência ativista do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal, após a abertura democrática e a promulgação da Constituição de 1988, tem buscando dar concretude aos direitos fundamentais dispostos na carta política, documento constitucional consagrador de inúmeros direitos sociais e instituidor do Estado Democrático e Social de Direitos.<sup>67</sup>

O discurso do Ministro Celso de Mello, por ocasião da posse do Ministro Carlos Ayres Britto<sup>68</sup> como presidente, traduz, com precisão, o papel desempenhado pelo Supremo:

Práticas de ativismo judicial, Senhor Presidente, embora moderadamente desempenhadas por esta Corte, em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade.

Exemplo da atuação ativista ocorreu em recente decisão, Rcl n. 4374, quanto o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 20, §3º da

---

<sup>66</sup> *Ibid.*, p. 48

<sup>67</sup> BONAVIDES, Paulo, *Curso de direito constitucional*. 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 343.

<sup>68</sup> <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/discursocm.pdf>>.

Lei 8.742/1993, reconhecendo o estado de omissão inconstitucional na concretização do benefício assistencial e a inconstitucionalidade do critério definido na *Lei da Assistência*, ressaltando que a inconstitucionalidade é resultante das notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro). Nesta decisão, o Supremo estendeu o conceito normativo do art. 20, §3º da Lei 8.742/1993, assegurou maior amplitude para a concessão do benefício assistencial, direito social atribuído aos excluídos socialmente.

Nessa decisão, o Supremo implementou direitos fundamentais, extraindo a sustentação das decisões em princípios constitucionais, assim, segundo o conceito de Dworkin, o Supremo Tribunal Federal fundamentou a decisão em argumentos de princípio,<sup>69</sup> atuando de forma legítima dentro de suas atribuições, sem macular a separação dos poderes.

É importante destacar que no julgamento do Mandado de Injunção n. 712, de Relatoria do Ministro Eros Roberto Grau, referente à ineficácia do direito de greve dos servidores do poder público, em razão da falta de norma regulamentadora, o Supremo Tribunal Federal, em decisão progressista, necessária para a consolidação do princípio da supremacia constitucional, reconheceu a mora do Poder Legislativo e adotou a posição concretista, regulamentando o direito de greve dos servidores, de forma a assegurar a aplicabilidade imediata do direito fundamental de greve aos servidores públicos.<sup>70</sup>

Com relação à atuação ativista em face do Poder Executivo, é necessário destacar as decisões determinando a dispensa de

---

<sup>69</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 128.

<sup>70</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 1151/1152.

medicamentos, matéria apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, em pedidos de suspensão de segurança. Na decisão da STA 175/CE, o Supremo Tribunal Federal confirmou decisão que determinou o fornecimento de medicamento a uma jovem, portadora de rara doença, para a qual o remédio solicitado era o único capaz de deter o avanço da doença ou assegurar aumento da chance de vida, com qualidade, à paciente.<sup>71</sup>

### 3.3 A legitimação democrática da atuação do ativista do juiz

As críticas da atuação ativa do juiz perpassam pela falta de legitimidade democrática<sup>72</sup> uma vez que, no cenário pátrio, os juízes não são eleitos pelo povo, são recrutados com fundamento em aptidões técnicas.

Sem razão a crítica imposta ao ativismo judicial, uma vez que a atuação do juiz buscando concretizar os princípios constitucionais, fundamentando sua decisão em argumentos de princípio, é, na realidade, uma forma especial de aplicação da Constituição. Portanto, o juiz ao exercer uma ação ativista não está aplicando uma vontade política própria, mas sim, a vontade do povo, disposta na Constituição.<sup>73</sup>

---

<sup>71</sup> EMENTA: Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde. SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento. (STA 175 AgR, Relator(a): Min. Gilmar Mendes (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17.03.2010, DJe-076 Divulg 29.04.2010 Public 30-04-2010 Ement. Vol-02399-01 PP-00070).

<sup>72</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 132.

<sup>73</sup> Luís Roberto Barroso ao dissertar sobre a legitimidade democrática do juiz estabelece que “ao aplicarem a Constituição e as Leis, estão concretizando decisões que foram tomadas pelo constituinte ou pelo legislador, isto é, pelos representantes do povo.” E arremata o autor aduzindo que “o Judiciário é o guardião da Constituição

A tensão entre a democracia e o ativismo judicial não passou sem análise pelo eminente professor Ronald Dworkin<sup>74</sup> que, após refutar as objeções à originalidade judicial (ativismo), ressalta que as decisões em caso difíceis devem ser fundamentadas em argumentos de princípio, estabelecendo que “se deixarmos as decisões de princípio exigidas pela Constituição a cargo dos juízes e não do povo, estaremos agindo dentro do espírito da legalidade.”<sup>75</sup>

A ação ativista do Poder Judiciário, concretizando os direitos fundamentais declarados na carta constitucional, é poder-dever do juiz constitucional, quando se depara com omissão ou atuação inconstitucional por parte dos demais Poderes Instituídos (Legislativo e Executivo).<sup>76</sup>

A atuação do juiz será legítima quando presente a omissão do Poder Legislativo em regulamentar direito fundamental constitucionalmente assegurado ou a regulamentação formulada é inconstitucional de forma que esvazia a eficácia mínima do direito reconhecido na Constituição.

De igual forma, no que tange ao ativismo em face do Poder Público, Estado-Executivo é poder-dever do juiz constitucional intervir quando o Estado for omissivo na concretização de direito fundamental, assegurado constitucionalmente, ou quando a política

---

e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes. Eventual atuação contramajoritária, nessas hipóteses, se dará a favor, e não contra a democracia.” (BARROSO, Luís Alberto. “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 6 nov. 2013, passim).

<sup>74</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 132.

<sup>75</sup> *Ibid.*, p. 232

<sup>76</sup> Embora se possa admitir, pois áreas de não intervenção do juiz constitucional, especialmente por opções realizadas pela própria Constituição em análise (o que passa pela compreensão da cláusula da “separação dos poderes”, de um desacordo moral razoável em torno de um mesmo direito fundamental e do contexto histórico), essa conclusão jamais será sustentável, em termos teóricos, se estiver em debate: i) o controle tradicional da violação, pelo Estado, de direitos fundamentais; ii) a concretização implementadora de direitos fundamentais impostos pela Constituição como limites da atuação estatal. TAVARES, André Ramos. *op. cit.*, p. 48/49.

pública para implementação for contrária ao disposto na carta constitucional ou na lei regulamentadora.

As críticas à atuação ativista do juiz constitucional são inúmeras,<sup>77</sup> no entanto, não procedem, porquanto a supremacia da Constituição Federal, baldrame de sustentação do sistema constitucional moderno, não pode ser vilipendiada pela falta de atuação dos poderes constituídos, tocando, ao Poder Judiciário, corrigir a atuação dos demais poderes, de modo a realinhar a atuação deste com o estabelecido na carta Constitucional.

Por fim, é importante ressaltar que o ativismo deve ser empregado de forma pontual e eventual, pois como disposto por Luís Roberto Barroso<sup>78</sup> “não há democracia sólida sem atividade política intensa e saudável, nem tampouco sem Congresso atuante e investidos de credibilidade.”

## CONCLUSÃO

A Constituição, carta política democraticamente estabelecida pelo povo, é alçada, especialmente, no modelo de constitucionalismo francês e americano, como Lei Suprema, pautando a atuação dos poderes.

Na Europa, o juiz, mesmo no período pós-constitucionalista, era visto com grande desconfiança pela sociedade, tendo em vista sua origem vinculada ao antigo regime (poder absolutista monárquico). Ao juiz, foi outorgada a função de “mero aplicador da lei”, inexistindo atribuição para exercer jurisdição constitucional, que somente veio a ser reconhecida recentemente.

---

<sup>77</sup> BARROSO, Luís Alberto. “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 6 nov. 2013, p.10.

<sup>78</sup> BARROSO, Luís Alberto. BARROSO, Luís Alberto. “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 6 de nov. 2013, p. 10.

Diversamente do verificado na Europa, a função de garante da Constituição foi atribuída aos juízes nos Estados Unidos. Em 1803, a Suprema Corte americana, no julgamento do caso *Marbury vs. Madison*, reconheceu sua competência para realizar o controle de constitucionalidade, consolidando, portanto, o Poder Judiciário como órgão de defesa e implementador da supremacia da Constitucional. A atuação da Suprema Corte Americana é marco decisivo para a concretização do constitucionalismo moderno, tendo em vista sua atuação como guardião da Constituição.

A introdução dos Direitos Fundamentais nas Constituições modernas tem como escopo afastar a discricionariedade dos Poderes instituídos e obrigá-los à efetiva concretização. Ações ou omissões dos Poderes Legislativo e Executivo, que tergiversem os Direitos Fundamentais, são inconstitucionais e, portanto, devem sofrer a devida correção.

O Poder Judiciário, guardião da Constituição, no exercício da jurisdição constitucional, detém o poder-dever de suprir e/ou corrigir a atuação inconstitucional dos Poderes instituídos por meio da declaração de inconstitucionalidade de leis, que esvaziam as normas constitucionais; declaração de inconstitucionalidade por omissão ou outros mecanismos necessários para a consolidação da supremacia constitucional.

A promoção dos direitos fundamentais, por meio da atuação do magistrado constitucional, não figura como opção; é dever estabelecido constitucionalmente, considerando a aplicabilidade imediata estabelecida no §1º do art. 5º da Constituição Federal. Porquanto o juiz constitucional, guardião da Constituição, tem o poder e o dever de concretizar os Direitos Fundamentais de modo que sua atuação na implementação é dever institucional.

É importante ressaltar, rechaçando as críticas à posição ativista, que inexistente violação ao princípio da separação de poderes, quando o magistrado atua o poder-dever de implementação dos Direitos fundamentais, pois as manifestações judiciais que assim procedem têm, como fundamento, as regras e os princípios

estabelecidos democraticamente na Constituição. A ação proativa do Poder Judiciário, visando à superação da ineficácia dos Poderes instituídos, representa efetivo mecanismo de freios e contra pesos, de modo que a atuação do magistrado é necessária para corrigir “desastrosa atuação» ou omissão dos demais Poderes.

O juiz, ao atuar de forma ativa, está materializando os valores e fins estabelecidos pelos legítimos detentores do poder que fixaram na Constituição os baldrames da atuação dos Poderes instituídos. Destarte, o escopo do ativismo é concretizar a Constituição, materializando sua hegemonia, de forma a corrigir eventuais desvios de rota que possam levar a caminhos diversos dos traçados pelo legítimo detentor do poder, o povo (art. 1º, parágrafo único da Constituição Federal).

## REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 11ª ed., São Paulo: Malheiros, 2012

\_\_\_\_\_. *Curso de direito Constitucional*. 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000

\_\_\_\_\_. “A quinta geração dos direitos fundamentais”. Disponível em: <[http://www.djf.inf.br/Arquivos/PDF\\_Livre/3\\_Doutrina\\_5.pdf](http://www.djf.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/3_Doutrina_5.pdf)> Acesso em: 4 nov. 2013.

BARROSO, Luís Alberto. “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 6 nov. 2013.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed., 11 reimp., Coimbra: Almedina, 2003.



CARVALHO de, Aurora Tomazini. *Curso de teoria geral do direito*, 3ª ed., São Paulo: Noeses, 2013.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, linguagem e métodos*. 4ª ed., São Paulo: Noeses, 2011.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. Técnica, Decisão, Dominação. 6ª ed., São Paulo: Atlas, 2012

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

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional*/Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero, 2ª ed., São Paulo: Ed RT, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8ª ed., São Paulo: Malheiros, 2012.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional positivo*, 19ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*, 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. *Manual do Poder Judiciário brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 2012a.

\_\_\_\_\_. *Paradigmas do judicialismo constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2012b.



# DEMOCRACIA REPRESENTATIVA: alguns de seus dilemas na atualidade

---

**Gilvânklm Marques de Lima**

Juiz Federal titular da 11ª Vara Seção Judiciária da Paraíba (Subseção Judiciária de Monteiro - PB). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN; Pós-graduado em Direito Civil pela Universidade Anhanguera/UNIDERP; Mestrando em Direito (área de concentração: Direitos Humanos) pela Universidade Federal da Paraíba - UFPB.

---

## RESUMO

O presente trabalho aborda três dilemas enfrentados pela democracia representativa na atualidade, a saber: a redução do espaço privado do indivíduo imune à intervenção do Estado; o descrédito institucional decorrente de práticas autoritárias camufladas por um discurso democrático que, não raras vezes, utiliza direitos sociais como elementos de substituição de direitos civis e a problemática envolvendo os limites das manifestações populares, buscando-se, ao cabo da exposição, identificar soluções para tais questões dentro da democracia representativa, com a finalidade precípua de preservá-la.

**Palavras-chave:** Democracia — Privacidade — Manifestações.

## ABSTRACT

This paper addresses three dilemmas faced by representative democracy today, namely: the reduction of the private space of the immune state intervention individual; institutional distrust arising from authoritarian practices camouflaged by a democratic discourse, often uses social rights as placeholders civil rights and the issue involving the limits of popular protests, trying to, at the end of exposure, identify solutions to such issues within representative democracy, with the primary aim of preserving it.

**Keywords:** Democracy — Privacy — Protests.

## INTRODUÇÃO

O vocábulo democracia, na atualidade, é um daqueles termos considerados “politicamente corretos”, razão pela qual integra o discurso, se não da totalidade, pelo menos da ampla maioria dos Estados. Independente da forma de gestão do Estado, os líderes atuais, ainda que, na realidade, vários deles não passem de ditadores cruéis, buscam transmitir para os Estados que gerem o epíteto de “democráticos”.

Democracia, na atualidade, tornou-se um belo discurso, capaz de encantar multidões, ao tempo em que oculta graves desigualdades sociais, violações de direitos individuais e outros comportamentos e situações nefastas. Parece que não importa a forma como é operacionalizada. O importante é a presença da palavra democracia no discurso ou mesmo na denominação oficial do Estado. A democracia, nesse contexto, não passa de um engodo ideológico, utilizado para perpetração de processos de dominação popular.

É preciso, portanto, apontar os verdadeiros elementos da democracia representativa, de forma a tornar possível a identificação dos Estados nos quais ela, de fato, faz-se presente.

Dentro deste contexto, é necessário considerar que a democracia representativa enfrenta diversos dilemas atuais. Trata-se, na verdade, de situações que, se não forem bem gerenciadas, podem colocar em xeque a existência da própria democracia representativa, naqueles Estados nos quais ela, de fato, é praticada.

No presente trabalho, suscitamos a problemática envolvendo três dilemas da democracia representativa atual, a saber: a questão referente à invasão de privacidade dos cidadãos, mediante a redução acentuada da esfera dos seus negócios privados imunes à ingerência estatal; o descrédito institucional decorrente de práticas autoritárias que utilizam direitos sociais como barganha compensatória em face da supressão de direitos civis e, por fim, abordamos o assunto envolvendo os limites da liberdade de manifestação

popular dentro da democracia, procurando trazer, ao cabo de nossa exposição, algumas sugestões para o tratamento de tais dilemas.

## 1 DEMOCRACIA: EVOLUÇÃO DE UM CONCEITO

### 1.1 A democracia na Antiguidade

O termo democracia, nos seus primórdios, na Grécia antiga, não tinha o atual significado de regime desejável de governo. Para Aristóteles, por exemplo, tratava-se de uma forma impura, ao lado da tirania e da oligarquia.<sup>1</sup> Democracia, para os antigos, era associada à sua forma de prática direta, sendo as deliberações a respeito das conduções dos negócios públicos adotada de forma coletiva pelos cidadãos.<sup>2</sup>

Na *polis*, apenas se conheciam iguais, livres das necessidades da vida e das imposições alheias, não sujeitos às obrigações de

---

<sup>1</sup> Nas palavras de Aristóteles: “Costumamos chamar de reino, uma monarquia cujo objetivo é o bem comum; o governo de mais de uma pessoa, mas somente poucas chamamos de aristocracia, porque governam os melhores homens ou porque estes governam com vistas ao que é melhor para a cidade e seus habitantes; e quando a maioria governa a cidade com vistas ao bem comum, aplica-se, ao governo, o nome genérico de todas as suas formas, ou seja, governo constitucional (há boas razões para isto, pois embora um homem, ou uns poucos homens possam preponderar por suas qualidades, quando o número é maior passa a ser difícil que todos atinjam a perfeição em todas as qualidades, mas eles podem preponderar em valor militar, porquanto este aparece mais no maior número; nesta forma de constituição, portanto, a classe que luta pela cidade na guerra é mais poderosa, e são os possuidores de armas que influem no governo). *Os desvios das constituições mencionadas são a tirania, correspondendo à monarquia; de fato, tirania é a monarquia governando no interesse do monarca, a oligarquia é o governo no interesse dos ricos, e a democracia é o governo no interesse dos pobres, e nenhuma destas formas governa para o bem de toda a comunidade* (grifamos)” [1279b].

<sup>2</sup> Não é correto, no entanto, sustentar a tese de que na antiguidade a noção de democracia vinculava-se sempre a uma visão de forma de governo degenerada. Na Roma antiga, conforme bem observa Bobbio (1998, p. 67-68), o historiador Políbio, que era grego de nascimento, considerava a democracia como uma das três formas boas de governo, que poderia se degenerar no que ele denominava de “oclocracia”, que se pode compreender atualmente como uma espécie de “governo das massas”.

governar ou serem governados. Esse ambiente de igualdade proporcionava aos participantes da gestão da *polis* condições de exercício da democracia em sua forma direta (ARENDDT, 1983, p. 41).

Bobbio (1991, p. 40), esclarece que os antigos, quando mencionavam democracia, “(...), pensavam numa praça, ou assembleia, em que os cidadãos eram convocados a tomar, eles próprios, as decisões de governo.<sup>3</sup>” Talvez seja por isso que a democracia não gozava do bom conceito que ostenta na atualidade. É que, ao transferir para uma coletividade, ainda que bastante limitada, o encargo de decidir a gestão do Estado (sendo o discurso de oradores a ferramenta de condução do espírito decisório dos cidadãos reunidos), criava-se um ambiente propício ao surgimento dos “demagogos”, capazes de induzir o espírito coletivo à tomada de determinadas posições que, se avaliadas de forma cuidadosa, podiam não se demonstrar as mais adequadas aos interesses da coletividade.

Dessa forma, na democracia antiga, embora os cidadãos possuísem formalmente a palavra final em termos de gestão dos negócios estatais, ao terem as suas vontades conduzidas por “demagogos”, poderiam trazer a ruína para a *polis*.

Daí o reduzido apreço que os antigos devotavam à democracia, externando preferência por outras formas de governo, tidas como puras, a exemplo da monarquia e da aristocracia. Na visão aristotélica, conforme já exposto, a forma mais pura de governo era a monarquia, visão esta que também era compartilhada por Platão, que chegou a sustentar a entronização do filósofo como rei. Mesmo na modernidade, alguns importantes pensadores, como Kant, não tinham a democracia como um valor a ser defendido, pois ela era tomada em sentido negativo, uma vez que era vista apenas em sua forma direta, embora ele fosse contemporâneo da experiência da

---

<sup>3</sup> Ao se fazer referência ao termo cidadão, se referindo à antiguidade, é importante que ele não seja confundido com a totalidade dos habitantes da Cidade-Estado antiga. Isso porque, a cidadania, na antiguidade, era profundamente discriminatória, uma vez que alcançava apenas uma pequena parcela da população, dentre a qual não se incluía, por exemplo, as mulheres, os escravos e os estrangeiros.

América do Norte, relacionada à democracia representativa. É por isso que, “para ele, a república não tem relação alguma com a democracia, à qual tem declarada aversão” (SORTO, 2011, p. 121-122). Em razão disso, segundo Kant, a melhor forma de governo era “a república (monárquica) constitucional, com a devida limitação do poder político do soberano (separação dos poderes), posto que o monarca não estaria acima do direito” (SORTO, 2013, p. 353).

A democracia na antiguidade, exercida em sua forma direta, tornava os cidadãos uma massa uniforme, que impunha uma verdadeira tirania da maioria sobre os grupos minoritários, que não tinham, em razão disso, seus direitos ou opiniões respeitadas. Como decorrência, a crítica clássica em torno de tal forma de governo apontava a prevalência das paixões sobre a razão, não sendo, portanto, a mais indicada forma de gestão dos negócios públicos (BOBBIO, 1991, p. 31).

É bem verdade que o ambiente de plena igualdade decisória era apenas formal, uma vez que a condução dos negócios da cidade acabava, na prática, ficando nas mãos dos indivíduos dotados de maior *poder de persuasão*, capazes de induzir a massa reunida na assembleia a encapar as posições por eles defendidas. Assim, os mais capazes de despertar paixões, nos cidadãos reunidos, sagravam-se como os reais gestores da cidade, o que acabava por corroborar a principal crítica lançada contra a democracia na antiguidade.

## 1.2 A democracia representativa

A democracia, como já mencionamos anteriormente, em seus primórdios, não era tão apreciada. Era vista como um regime que estimulava as paixões dos cidadãos reunidos para deliberações, conduzidos por demagogos que, geralmente, não estavam muito preocupados com os interesses da coletividade. Até mesmo Kant, já no século XVIII, não externava muito apreço pela democracia, elogiando, ao contrário, a república (monárquica) constitucional.

O surgimento da forma representativa, inicialmente nos Estados Unidos da América, possibilitou a aplicação da democracia em

espaços territoriais maiores. Teoricamente, delineou-se uma forma de gestão do Estado, por meio da qual os cidadãos não participam diretamente das deliberações relativas aos interesses coletivos. Ao contrário, o povo, como componente humano, participa da escolha, por meio do voto, de representantes para gerirem o Estado. Essa escolha pode se limitar aos integrantes do legislativo ou alcançar também o chefe da função executiva estatal, bem como os membros do Judiciário.

Esse modelo de democracia representativa vem se difundindo desde a sua criação nos Estados Unidos da América e se tornou, na atualidade, o parâmetro ideal de regime político, invocado pela ampla maioria dos governantes, que se diz democrática, ainda que pratique o mais acentuado autoritarismo na gestão do Estado. Assim, por ser um ideal a ser perseguido, a democracia se coloca diante de alguns dilemas que precisam ser enfrentados, como forma de legitimação do seu discurso e garantia de aperfeiçoamento.

## 2 ALGUNS DILEMAS DA DEMOCRACIA NA ATUALIDADE

### 2.1 O controle estatal da privacidade

Na democracia representativa, o voto representa um momento importante em seu funcionamento. No entanto, ele não é único e nem mesmo o de maior destaque. O cidadão antigo, que vivia uma dualidade perene entre as esferas privada e pública, sendo reconhecido socialmente apenas a partir de suas manifestações públicas no ambiente deliberativo da assembleia (na qual se encontrava em relação de igualdade com os demais participantes), é convidado, no momento atual, a assumir uma postura ativa na fiscalização dos seus representantes, ainda que contra a vontade deles.

Há, portanto, uma ruptura na separação dos limites entre o público e o privado, que era bem evidente entre os antigos. A esfera privada do indivíduo é constantemente adentrada pelo Estado, que



passa a regular, por exemplo, até mesmo a forma de educação dos filhos pelos pais. É o que se verifica no Brasil, por exemplo, com a recente Lei n. 13.010, de 26 de junho de 2014, que ficou conhecida como “Lei da Palmada” e veda a utilização de qualquer modalidade de castigo físico pelos pais no processo educacional dos seus filhos.

Logo, não mais se constata a liberdade absoluta de comportamento na esfera privada tal como se verificava entre os antigos, pois o Estado, cotidianamente, adentra os limites da esfera privada para disciplinar as relações particulares.

Nesse contexto, a esfera pública se agiganta, ao passo que a privada é mitigada. Sendo assim, esse alargamento da esfera pública, deve conduzir o cidadão a um interesse maior pelos negócios estatais, não limitando a sua participação apenas ao momento do voto, pois as diretrizes adotadas pelo Estado têm reflexo no comportamento privado. Tal fato inviabiliza a indiferença no que concerne ao que se discute e se concretiza na esfera pública.

Não é mais possível adentrar na esfera pública para externar aquilo que o indivíduo gostaria que fosse apresentado aos seus semelhantes, recolhendo-se na intimidade do lar, que o protegia de qualquer publicidade vinculada aos atos ali praticados, tal como ocorria entre os antigos,<sup>4</sup> pois o ambiente privado não mais o põe a salvo da ingerência estatal.

O espaço individual, defendido com firmeza pelos modernos segundo Constant (2014), uma vez que a sua influência no espaço público é mais fluída do que se verificava entre os antigos, merece, em parte, ser questionada. É que ainda persiste a influência difusa do indivíduo moderno nos negócios do Estado, muitas vezes quase imperceptível. No entanto, a sua luta pela segurança dos “privilégios privados”, está sendo gradualmente perdida.

---

<sup>4</sup> Ao comentar a supressão gradativa da diferença entre as esferas familiar e política, Arendt (1983, p. 43) faz as seguintes considerações: “O desaparecimento do abismo que os antigos tinham que transpor diariamente a fim de transcender a estreita esfera familiar e ‘ascender’ à esfera política é fenômeno essencialmente moderno.” Isso significa dizer que para os antigos, a intimidade de suas relações estava mais protegida do que na atualidade, ensejando uma situação de visível incomunicabilidade entre as esferas privada e pública de cada indivíduo.

Dessa forma, enquanto os antigos, segundo Constant (2014), visualizavam a liberdade na “partilha do poder social entre todos os cidadãos da mesma pátria”, os modernos enxergam a liberdade na proteção aos seus privilégios privados, que poderíamos denominar de intimidade. Estes últimos estão gradualmente perdendo a sua liberdade, em virtude do agigantamento do Estado, o qual se ocupa de questões cada vez mais íntimas do indivíduo, como controle de natalidade, forma de educação dos filhos e outros assuntos semelhantes, que no passado não poderiam sofrer, legitimamente, qualquer ingerência estatal.

Logo, o questionamento que se pode suscitar com relação a este ponto se concentra em como compatibilizar essa invasão do Estado no âmbito da privacidade dos indivíduos com um regime democrático. Talvez a resposta esteja no controle do cidadão no tocante à atuação do próprio Estado, mediante uma participação ativa na gestão dos seus negócios, sem legá-la integralmente aos seus representantes, pois, como adverte Sorto (2011, p. 106), a “liberdade estabelece-se onde o poder é controlado pelo próprio poder mediante disposições claras ditadas pelo Direito.”

Dentro de um regime democrático, a atuação do Estado não pode fugir ao controle do Direito, mediante a intervenção de um Poder Judiciário independente. É preciso que o povo acredite que o Estado respeita os limites que lhe são impostos pela legislação, pois a democracia tende a sucumbir quando a população conclui que o cenário, que lhe parece errôneo, não pode ser alterado com a mera modificação das leis. Esse quadro desenha uma situação de instabilidade institucional que pode colocar a democracia em risco.<sup>5</sup> É necessária a existência de uma legislação dotada de legitimidade no tocante à sua edição e que seja transparente no que se re-

---

<sup>5</sup> Santos (2007, p. 19), adverte que “quando se chega à conclusão de que o problema político de uma nação não está essencialmente em suas leis, mas nos que as executam, as soluções possíveis afastam-se da revisão dos diplomas legais, aproximando-se dos métodos radicais de remoção dos governantes: revolução ou golpe de Estado.”

fere à sua aplicabilidade, voltada à coibição de eventuais abusos do Estado. Isso, no entanto, conduz a um outro dilema enfrentado pela democracia na atualidade, qual seja, o descrédito das instituições.

## 2.2 O descrédito das instituições democráticas e prática ditatorial

O descrédito institucional é um dos grandes riscos que a democracia atualmente enfrenta. O sentimento, muitas vezes difuso na população, ao não se sentir representada por aqueles que se encontram responsáveis pela condução dos negócios públicos pode levar à conclusão de que a democracia não é o modelo de gestão estatal mais adequado, criando espaço para que soluções temerárias — como a supressão prática do regime democrático — adquira corpo e ganhe espaço.

Quando mencionamos supressão prática do regime democrático, levamos em consideração que a palavra “democracia”, pelo significado positivo que atualmente possui, é empregada indiscriminadamente pela quase totalidade dos Estados. Dessa forma, mesmo que as mais ínfimas liberdades individuais sejam suprimidas e se instale a mais evidente das ditaduras, ainda assim o governante insiste em denominar o Estado por ele gerido de democrático, ainda que o povo não tenha qualquer participação na forma pela qual os negócios públicos são conduzidos.

Trata-se, na verdade, de um discurso de dominação, pois ao mesmo tempo em que não existe liberdade, dissemina-se o discurso de que a gestão estatal é realizada em benefício de toda a população, propagando-se a ideia de que o governante é um democrata, pois representa os interesses de todos.

O descrédito institucional assume o seu ápice em situações nas quais governos ditatoriais se apropriam de instrumentos da democracia representativa, em especial do exercício popular do voto, em busca de legitimação.

No entanto, o exercício do voto, em tais estruturas de governo ditatoriais, não é livre. O povo é coagido moralmente ou

mesmo pela força a, mediante o voto, legitimar o governante que se encontra no exercício do poder. Além disso, a ausência de *liberdade de oposição* inviabiliza a existência de uma real democracia, que se constrói na liberdade do contraditório, no respeito às diferenças e na tolerância às opiniões que divergem do pensamento que busca ser hegemônico. *Uma verdadeira democracia é tolerante até mesmo com o posicionamento daqueles que, de forma pacífica, defendem a sua supressão.*

Nesse contexto, é importante ressaltar que a *democracia representativa real não se exaure na realização de eleições periódicas*. Estas pouco significarão se não houver um sistema de controle do exercício do poder bem delimitado no seio do Estado, a fim de que não haja abusos pelos governantes. É necessário, também, que o povo tenha a oportunidade de fiscalizar os seus representantes e disponha de instrumentos legais de repressão a eventuais desmandos que possam ser cometidos por aqueles que se encontram no exercício do poder.

Dessa forma, quando se avalia as características de uma democracia representativa na atualidade, consegue-se retirar o véu dos governos autoritários, independente da orientação política.

Na verdade, o que os governos autoritários buscam é confinar o seu povo aos limites da esfera privada, afastando-os completamente do âmbito governamental. As eleições periódicas e a utilização de expressões como “governo do povo”, “democracia popular” e outras similares, não passam de subterfúgios perante a comunidade internacional, voltados à ocultação do autoritarismo no exercício do poder. No âmbito interno, por sua vez, é uma forma de silenciar qualquer manifestação oposicionista, sob o argumento de que o exercício do poder se encontra nas mãos daqueles escolhidos pela ampla maioria da população. Há, inclusive, estruturas autoritárias que chegam ao ridículo de externar a existência de uma escolha de governantes pela quase totalidade da população.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> Alguns ditadores chegam ao ridículo quando se utilizam de instrumentos da democracia representativa, como o voto. Em eleições realizadas em 2014 na Coreia do Norte, a imprensa oficial do país divulgou que cem por cento dos eleitores

Com o alijamento da população do papel fiscalizatório do exercício do poder, os direitos civis são aniquilados, pois eles são incômodos aos governos ditatoriais que são avessos às vozes discordantes e aos mecanismos de controle popular. Em troca da liberdade civil, muitos governos autoritários concedem uma melhor assistência no tocante à saúde, lazer, educação, trabalho e alimentação. Tais direitos de natureza social, no entanto, não são encarados pela população como direitos, mas como benesses concedidas pelo governante, tornando-o carismático entre a população, facilitando a sua manutenção no poder e dificultando o surgimento de uma oposição com musculatura capaz de afrontá-lo.

No entanto, *direitos sociais sem liberdade civil não são direitos*. São mecanismos de controle popular. A população, em Estados autoritários, não considera os direitos sociais como algo além de benesses concedidas pelo governo e, caso algum desses supostos direitos sociais venha a ser mitigado ou suprimido, a ausência de liberdade civil impede qualquer oposição a tal conduta, o que demonstra que de direitos não se tratavam. Logo, *os direitos sociais não existem sem direitos civis* sendo, portanto, indissociáveis.

Portanto, é preciso separar uma real democracia da utilização indevida de seus instrumentos por governos autoritários. Em nossa visão, não há democracia em Estados nos quais não há respeito a opiniões divergentes, onde os indivíduos que pensam de forma diferente do grupo, que se encontra no exercício do poder, são tratados como inimigos da coletividade, devendo, por consequência, serem silenciados e, não raras vezes, encarcerados ou aniquilados.

Democracia também não há em Estados nos quais não existem mecanismos eficientes de controle do exercício do poder, onde os representantes populares são apenas figuras decorativas, sem

---

compareceram aos locais de votação e referendaram, na integralidade, a manutenção no poder dos atuais dirigentes do país (*Folha De São Paulo*, 2014). Tal resultado, além de deixar evidente o sistema de repressão da Coreia do Norte, que impede qualquer dissidência, demonstra que o exercício do voto e a realização de eleições periódicas não se prestam para caracterizar um país como democrático.

real capacidade de impor freios na função executiva do Estado e o Judiciário constitui apenas uma estrutura destinada a impor sanções a quem diverge da ideologia<sup>7</sup> estatal.

Portanto, compreendemos uma verdadeira democracia representativa como sendo um regime de governo baseado em dois pilares fundamentais, a saber, *respeito às divergências pacíficas* e *controle eficiente do exercício do poder*. Por consequência, não importa a existência de eleições periódicas, se não se fizerem presentes estes dois caracteres imprescindíveis.

O modelo de representação, a forma de escolha dos representantes, embora sejam elementos indispensáveis na democracia representativa, não se mostram como o foco adequado para distinguir um Estado democrático de um Estado autoritário. Isso porque são exatamente esses instrumentos que são apropriados pelos Estados autoritários quando querem se camuflar perante a comunidade internacional, sob a faceta de “democráticos”. No entanto, é quando se afere a existência de controle eficiente do exercício do poder e o respeito às divergências pacíficas que se consegue, com segurança, separar Estados nos quais existe democracia real, daqueles nos quais a palavra democracia se apresenta somente como um véu destinado a ocultar o autoritarismo vigente nas relações de poder no seio do aparelho estatal.

Dessa forma, põe-se, como um dilema atual da democracia representativa, se desvencilhar dos modelos autoritários de governo que buscam se apropriar de mecanismos que lhe são inerentes, como forma de serem aceitos na comunidade internacional como Estados democráticos.

Na atualidade, essa faceta cínica de governos ditatoriais vem se revelando cada vez mais presente. Estados nos quais não há transparência na forma de exercício do poder e a liberdade de

---

<sup>7</sup> Reconhecemos a existência de diversas controvérsias no tocante ao significado do termo “ideologia”. Neste trabalho, utilizamos tal vocábulo como sendo o conjunto de ideias incrustadas na estrutura de governo do Estado, tidas como hegemônicas e como as únicas ao quais se deve atribuir respeito, sendo, por consequência, utilizadas como argumentos de autoridade por quem se encontra no exercício do poder.

opinião é uma distante quimera, apresentam-se como “democráticos”, ainda que somente no discurso. Rejeitar esse mecanismo desonesto de tais governos, relegando-os à condição de párias no mundo democrático, é uma necessidade premente. Somente dessa forma é possível trazer credibilidade às instituições democráticas e neutralizar o discurso dissimulado de Estados autoritários.

### 2.3 Liberdade de manifestação do dissenso e limites a serem observados

A liberdade de opinião é um elemento indissociável da democracia representativa. Externar visões divergentes, quer elas sejam de cunho político, religioso, filosófico etc., faz parte do próprio exercício democrático. A insatisfação com determinadas formas de condução da gestão estatal pode ensejar o surgimento de manifestações de rua que precisam ser respeitadas e ouvidas dentro de um ambiente de diálogo democrático. Procurar silenciar tais vozes faz parte da política de Estados autoritários, sendo um comportamento incompatível com a democracia.

O ambiente democrático deve primar pela exposição das divergências, pelo debate de ideias, pelo confronto de opiniões. Jamais deve existir qualquer pretensão de primazia de uma visão única, pois, em surgindo tal ambiente, não se pode mais falar da existência de democracia em tal Estado. O problema desponta, no entanto, quando a manifestação das divergências deixa de ser pacífica e assume contornos violentos. É nesse ponto que se impõe um acentuado desafio para a democracia moderna.

*As manifestações violentas não podem ser toleradas numa democracia.* Isso porque, quando não há respeito e diálogo, minam-se os próprios fundamentos existenciais da democracia, pois sob o argumento de proteção da ordem e supressão do caos, grupos autoritários podem se aproveitar da oportunidade aberta pelos distúrbios e extirpar a democracia das relações estatais.

O que se verifica, em geral, nos movimentos violentos, é que eles não estão preocupados com o bem-estar do ambiente democrático. Ao contrário, a democracia para eles não é um valor a ser preservado, mas apenas como um meio para que objetivos de grupos que pregam, por exemplo, a supressão do Estado, a expropriação patrimonial e outras ideias similares, sejam alcançadas. A democracia para eles não é um fim. Serve apenas para que possam, como mais liberdade, procurar implodir o ambiente político ou econômico em face do qual manifestam discordância. A manifestação violenta é inimiga da democracia.

O ambiente político brasileiro, anterior ao golpe de Estado de 1964, é um típico exemplo de como as manifestações violentas não estão preocupadas com a democracia, mas apenas buscam se utilizar dela para alcançar os seus ideais.

No início da década de 1960, confrontavam-se, no Brasil, duas linhas principais de pensamento que, de certa forma, refletiam o ambiente da guerra fria que se instaurou após a Segunda Guerra Mundial. De um lado, postavam-se os movimentos políticos mais alinhados com a visão do liberalismo econômico, difundida pelos Estados Unidos da América e seus aliados. Do outro, colocavam-se os movimentos de esquerda, alinhados com a União Soviética, e que procuravam instituir, no Brasil, um Estado Comunista similar ao que fora implantado na Rússia pela Revolução Bolchevique de 1917. Nenhum desses lados tinha qualquer compromisso com a democracia representativa. Ela era apenas um meio pelo qual os lados opostos procuravam difundir as suas posições, na expectativa de formação do ambiente político adequado à apropriação do aparelho estatal.

Portanto, não é verdadeira a afirmação de que, em 1964, prevaleceu um golpe ditatorial contra a democracia. O que se verificava é que os dois lados confrontantes não tinham qualquer compromisso democrático, pois se em vez de um golpe de direita tivesse prevalecido os intentos dos vários grupos alinhados à União Soviética, a democracia também não teria subsistido.



A mesma conjuntura de utilização da democracia, como um meio para a implantação de regimes incompatíveis com o ambiente democrático, também se fez presente na Europa no momento histórico anterior à Segunda Guerra Mundial. Isso porque, tanto o Fascismo na Itália, como o Nazismo na Alemanha, valendo-se das débeis estruturas democráticas ainda existentes em seus territórios, delas se utilizaram para a edificação das estruturas dos Estados Totalitários mais nocivos já vistos até então.

O que esses exemplos históricos demonstram é que, se realmente há compromisso com a democracia como valor a ser preservado, *os movimentos violentos precisam ser combatidos com firmeza*. Não se pode aceitar o engodo que eles procuram difundir no sentido de que, dentro de um ambiente democrático, eles gozam do direito de se contrapor ao que eles julgam equivocado no Estado ou na sociedade, ainda que para isso precisem se utilizar da violência. É dessa forma que devem ser encaradas as manifestações violentas que começaram a ganhar cada vez mais espaço no Brasil, a partir de junho de 2013.

Movimentos violentos, denominados genericamente como “black blocs”, que se acham no direito de destruir o patrimônio público ou privado em nome da defesa dos seus ideais (se é que eles possuem algum), não podem jamais ser tolerados. Não se pode confundir direito à exposição divergente, dentro do ambiente democrático — que deve ser externada de forma pacífica — com a violência vazia praticada por esses grupos. Ser complacente com eles significa transigir com a preservação da democracia.

É importante destacar que, ao se utilizarem da violência, esses movimentos inibem até mesmo a manifestação democrática. No Brasil, por exemplo, o que se viu foi uma notória aniquilação das manifestações de insatisfação popular que tiveram o seu ápice em junho de 2013 em virtude, exatamente, da violência desses grupos denominados genericamente de “black blocs”. Ao buscarem criar um clima de confrontação com as forças do Estado, tratando policiais como inimigos que devem ser combatidos como se em campo

de batalha estivessem, esses grupos demonstram o pouco apreço que possuem à democracia. Ela, como já foi dito, é encarada por eles apenas como um meio, mediante o qual eles buscam se proteger do exercício da força pelo Estado. Não se pode aceitar esse estratagema.

*Manifestações violentas não são democráticas.* Elas não respeitam divergências de opinião, não têm compromisso com a liberdade de seus oponentes e não buscam reformar o Estado dentro de um ambiente democrático. Por isso, não se pode legitimar a sua atuação nem impedir que o Estado as reprima de forma enérgica, pelo bem da própria democracia.

Podem-se questionar os limites da repressão estatal aos movimentos violentos. Esses limites estão fixados na própria legislação penal. Dano deve ser tratado como dano, homicídio como homicídio, organização armada como organização armada. Não deve existir qualquer complacência com crimes cometidos por manifestantes violentos. Não é aceitável o argumento de que por se tratar de suposta manifestação popular, deve-se relevar os eventuais crimes que venham a ser cometidos nestas ocasiões.

O dilema que se coloca para a democracia, neste ponto, se atém em garantir o direito à livre manifestação popular, sem, no entanto, externar complacência com movimentos violentos. Dentro de uma democracia, as mudanças são operadas mediante o livre confronto de ideias, os grupos políticos devem se alternar no exercício do poder mediante a escolha dos cidadãos, o direito à crítica deve integrar o processo de debate de opiniões. A busca por modificações na gestão estatal, fora desse ambiente, não pode ser considerada como compatível com a democracia.

Nesse contexto, é importante destacar que não estamos fazendo juízo de valor a respeito de ser a democracia o melhor regime e que, por consequência, deve ser protegido de forma absoluta. Não é esse o nosso propósito, ainda que não consigamos vislumbrar qualquer regime político que seja, em nossa opinião, melhor do que a democracia atualmente. No entanto, *o que sustentamos é que, se a democracia é vista como um valor a ser preservado, as manifestações*

*violentas são com ela incompatíveis e, por conseguinte, devem ser reprimidas dentro dos limites postos na legislação.*

Os limites da repressão estatal também é objeto de discussão. Não é legítima a atuação da força do Estado que exceda os patamares necessários à contenção da violência dos manifestantes. Admitir que policiais agredam manifestantes desarmados, por exemplo, constitui comportamento que deve ser devidamente sancionado pelas normas em vigor. Aqui, novamente, insere-se um binômio fundamental para a existência da democracia a que já nos referimos anteriormente, ou seja, *respeito às divergências pacíficas e controle eficiente do exercício do poder*. A força policial, quando exercida de forma desproporcional aos limites necessários à contenção da violência nas manifestações, retira, do Estado, a sua legitimação repressiva.

Acreditamos que a democracia não pode transigir com a violência, quer ela parta de manifestantes, quer seja oriunda de agentes do Estado. A violência mina as bases da própria democracia representativa, que devem ser firmadas em elementos de tolerância e respeito ao próximo.

Portanto, consideramos como antidemocráticos todos os comportamentos de oposição violenta. A democracia, desde os seus primórdios, é firmada no *diálogo*, na *construção de soluções negociadas*, na *convivência entre opostos*. Se estes valores soarem como utópicos, é porque teremos que concluir que a própria democracia representativa não passa de uma quimera, de um belo elemento de discurso, sem concretização no mundo dos fatos.

## CONCLUSÃO

Ao longo deste ensaio, buscamos abordar três situações problemáticas envolvendo a democracia na atualidade. Tratam-se de pontos que, se não forem adequadamente tratados, podem levar a supressão prática da democracia representativa.

A questão envolvendo a *redução acentuada da esfera de atuação privada, do indivíduo imune à ingerência do Estado* deve ser controlada

por uma legislação transparente, aplicada por um Poder Judiciário independente, que detenha mecanismos eficientes para combater qualquer abuso estatal.

Já o *descrédito institucional*, decorrente do mascaramento de práticas autoritárias por um discurso democrático, pode ser neutralizado por meio de uma avaliação do Estado a partir de dois pilares fundamentais da democracia representativa, ou seja, deve-se aferir se há, no Estado, *respeito às divergências e controle eficiente do exercício do poder*. Ausente algum desses elementos fundantes, o Estado não é democrático e a eventual existência de direitos sociais não passa de uma espécie de barganha compensatória pela supressão de direitos civis e políticos.

Por fim, a problemática envolvendo as *manifestações populares violentas* deve ser enfrentada por meio da utilização de mecanismos legais que, ao identificar a presença de uma conduta criminoso, trate-a como tal, não sendo possível que delitos sejam minimizados ou desconsiderados com base no argumento de que foram praticados num ambiente de manifestação popular, garantido pela liberdade inerente à democracia. Tal discurso não pode ser aceito, uma vez que as manifestações violentas não têm compromisso democrático e se prestam, apenas, ao alcance de objetivos que, geralmente, não colocam uma real democracia representativa entre eles.

## REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução Roberto Raposo; introdução Celso Lafer. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1983.

ARISTÓTELES. *Política*. Tradução Mário da Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985.

BOBBIO, Norberto. *Três ensaios sobre a democracia*. Tradução Sérgio Bath. São Paulo: Cardim & Alario Editora, 1991.

\_\_\_\_\_. *A teoria das formas de governo*. Tradução Sérgio Bath. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

BRASIL. Lei n. 13.010 de 26 de junho de 2014. Altera a Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para estabelecer o direito da criança e do adolescente de serem educados e cuidados sem o uso de castigos físicos ou de tratamento cruel ou degradante, e altera a Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 27 jun. 2014. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2011-2014/2014/Lei/L13010.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13010.htm)>. Acesso em: 11 ago. 2014.

CONSTANT, Benjamin. “A liberdade dos antigos comparada à dos modernos”. Disponível em: <<http://epl.org.br/files/2013/06/012-015.pdf>>. Acesso em: 3 ago. 2014.

“COREIA do Norte anuncia eleição com 100% dos votos para Kim Jong-Un. Folha de São Paulo, São Paulo, 10 mar. 2014”. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2014/03/1423150-coreia-do-norte-anuncia-eleicao-com-100-dos-votos-para-kim-jong-un.shtml>>. Acesso em: 3 ago. 2014.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *O paradoxo de Rousseau: uma interpretação democrática da vontade geral*. Rio de Janeiro: Rocco, 2007.

SORTO, Fredys Orlando. “O projeto jurídico de cidadania universal: reflexões à luz do direito de liberdade”. *Anuario hispano-luso-americano de derecho internacional*, Madrid, Vol. 20, p. 103-126, ene./dic. 2011.

\_\_\_\_\_. “O uso da força nas relações internacionais: da paz perpétua ao terceiro ausente”. In: TOSI, Giuseppe (Org.). Norberto Bobbio: democracia, direitos humanos, guerra e paz. João Pessoa; Ed. Universitária da UFPB, 2013, v. 2, p. 335-361.



# COMUNIDADES TRADICIONAIS QUILOMBOLAS E INDÍGENAS

---

**André R.C. Fontes**

Desembargador no Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo), Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Doutor em Ciências Ambientais e Florestais pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ).

---

## RESUMO

A formação das comunidades tradicionais quilombolas e indígenas como elemento conceitual dos conhecimentos tradicionais é tratada no texto como resultado de caminhos diferentes na sua origem e desenvolvimento, mas com alguns pontos de comunicação entre os dois grupos étnicos. A apreciação conjunta e comparativa dos grupos que compõem o povo brasileiro poderá indicar a trajetória dos problemas enfrentados no território e sua atual acomodação no território nacional.

**Palavras-chave:** Conhecimentos tradicionais — Modelos de adaptação — Escravidão — Família negra — Mulher negra — Autóctone — Grupos étnicos — Caiçaras — Ribeirinhos.

A sociedade humana é, por sua essência e estrutura, a forma mais complexa de existência do que se compreende e se conhece. Ela é parte específica e peculiar da natureza, a que se opõe, em certo sentido, todo o restante da natureza. Uma relação entre sociedade e natureza estaria mais além do que um simples resultado de uma interação de forças cegas, impessoais e espontâneas.

O fato de que em sociedade atuem homens dotados de razão e vontade, que estabelecem objetivos, tarefas que lutam para lográ-los, serviu, no passado, e com frequência serve em nossos dias de obstáculo aos antropólogos, sociólogos e historiadores, quando estudam a essência, as causas dos processos e fenômenos sociais.

A autenticidade, interpretada dessa forma e conservando todo o significado de verdade objetiva, tem um determinado sentido no processo de compreensão do verdadeiro conhecimento das formas de pensamento humano.

A seguir este estudo especial e detalhado das diferentes formas de enunciar o problema e expressão das ideias e teses contemporâneas sobre o problema e do significado de comunidade tradicional. Ocupando-se e destacando-se o problema, o significado de dito conceito deve ser examinado a luz de diferentes aspectos, cada um dos quais merece certa atenção e cuidado.

A necessidade de solucionar o problema do significado e uma ampla compreensão do que se entende por comunidade tradicional é determinado, acima de tudo, ao menos na direção deste trabalho, pelo o *locus* onde são produzidos e desenvolvidos os conhecimentos tradicionais. Ao mesmo tempo em que a importância dada ao local, como portadora da determinação eficaz do significado, devem ser levados em consideração, além do espaço-sede, a complexidade e diversidade das comunidades tradicionais em espécie. A atitude aparentemente irreconciliável dos contextos sociais, econômicos, culturais, religiosos, políticos e legais que circundam essas comunidades, marcados pela exclusão social, econômica e legal, associados a um constante afastamento ou mesmo isolamento geográfico, só não parece pior que a pobreza, em termos de ingresso econômico,



que se torna a essência de uma paridade considerável e é justo generalizar a experiência de nunca ser a diferença entre elas.

A vida em cada comunidade é de todo evidente muito complexa e multifacetada. O que está escondido por detrás dessa vida aparentemente saudável e feliz das populações tradicionais é verdadeiramente a miséria humana e de dificuldades resultantes da indiferença quando não muito da crueldade com que são tratadas. Quanto mais óbvio o incompleto sucesso do tratamento dado a essas comunidades, e de viver segundo as formas em que é incessantemente mantida, é justamente que a sua diversidade e toda manifestação diferenciada que ela considera que se deve atuar plena e ativamente na sua tutela. Essa diversidade é o ponto característico ou mesmo a regra comum diante de uma variedade de línguas, regiões, culturas, organizações sociais e políticas.

O processo de conhecimento dessas sociedades não representa apenas o desenvolvimento lógico das próprias categorias estudadas e conhecidas, pois os grupamentos mais antigos têm em si mesmo diferenças com os mesmos integrantes originais, com um grupamento mais novo ou mesmo entre um, outro e terceiros grupos. Essas diferenças entre comunidades, como ocorre em um país vizinho a outro, pode significar um reforço à estagnação e ao descompasso, mas que pode também significar, ao contrário, que um grupo progrediu e se desenvolveu. As sociedades arcaicas têm em comum muitas vezes suas diferenças com as sociedades às quais se dá o nome de históricas, mas diferem tanto entre elas como as sociedades europeias umas das outras.

A compreensão da essência das diferenças dos povos indígenas chama atenção em um ritmo imanente dos conceitos se fosse considerado sobre o processo de estudos sobre os indígenas, somente se considerado o caso do Brasil. Uma tentativa de sintetizar todos os resultados sobre a base prática atual posta em manifesto não diretamente todo o processo de conquista e a assimilação que sofreram, a tal ponto que os afastaria de seu próprio conteúdo original.

Encontramos grupos indígenas assentados em suas terras ancestrais dentro das fronteiras brasileiras, mas os grupos maiores habitam regiões mais amplas que transcendem as fronteiras de um único Estado e permanecem em duas ou mais fronteiras. Os guaranis estão dispersos entre países da Região do Prata: Brasil, Argentina e Paraguai.

Ao mesmo tempo em que tem isso um aspecto importante no processo de conhecimento verdadeiro de uma comunidade, as diferentes formas e também os diferentes graus de integração da sociedade moderna, em correspondência com os diferentes níveis de conexão com os mercados, maior ou menor assimilação de padrões culturais forâneos, incluído aí o maior ou a menor aceitação das estruturas jurídicas e sociais formas existentes, formam elementos que se mesclam na constatação, por exemplo, com os variados interesses relativos às plantas medicinais e suas aplicações.

Aqui é sumamente importante o respeito veraz acerca da apreciação das formas cognitivas de compreensão das comunidades, seja pela similitude, seja pela diferenças, é muito difícil delimitar os pontos comuns que permitam uma definição unívoca do que seriam as comunidades tradicionais que compreendessem comunidades indígenas, quilombolas (identificadas com as negras) e caiçaras (assim chamadas comunidades dos povos ribeirinhos), que ficam incluídas no conceito de comunidade tradicional em razão das especificidades culturais da população que a compreende.

Isso significa que a diversidade cultural pode ser entendida tanto do ponto de vista das diferenças existentes entre comunidades indígenas e locais, como do ponto de vista das diferenças entre as muitas comunidades, por exemplo.

Se se fizesse um exame das comunidades quilombolas, haveria de se estabelecer suas relações com a história colonial e monárquica do Brasil até a abolição da escravatura, bem como os vínculos com os territórios em que se encontravam. A conquista que empreenderam nas zonas que habitavam e a forma como foram incorporados ao espaço geográfico em que se encontram provoca a indagação da

origem cultural das regiões africanas, de onde procediam e, acima de tudo, explicar os lugares e o desenvolvimento histórico nos distintos momentos e circunstâncias.

A história das comunidades tradicionais quilombolas não é inseparável da história do homem negro no Brasil e das diversas etapas históricas a que haveria de se dividir os estudos. O próprio tráfico negreiro seria importante porque denunciaria a origem e a época que a população negra capturada formaria base para os grupos correspondentes de assentamentos humanos dos fugidos das correntes. A identificação étnica do homem escravizado poderia estabelecer por seu conhecimento próprio ou capacidade de comunicação uma maior ou menor aproximação com as raízes africanas. O lugar de procedência poderia indicar uma maior quantidade de indivíduos de uma única origem.

O propósito de contribuir com uma classificação originária da população das comunidades é a única maneira de determinar sua identificação. Uma exposição sintética é a única que se faz possível, especialmente pelas particularidades culturais e econômicas dessas comunidades verdadeiramente silvícolas, que devem ser objeto de um estudo cuidadoso para serem incorporadas nos novos ordenamentos. Deve ser advertido que as diferenças mais notórias entre as regiões não significa um aspecto estático do problema, não obstante essas diferenças serem necessariamente respeitadas e valoradas. Mas, para evitar generalizações, que podem resultar até mesmo de conclusões odiosas ou prejudiciais à rica e heroica história dessas comunidades, não se deve olvidar que elas resultam também de movimentações internas, como seriam as do Nordeste para a Região Sudeste, por conta das crises, movimentos emancipacionistas nordestinos e até mesmo guerras como as travadas com os holandeses.

Para os estudiosos dos povos negros da América, o que surpreende do processo de adaptação física e cultural dos africanos abruptamente transplantados ao Novo Mundo, é a sua capacidade de produzir novos modos culturais, chamados por alguns de *modelos de adaptação*.

Trazidos de diferentes lugares e pertencendo a diferentes grupos étnicos, com tradições e línguas distintas, as levas de escravos e logo os fugitivos e mesmo os libertos criaram novos padrões culturais, alguns deles, a partir de elementos de indubitável ancestralidade africana, outros novos e muitos, sincretismos de elementos da cultura dominante ou de incorporações ou assimilações indígenas.

O homem negro, na América, amalgamou e gerou, em um processo sem igual de adaptação cultural, modelos culturais próprios. Nos processos de liberdade dos escravos, diversos da legalidade escravagista, associada a formas particulares de ocupação das terras mais distantes, produziram um tipo particular de comunidade, em certa medida com uma grande capacidade de expansão, por flexibilidade nas alianças, na extensão de critérios de parentesco e por um profundo sentimento de segurança.

O extenso processo histórico de conflitos de luta pela liberdade e sobrevivência da população negra, no período escravagista, provocou a formação de um quadro muito particular, de relações sociais e territoriais entre as próprias comunidades negras, além de contatos reais com outras, especialmente as indígenas, a despeito de ocuparem terras que poderiam gerar, por si só, conflitos com o índio. Seria certo afirmar que a comunidade negra necessariamente deve ter entrado em conflito com as comunidades índias, a fim de estabelecer estratégias de convivência, ainda que forçada, além da resolução outros tipos de conflitos sociais, dentre os quais de compadrio e parentesco.

O negro deve ter aprendido com o indígena muitas de suas formas de produção, pois, a sua vez, desenvolveu singulares formas de trabalho e aproveitamento do meio natural. A ocupação da gente negra das zonas mais úmidas e arredores constituiu um dos processos mais originais e interessantes de adaptação da vida humana na floresta tropical americana.

A comunidade rural negra está conformada por uma rede de unidades domésticas, em muitas vezes matriarcais, compartilham territórios e desenvolvem o trabalho em grupo, à míngua de espaço

hábil para as realizações. Essas famílias ou unidades domésticas, que fazem parte de comunidades, se caracterizam também pela permanente prole ao redor da mulher, da autoridade das avós e dos tios maternos, embora a autoridade social seja exercida pelo homem na figura do pai, padrasto ou o tio vinculado à unidade familiar.

A autoridade nas comunidades mais recentes está muito diluída, mas os homens a exercem de maneira informal, na condição de mais velhos. E isso reforça o poder exercido dentro do parentesco pelos tios maternos. As mulheres mais velhas, as avós, exercem um papel determinante na vida comunitária, especialmente associado às crenças e práticas religiosas.

Essas atitudes de liderança podem resultar tanto de homens como de mulheres. A mulher, por seu papel hegemônico, e por sua relativa independência, não tem as limitações de participação comum em outras sociedades rurais. A poligamia é uma instituição muitas vezes aceita, tanto pelas implicações econômicas como para ter uma grande descendência, que o poder da maternidade poderia dar. Nessas comunidades, a segurança que gerava, com uma grande mobilidade espacial e social, permitiu uma grande circulação de parentes, a ampliação do grupo ou da comunidade, de modo que, nesse complexo, faz-se relação com as formas de posse e diversidade das fontes de subsistência, relacionadas com a oferta ambiental e os espaços de uso do território. As normas sociais familiares de posse e distribuição da terra e utilização dos recursos naturais permite bem compreender a forma encontrada como a que se desenvolveu na história e na dinâmica da ocupação territorial das comunidades negras e das suas congêneres indígenas.

Essa ocupação surge do estabelecimento de espaço dos escravos que conseguiam fugir da escravidão, e a partir daí, o estabelecimento de um sistema de parentesco. A apropriação territorial a torna um segmento comunitário especial no grupo das comunidades porque ela se constitui a partir de grupos quilombolas originais para formar comunidades negras remanescentes da quilomboagem. Nesse grupo, um segmento comunitário que controla uma

parte do rio, ou as redes correspondentes, por meio de parentes, permite a distribuição melhor entre membros do grupo, que se torna espaço essencialmente comunitário dedicado a labores e colheita de um grupo maior dentro da comunidade.

Nessas comunidades negras, há a definição de um território comum, em posse coletiva, mas uma posse *pro diviso*, e dessa forma se mantém livre de conflitos internos e, porque não dizer, também, com comunidades vizinhas. O interior desse território é marcado por regras próprias de ocupação e exploração, normalmente pela titularidade do primeiro a ocupar a área. Desse modo, considera-se o dono na mesma e fixa os termos da sua ocupação. Essa ocupação se faz mediante um convite a parentes para se incorporem ao local e também ajudem a trabalhar na terra.

Todo o estudo desses grupos comunitários negros e remanescentes dos quilombos está associado à figura do próprio quilombo. O processo de reconhecimento do quilombo e da sua formação está longe de alcançar algum consenso acadêmico ou científico. Mas os confins das terras comunitárias das populações negras surgem da dinâmica dos quilombos, sem o qual não é possível entender os estudos dos territórios comunitários.

Os quilombos eram, já em 1740, conhecidos pela administração colonial portuguesa, como destino agrupado dos escravos fugidos e em menor número, de indígenas e até mesmo por indivíduos reputados brancos. É, de certa maneira, e sem uma unidade característica e conceitual, um fenômeno do Brasil, da América espanhola e Suriname, embora o Haiti, independente em 1804, até essa data, também apresentasse comunidades com as mesmas características.

É difícil de identificar, de forma precisa, a língua que emprestou o termo quilombo ao léxico português. Duas versões ou teorias são conhecidas. A primeira de que *quiombo* vem do quimbundo *kilombo* ou do umbundo *ochilobo*. Essas duas línguas são de povos bantos, que habitavam a terra de Angola e da parte da África Ocidental.

O termo *kilombo* (quimbundo) ou *ochiombo* (umbundo), assim como em outras línguas similares, significa cemitério, e era associado

às religiões animistas locais. Ao longo do tempo, passou a significar as paragens ou acampamentos ou mesmo cabanas, que faziam o comércio de cera, escravos e outros itens cobiçados pelos colonizadores. Foi no Brasil que o termo “quilombo” ganhou o sentido de comunidade autônoma de escravos fugitivos.

Como um exemplo para esse tipo de segmentação, pode-se citar o quilombo Campinho da Independência, localizado no Município de Paraty, entre os povoados de Pedra Azul e Patrimônio, é banhado pelo Rio Carapitanga, além de conter cachoeiras e vegetação de Mata Atlântica.

Diferentemente dos demais quilombos do país, cuja origem é desconhecida, a história oral registra que foi fundado por três escravas, de nome Antonica, Marcelina e Luiza, que, excepcionalmente, tinham cultura e posses, pois eram do grupo de escravos que habitavam a casa-grande. É provável que as terras tenham sido originadas de fazendas abandonadas logo após a abolição da escravatura no País.

Os conhecimentos dos remanescentes de quilombolas estão associados à alimentação, às plantas medicinais e aos utensílios domésticos.

A Comunidade remanescente de quilombos do Campinho da Independência está localizada na parte central da Área de Preservação Ambiental (APA) do Cairuçu, no Distrito de Paraty-Mirim, 2º Distrito do município de Paraty.

O clima da região é do tipo CWa, segundo a Classificação de Köpen, com temperaturas moderadas e verão quente e chuvoso. A precipitação anual média é de 1947,7 mm, em uma série de 34 anos, e a temperatura anual média, em uma série de 24 anos, é de 22,3°C (dados da Estação Meteorológica da Eletronuclear em Angra dos Reis, RJ). As vegetações nativas remanescentes são florestas de encosta do tipo omblófila densa submontana.

Foi estimado em cerca de 200 anos o tempo de existência da comunidade do Campinho, iniciando quando três mulheres negras receberam terras da fazenda de seu senhor e nelas reuniram

escravos libertos pelas fazendas da adjacência. As terras do Campinho da Independência foram titularizadas em março de 1999, sendo a área definida como somatório de 13 posses que totalizam 287,9 ha.

A autenticidade, interpretada dessa forma, e conservada com todo o significado de verdade objetiva, relacionada às comunidades, tem um determinado sentido no processo de compreensão e de conhecimento do verdadeiro conteúdo das fontes do pensamento corrente.

O teor de um estudo especial e pormenorizado das diferentes formas de escravismo e a expressão correspondente dos movimentos destinados à liberdade ocupam um destacado lugar, muito além desta breve menção. O sentido de dita afirmação, que se examina muito superficialmente, assume, igualmente, em relação às comunidades indígenas, certa atenção que, a despeito da importância reconhecida, cada uma mereceria certa atenção, que não poderá ser alcançada nestas linhas.

Uma análise mais pragmática, destinada a obter a compreensão do significado mais essencial, introduzirá o conceito indígena e o reduzirá a um plano concreto, determinado e parcial.

Considerando o mais extenso significado que os povos indígenas merecem, deve ser lembrado que os primeiros europeus que aportaram no continente eram comandados por um italiano chamado Cristóvão Colombo. Este navegava a serviço do governo espanhol. Acreditou ter chegado às Índias, por isso chamou de índios os habitantes da terra onde chegara. Por causa desse erro inicial de Colombo, a palavra acabou sendo consagrada até os dias atuais. Somente alguns anos mais tarde constataram, os europeus, que Colombo não havia chegado às cobiçadas Índias, como então era conhecida a Ásia Oriental, mas a outro continente, o novo continente, a América.

Chegados ao continente americano, os europeus se depararam com um mundo novo que os deixou admirados. Eram paisagens inteiramente desconhecidas, com plantas e animais que nunca tinham visto até então. Além das plantas exóticas, coloridas por folhagens



e flores variadas encontraram uma surpresa maior, que foi a presença de seres humanos falando palavras incompreensíveis e com hábitos incomuns. Tinham pele avermelhada, andavam seminus e descalços; tinham cabelos longos lisos e não possuíam pêlos nas partes visíveis do corpo. Os homens carregavam armamentos feitos de madeira endurecida, de que eram exemplos lanças, tacapes e até arcos e flechas, conheciam venenos (bororé e curare), além de enfeitarem as orelhas, o nariz, o lábio inferior com pedaços de ossos ou de madeira, e muitas vezes usavam enfeites de penas coloridas na cabeça. Viviam em família, agrupados em torno de um grupo maior, tinham habitações rudimentares, cultivavam a terra, praticavam a caça, a pesca e faziam a colheita, conheciam utensílios domésticos como vasos e cuias e usavam um tipo de colher, feitos a partir do barro, da tabatinga e de material ressecado da floresta. Não conheciam a propriedade, a riqueza e o dinheiro. Tinham culinária própria e consumiam alimentos que os europeus desconheciam, além de plantas medicinais que os mantinham em condições de enfrentar os desafios da região. Professavam um animismo que variava mais ou menos um em relação ao outro, a depender dos grupos étnicos e da capacidade de comunicação. Alguns eram canibais.

Os habitantes autóctones do novo continente ficaram curiosos e igualmente desconfiados dos europeus porque assustados diante daqueles seres estranhos que desembarcavam nas praias das ilhas e do continente americano, viam que muitos dos recém-chegados eram ruivos e louros, e não poucos tinham barba e bigode. Às vezes, usavam brilhantes armaduras e carregavam objetos estranhos, que faziam barulho e matavam. Esse plano de compreensão era agravado pela constante e repetida indagação, incompreensível para os nativos respeito da palavra ouro.

É importante lembrar que quanto mais os europeus penetravam pelas terras continentais, mais heterogêneas populações indígenas conheciam. Ao mesmo tempo em que seguiam pelo interior e conheciam mais grupos populacionais, algumas indagações começaram a surgir entre os europeus. Dentre elas, a mais importante,

e que afetava decisivamente a existência desses povos, é a de se saber se os índios seriam seres humanos. Em caso afirmativo, haveria de se saber como enquadrá-los, já que possuíam caracteres físicos e culturais tão diferentes dos povos brancos, negros e amarelos.

Todo o processo de conhecimento levou tempo e muito esforço de indagações e respostas. Alguns europeus chegaram a afirmar que os índios não eram seres humanos e que não possuíam alma. E usavam argumentos bíblicos em suas premissas. É que o livro afirmava que eram brancos, amarelos e negros os homens criados por Deus e os índios possuíam peles avermelhadas, e, portanto, não podiam ser criaturas de Deus. Que os indígenas americanos, por serem tão diferentes dos tipos humanos conhecidos, não podiam descender de Adão e Eva. E se a Bíblia afirma que, desse casal, descendiam todos os homens, não haveria como explicar a cor avermelhada da pele dos índios americanos. Tanto assim que adoravam, no seu animismo, o Sol, a Lua, as forças da Natureza, e até era comum a prática de sacrifícios humanos.

A transcendência da questão ligava-se fundamentalmente ao fato de que, não sendo seres humanos, os índios poderiam ser legalmente escravizados. Foi preciso que o papa Paulo III, na bula *Universis Christi Fidelibus*, de 1536, afirmasse que os indígenas eram verdadeiros homens e, assim sendo, constituíam seres racionais e aptos a serem convertidos ao catolicismo. Tal orientação pontifical motivada, segundo alguns, pelo interesse da Igreja Católica em buscar compensações no continente americano, para as perdas que sofria com a expansão da Reforma Protestante na Europa, o que redundou em uma catequese sistemática, assimilação e miscigenação, e foi capaz de verdadeiramente ampliar o número de católicos, ao ponto de ser o continente o maior contingente.

Tudo isso parece ter importância porque, pouco depois, a Coroa Espanhola proibiu a escravização das populações indígenas, o que nem sempre foi acolhido pelos colonizadores espanhóis e demais europeus. O momento culminante no estudo da população autóctone se dá com uma polêmica questão que se prende à origem

dos índios americanos. Já em 1520, o cientista Teofrasto Paracelso afirmava que os indígenas americanos, por serem tão diferentes dos tipos humanos conhecidos, não podiam descender de Adão e Eva. E se dizia que ao afirmar a Bíblia que, desse casal, descendiam todos os homens não haveria como explicar a cor avermelhada da pele dos índios americanos. Paracelso, como a maioria dos europeus, desconhecia que muitas sociedades indígenas tinham o hábito de pintar a pele. E não era somente com tinta de cor avermelhada, também usavam a cor preta, amarela e outras mais. Como punha em dúvida afirmativas da Bíblia, Paracelso acabou caindo nas malhas da Inquisição. Para não perder a vida, retratou-se. Seu caso serviu de exemplo para aqueles que não levassem em conta a estreita união existente entre Igreja e Estado. Na época, os Estados Nacionais absolutistas empenhavam-se em preservar a unidade religiosa, considerada fundamental para a continuidade da unidade política. Nesses Estados, era evidente o esforço dos reis em colocar sob seu controle a Igreja e o clero existentes em seus domínios. Complicava-se a questão ainda mais pela ocorrência das reformas, que intensificavam a intolerância e o fanatismo religioso. Reforçou-se inclusive a crença de que a Bíblia era a fonte de todos os conhecimentos. Não é de se espantar que inúmeros estudos, então elaborados, procurassem demonstrar que os indígenas eram americanos descendentes de povos citados na Bíblia. De acordo com essa concepção, os indígenas seriam alóctones, ou seja, teriam chegado ao continente americano procedente de outra terra.

Ao longo dos séculos XVI e XVII, a tendência era apresentar os indígenas como descendentes de egípcios, hebreus, cananeus, fenícios ou de povos semitas. Como exemplo das explicações empregadas pelos defensores da origem bíblica do homem americano, citamos o espanhol Benito Arias Montano. Em 1593, ele publicou a obra *Antiguidade Judaica*, na qual afirmava serem, os indígenas, descendentes de populações judaicas, primeiras povoadoras da América. Um dos argumentos para justificar a descendência judaica dos indígenas seria o fato de que a palavra Peru constituía um anagrama

de Ophir. Ophir ou Ofir era um país oriental onde comerciantes judeus iam buscar ouro, perfumes, marfim, madeiras preciosas e outras mercadorias de valor. Não se sabe, com certeza, onde se situava a fabulosa Ofir. O mais provável seria de que fosse um reino localizado em terras do Lêmem, ou da Somália atuais. Montano argumentava ainda que o Peru constituía, como Ofir, uma região riquíssima em ouro e prata, e que a palavra índio era uma corruptela de *iudio*.

Outro grupo de teorias, que não se prendia a passagens da Bíblia, foi elaborado por autores que afirmavam ter sido a América povoada por populações procedente de áreas litorâneas do mar Mediterrâneo. Para fundamentar suas teorias, buscavam paralelismos culturais entre antigos povos mediterrâneos, egípcios, gregos, romanos, espanhóis, hititas, etruscos, cários e sírios. O paralelismo cultural, tomado em outros aspectos particulares, nada prova, porque os grupos humanos são capazes de criar comportamentos semelhantes independentemente de interpretações culturais ou influências externas.

A título de ilustração das ideias presentes nos trabalhos dessa corrente da origem mediterrânea, lembramos que alguns entendiam que eram originários dos gregos porque, no Brasil, viviam as Amazonas, mulheres guerreiras que teriam vindo de terras gregas; sendo excelentes navegadores, os gregos foram fundadores de numerosas colônias, inclusive no continente americano; assim como se afirmava que o príncipe troiano Enéias fora para a Península Italiana após a Guerra de Troia, os argonautas também viajaram para a América. Outro autor escreveu que o povoamento da América foi de origem espanhola. E indicava que indígenas e espanhóis diziam *ah!*, quando se espantavam, e faziam *ah! ah! ah!*, quando riam. Informava ainda que a primeira imigração se deu na época de Osíris, rei egípcio.

Somente a partir do século XIX, a questão da origem do homem americano começou a ser discutida segundo critérios científicos, o que não impediu que continuassem a surgir publicações com afirmativa atualmente considerada equivocada. Foi o caso dos

defensores da origem autóctone e, portanto, do monogenismo do homem americano. Ainda que tivesse precursores, como Samuel Morton, foi o palentólogo Florentino Ameghino, italiano de nascimento, mas argentino naturalizado, o principal defensor da tese de que o homem americano era originário da própria América. Suas afirmativas estavam baseadas em diversos achados de esqueletos humanos (crânio e ossada), ossos de animais extintos (como o mastodonte), pedras lascadas, terra cozida e outros achados feitos em escavações realizadas em diversas regiões da Argentina em fins do século XIX.

A ideia de que esse material pertencia à Era Terciária – uma das Idades Geológicas da Terra e que se estendeu até quinhentos mil anos – dava, à América, a primazia de ser o centro inicial da humanidade. As teorias de Ameghino provocaram grande celeuma, pois várias conclusões eram de bases puramente especulativas. Cientistas, sobretudo norte-americanos, não hesitaram em viajar até a Argentina a fim de examinar os fósseis e terrenos que Amerighino utilizava para formular suas afirmativas. Atualmente, são aceitas as teorias dos aloctonismo polegenista. Estudiosos como o argentino Salvador Canals Frau e o francês Paul River, comprovaram que a primeira imigração verificou-se, realmente, através de um istmo que, em passado remotíssimo, unia a América e Ásia, onde hoje existe hoje o estreito de Bering.

Na etapa de desenvolvimento, além desses primeiros povoadores mongóis, seguiram-se novas ondas migratórias de coletores e agricultores, procedentes da Polinésia, da Ásia Oriental (Malásia) e da Austrália. Embora existam divergências quanto à data da entrada do homem na América, recentes descobertas arqueológicas apontam as primeiras migrações ocorrendo entre 35 mil e 20 mil anos atrás, provavelmente há 27.500 anos. Em 1975, todas as teorias existentes sobre a origem e a antiguidade do homem americano foram por terra em consequência de revelações feitas a partir de um fóssil encontrado no fundo de uma caverna no Estado de Minas Gerais. Esse fóssil era um crânio, que resumidamente pertencia a uma mulher, e que teria vivido há cerca de 11.500 anos. Ele foi

chamado pelo nome de Luzia e assim se tornou mundialmente conhecido. Após ser estudado por cientistas da Universidade Federal do Rio de Janeiro e Universidade de São Paulo, o achado foi enviado à Universidade de Manchester, na Inglaterra, onde foi feita a reconstituição facial desse crânio. As conclusões a que se chegaram foram muito mais complexas, se comparadas com as conclusões até, então conhecidas, são realmente espantosas. Ficou comprovado, com o resultado das pesquisas, que os primeiros seres humanos a povoarem o continente americano não eram asiáticos, mas pertenciam, em verdade, a grupos negróides. Além disso, ficou demonstrado que esses homens e mulheres chegaram muito antes do que vinham afirmando os defensores de outras teorias.

Na história dos primeiros agrupamentos humanos, consta que se desenvolveram em um isolamento quase total e se encontravam no estágio cultural da selvageria, a despeito de já pertencerem à espécie *Homo sapiens*, se considerado o ponto de vista da Antropologia Física, e de acordo com a classificação do antropólogo norte-americano Lewis Henry Morgan.

## REFERÊNCIAS

BALLETTI, Franca. *Sapere tecnico sapere locale*. Florença: Alinea, 2007.

BECHER, Tony. *Tribus y territorios académicos*. Trad. Andrea Menegotto. Barcelona: Gedisa, 2001.

BELLO, Angela Ales. *Culturas e religiões*. 2ª ed. Trad. de Antonio Angonese. São Paulo: EDUSC, 1998.

BETANCOURT POSADA, Alberto; CRUZ MARÍN, José Efraín. *Del saber indígena al saber transnacional*. México: UNAM, 2009.

DIEGUES, Antonio Carlos; VIANA, Virgílio M. *Comunidades tradicionais e manejo dos recursos naturais da Mata Atlântida*. São Paulo: HUCITEC NUPAUB/CEC, 2004.

DONATO, Luz Marina. *et alii. Mujeres indígenas, territorialidad y biodiversidad en el contexto latinoamericano*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2007.

GONZÁLEZ GRANDIÓN, Ximena Andrea. *Legitimación de conocimientos tradicionales*. Saarbrücken: Editorial Académica Española, 2011.

GRENIER, Louise. *Conocimiento indígena*. Trad. Oscar Chavarría Aguilar. Cartago: Editorial Tecnológica de Costa Rica, 1999.

KOSZUOSKI, Adriana, *Conhecimentos tradicionais*. Cuiaba: Carlini & Caniato, 2006.

LAYTON, Robert. *Teorie antropologiche*. Trad. Stefano Montes. Milão: Il Saggiatore, 2201.

LITTLE, Paul E. *Conhecimentos tradicionais para o século XXI. Etnografias da intercientificidade*. São Paulo: Annablume, 2010.

LÓPEZ Y RIVAS, Gilberto. *Antropologia, etnomarxismo y compromiso social de los antropólogos*. México: Ocean Sur, 2010.

OST, Francois. *A natureza à margem da lei*. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

RAMOS, Arthur. *As culturas européias e europeizadas*. Rio de Janeiro: CEB, 1975.

SANCHEZ, Enrique. ROLDAN, Roque. SANCHEZ, Maria Fernanda. *Derechos e identidad*. Bogotá: Disloque, 1993.

SOUZA, Allan Rocha de. *Direitos culturais no Brasil*. Rio de Janeiro: Azougue, 2013.

TAVARES, E. M. F. *Avaliação de políticas públicas de desenvolvimento sustentável: dilemas teóricos e pragmáticos*. Holos, anos 21, maio, 2005.





# A AÇÃO POPULAR AMBIENTAL

---

**Gabriel Wedy**

Juiz Federal. Visiting Scholar pela Columbia Law School. Doutorando e Mestre em Direito pela PUC-RS. Professor de Direito Ambiental na ESMAFE/RS e Professor Convidado do Curso de Pós-Graduação em Direito Ambiental da Unisinos. Ex-Presidente da Associação dos Juízes Federais do Brasil- AJUFE e da Associação dos Juízes Federais do Rio Grande do Sul- AJUFERGS/ESMAFE.

---

## RESUMO

O presente artigo aborda a ação popular ambiental como instrumento de tutela do meio ambiente e eficaz para a reparação dos danos ambientais e para a responsabilização dos poluidores sob o regime da Constituição Federal de 1988. São analisados, no ensaio, aspectos processuais controvertidos pela doutrina em relação à ação popular ambiental.

**Palavras-chave:** Meio Ambiente - Ação Popular - Dano Ambiental- Constituição.

## ABSTRACT

This article is about citizen action as a tool to environmental protection and the reparation of environmental damage and also for accountability of polluters under the regime of Brazilian Constitution. This essay will discuss the procedural aspects of the controversial doctrine about environmental citizen action.

**Keywords:** Environment - Citizen Action - Environmental Damage- Constitution.

## INTRODUÇÃO

O ensaio parte da origem romana da ação popular ambiental, passando por sua evolução histórica, sem descurar do direito comparado, até a sua configuração atual, generalidades e peculiaridades. É fundamental, ao se escrever sobre ação popular ambiental, fixar o seu objeto e a sua função de instrumento de tutela de direitos transindividuais, como o direito ao meio ambiente equilibrado em respeito às presentes e futuras gerações. O texto será construído dentro deste paradigma.

Nesta perspectiva intergeracional, se fará uma análise sobre aspectos processuais controvertidos que envolvem a ação popular ambiental, seja no aspecto doutrinário, seja na jurisprudência, com uma visão crítica e propositiva, no sentido de se conferir maior efetividade ao instituto para tutelar e proteger o meio ambiente de forma ampla, responsável e eficaz.

### 1 AÇÃO POPULAR: breve histórico

Em Roma, a noção de Estado ainda não estava definida. Assim, a falta de um Estado bem caracterizado era compensada com uma noção não bem elaborada de povo e nação romana. A relação entre o cidadão e a coisa pública era embasada na convicção de que a última pertencia a cada um dos cidadãos romanos. Todo o cidadão se sentia legitimado para pleitear em juízo em nome dessa universalidade indivisa e constituída pela coletividade. Por consequência disto, a sociedade gentílica da época era bastante receptiva à iniciativa dos cidadãos que se dispusessem a tutelar os interesses daquela coisa pública comum indivisa.

Para Vezio Crisafulli:

I Romani non possedevano una nozione così netta e precisa come la mostra, della personalità giuridica dello Stato, che per essi, soprattutto nei primi tempi, doveva identificarsi

sostanzialmente con il populos, dano luogo ad uma penetrazione di interessi fra il singolo civis e la civitatis, incomparabilmente più intensa che non nel diritto pubblico moderno.<sup>1</sup>

Nesse sentido, a ação popular romana, embora exigisse um interesse pessoal e direto exercido pelo titular do direito, era também uma exceção a este princípio, porque através dela os cidadãos perseguiram fins altruístas e não individualistas, de defesa de bens e valores mais altos dentro da comunidade. A regra em Roma seria a legitimação ordinária, tal qual a reconhecida nos dias atuais pelo nosso CPC em seu art. 6º [art. 18 do NCPC], mas se abria exceção quando se tratava de ação popular: *Nisi pro populo* [Gaio, IV, 82].

Daí o festejado aforismo de Paulo, invocado por José Frederico Marques, (magistrado e processualista paulista, prolator da primeira sentença em ação popular no Brasil): *Reipublicae interest quam plurimus ad defendam suam causa* (interessa à República que sejam muitos os defensores de sua causa).<sup>2</sup> A maioria das ações populares romanas possuía natureza penal e sancionava, com multas pecuniárias, muito semelhantes em suas finalidades, as modernas ações cominatórias e os interditos proibitórios.

José Afonso da Silva divide as ações populares romanas da seguinte forma:

[...] *.de sepulchro violato*, de base pretoriana, contra o violador de sepultura ou outra *res sacrae*; **de effusis et deiectis, contra quem atirasse objetos sobre a via pública**; de *positis et suspensis*, contra quem mantivesse, perigosamente, objetos em sacada ou beira de telhado; de *albo corrupto*, contra quem adulterasse o álbum [edito do pretor], prevendo-se pena de quinhentos áureos; de *aedilitio edicto et redhibitione et quanti minoris*, que tomava caráter popular quando instrumentada pelo edito de *bestiis*, objetivando impedir que animais perigosos fossem levados a lugares frequentados pelo público; de *termino moto*, contra os que deslocassem as pedras demarcadoras das propriedades privadas; de *tabulis*, para impedir

<sup>1</sup> CRISAFULLI, Vezio. Verb. *Azione Populare*. Nuovo Digesto Italiano.

<sup>2</sup> MARQUES, José Frederico. *As ações populares no direito brasileiro*, RT 266/7.

que o herdeiro abrisse a sucessão em caso de morte violenta da autora da herança, sem primeiro apurar a responsabilidade dos servos do falecido, a quem se reconhecia o dever de defendê-lo; *assertio in libertatem*, para se obter a liberdade de um escravo; *interdito de homine libero exhibendo*, semelhante ao nosso hábeas corpus; de *collusione detegenda*, promovível em caso de conluio entre escravos e seus antigos donos, quando estes declarassem que aqueles haviam nascido livres; *accusatio suspecti tutoris, vel curatoribus*, para proteção de tutelados e curatelados; havia ainda uma ação popular para proteção dos legados *ad pias causas* e para restituição de somas perdidas em jogo.<sup>3</sup>

Dentre os romanos, já se manejava a ação popular com o intuito de tutelar a moralidade e o meio ambiente, no sentido de não poluir vias públicas. Para Rafael Bielsa a ação popular servia às instituições administrativas “referidas à ordem pública, ao uso público, as liberdades públicas e à moralidade das autoridades, bem como a respeito dos que desempenhavam funções e cargos públicos”.<sup>4</sup>

É de se observar que, na gênese da ação popular, os romanos buscavam um governo honesto que respeitasse a coisa pública. A ação popular era o meio judicial posto à disposição do cidadão romano para o controle dos atos de gestão dos homens públicos. Cai a talho lição de autoria de Pothier:

O povo romano, extinto há largo tempo, sobrevive ainda nas suas Leis, e por elas domina os povos: perdendo a glória de governar o mundo pela força das armas, parece que ele não fez mais do que trocá-la pela de governar para sempre pela sua razão e pela sua justiça.<sup>5</sup>

Em suma, a ação popular é mais um legado que foi deixado pelos romanos para o direito, e legado democrático e saudável que

<sup>3</sup> SILVA, José Afonso da. *Ação popular constitucional*, Ed. RT, São Paulo, 1968, p. 388-390.

<sup>4</sup> BIELSA, Rafael. *A ação popular e o poder discricionário da administração*, RF 157/37.

<sup>5</sup> *Apud*, PORCHAT, Reinaldo. *Curso elementar de direito romano*, p. 13.

permite a participação dos cidadãos na fiscalização dos atos dos homens de Estado e que se constitui também em uma manifestação direta da democracia participativa.<sup>6</sup> O sentido de preservação do meio ambiente já existia, ainda que de modo rudimentar, entre os romanos.

Na Idade Média, não prosperou o instituto da ação popular, como afirmado por Rodolfo de Camargo Mancuso:

Naturalmente, uma tal simbiose cidadão-Estado não deve ter prosperado nos séculos obscuros da Idade Média, onde medraram o autoritarismo feudal, as monarquias absolutistas, a religiosidade ambígua e aterrorizante da Santa Inquisição.<sup>7</sup>

É de se observar que, como mecanismo do exercício democrático da cidadania, a ação popular, ao longo da história medieval, não prosperou e nem poderia prosperar em um período tido e havido como uma era negra, em que se matou e cometeu atrocidades na busca desmesurada pelo poder político e econômico, utilizando-se, de forma maquiéista, o nome de Deus no seu aspecto mais mítico e sacro.

### 1.1 A ação popular no direito comparado

No direito contemporâneo, o primeiro registro de uma ação popular deu-se na Bélgica, mais precisamente através da lei comunal de 30 de março de 1836 e, logo, o mesmo se daria em França com a lei comunal de 18 de julho de 1837. Posteriormente, foram editadas na Itália: a Lei de 26 de outubro e a Lei de 20 de setembro de 1859, a primeira sobre eleições administrativas e a segunda, sobre eleições propriamente políticas. Na Itália, hoje, se podem elencar ações populares de cunho político-eleitoral; de impugnação à formação de listas eleitorais administrativas; de impugnação à lista de

<sup>6</sup> Ver WEDY, Gabriel. "Ação popular". *Revista de Processo – RePro* 154. ano 32. Dezembro, 2007. 37-62. São Paulo: Ed. RT.

<sup>7</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Popular*, p. 42.

jurados; de elegibilidade de conciliadores e vice-conciliadores; de fiscalização das instituições de beneficência e sobre impostos comunitais e provinciais.

Afirma Mancuso, acerca da experiência italiana, que:

...à semelhança do ocorrido no Brasil, no Estado Novo, e na Espanha franquista — a ação popular veio a ser suprimida no período fascista, a confirmar a tese de Néelson Carneiro, de que tais ações são flores exóticas nos regimes absolutos; de fato, seu histórico mostra que elas precisam da luz difusa dos regimes democráticos e do calor que se irradia do respeito às liberdades individuais.<sup>8</sup>

Na França, não se pode afirmar que existe uma autêntica ação popular nos moldes da que temos no Brasil e em outros Estados, isto porque o procedimento que mais se assemelha a ela é o *recours pour excès de pouvoir*, que é processado junto ao *Conseil d'État*. Segundo a doutrina exposta por Solus e Perrot, na ação civil, não se admite outro interesse que não seja o pessoal e direto:

Pour être admis à entre en justice, il faut en effet avoir été directement et personnellement lésé dans ses intérêts propres. Em droit judiciaire prive, on ne saurait tolérer qu'un simple particulier prit l'initiative de saisir un tribunal en invoquant l'intérêt d'autrui, celui d'une collectivité ou simplement l'intérêt plus diffus que toute personne peut avoir à ce que la loi soit respectée.<sup>9</sup>

Em Portugal, desde 1.976, a ação popular é prevista por disposição Constitucional (art. 52 da Constituição Portuguesa). A Lei n. 83, de 31.08.1995, regula o direito de participação popular em procedimentos administrativos e o direito de ação popular propriamente dito. O art. 1º da referida lei deixa claro que a mesma tutela a saúde pública, o ambiente, a qualidade de vida, a proteção do consumo de bens e serviços, o patrimônio cultural e o domínio

<sup>8</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular*. p. 45.

<sup>9</sup> *Apud*, obra cit., p. 45.

público. Possuem legitimidade ativa, para o ajuizamento desta ação, quaisquer cidadãos no gozo dos seus direitos civis e políticos e as associações e fundações defensoras dos interesses previstos no artigo anterior, independentemente de terem ou não interesse direto na demanda.

Para Mancuso, o legislador português adotou uma técnica parecida com o instituto do *opt in/opt out* norte-americano (*Federal Rules on Procedure*, rule 23). Os arts. 14 e 15 dessa Lei portuguesa preveem a possibilidade do direito de exclusão, por parte daqueles que não aceitam ser representados pelo autor popular, para o fim de não serem aplicáveis às decisões proferidas, sob pena de sua passividade valer como aceitação.<sup>10</sup>

A Lei n. 72 da Baviera, em seu §54º, prevê ação popular [*Popularklage*] destinada à defesa de direitos fundamentais previstos no art. 98 da Constituição.

Na América Latina, se pode citar a ação popular tendo o direito argentino como seu precursor através da Lei Eleitoral n. 8.871/12 a chamada Lei Saenz Pena, que leva o nome do seu inspirador, que facultava a qualquer eleitor denunciar todas as faltas e delitos eleitorais ao Poder Judiciário. A atual lei que regula a ação popular na Argentina é de 1951.<sup>11</sup> A Constituição peruana de 1979 prevê ação popular em seu art. 295.<sup>12</sup>

No Estados Unidos da América, como referido por José da Silva Pacheco, foi estabelecida a *citizen action*, que visa à proteção ambiental e a *class action*, que tutela determinada classe de pessoas. Vigoriti conceitua a *class action* da seguinte forma:

La class action è un istituto predisposto per la tutela di un serie di situazioni individuali di uguale contenuto e ugualmente orientate. Sul piano dei contenuti, lo strumento processuale non appare finalizzato alla tutela di alcuna

<sup>10</sup> Obra cit., p. 47.

<sup>11</sup> Artigo cit., RF 157/36.

<sup>12</sup> PACHECO, José da Silva. *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*, p. 557. 4ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2002.

particolare situazione sostanziale e deve ritenersi invece utilizzabile per la tutela dei diritti più diversi. L'esperienza mostra che vi sono situazioni sostanziali che meglio di altre si prestano ad essere difese con la class action, situazioni che se potrebbero definire naturalmente o necessariamente collettive, come ad esempio quelle che riguardano la tutela dell'ambiente, i consumatori, il risarcimento dei danni provocati da lesioni di massa, ecd., ma è certo comunque che l'utilizzazione della class action non è esclusa per nessun tipo di situazione sostanziale a dimensione superindividuale.<sup>13</sup>

Na Inglaterra e na Austrália, existe a figura jurídica da *relator action*, mediante a qual uma pessoa ou associação, com autorização do *general attorney*, pode agir em juízo em casos de perigo público.<sup>14</sup>

## 1.2 A ação popular no Brasil

A ação popular entrou para o constitucionalismo brasileiro através da Carta Política de 1934 e foi suprimida com o advento do Estado Novo em 1937, sendo restabelecida no ordenamento por disposição constitucional (art. 141, §38, da CF/46). A ação popular foi mantida pelas Constituições ditatoriais de 1967 (art. 150, §31) e de 1969 (art. 153, §31). A Constituição de 1988, em seu art. 5º, inciso LXXIII, concedeu a ação popular o seu contorno atual nestes termos:

*Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.*

O Constituinte de 1988 acrescentou a moralidade administrativa e o meio ambiente como bens a serem tutelados por via de ação popular. Como bem referido por Teori Albino Zavascki:

<sup>13</sup> VIGORITI, Vincenzo. *Interessi collettivi e processo*. La legitimazione ad agire. Milano: Giuffrè, 1979. p. 31-32.

<sup>14</sup> Obra cit., p. 557.



Chamam a atenção dois significativos acréscimos aos bens tuteláveis: a moralidade administrativa e o meio ambiente. É reflexo natural da valorização desses bens jurídicos pelo novo regime constitucional, que erigiu a moralidade como princípio de administração pública [art. 37] e que alçou o meio ambiente ecologicamente equilibrado à condição de “bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações [art. 225].<sup>15</sup>

Nas constituições de 1934, 1946, 1967, 1969 e 1988 pode-se observar, com efeito, a manutenção da legitimidade ativa para o ajuizamento da ação popular atribuída a “qualquer cidadão” e a sua finalidade pela busca de uma declaração de nulidade dos atos lesivos ao patrimônio público. No âmbito infraconstitucional, a ação popular, ação processada pelo rito ordinário, teve o seu trâmite regulamentado pela Lei n. 4.717/1965, que assim dispôs em seu texto:

Art. 1º. Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista [Constituição, art. 141, §38], de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de 50% [cinquenta por cento] do patrimônio ou da receita anual de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.

§1º Consideram-se patrimônio público, para os fins referidos neste artigo, os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico.

---

<sup>15</sup> ZAVASCKI, Teori. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*, págs. 84-85. São Paulo: Ed. RT, 2006.

Este é um breve panorama da ação popular ao longo da história da humanidade e, especialmente, no Brasil. Resta claro, portanto, que a partir da Constituição de 1988, a ação popular pode e deve ser manejada para a tutela e defesa do meio ambiente.

## 2 OBJETO

A ação popular tem como objeto a defesa de bens públicos e difusos (meio ambiente). Em se tratando de ação popular para a defesa do meio ambiente, o procedimento a ser adotado, segundo Fiorillo, seria o previsto na Lei de Ação Civil Pública e no Código de Defesa do Consumidor, que são os marcos regulatórios da jurisdição civil coletiva. Em se tratando de bens de natureza pública, o procedimento seria o da lei específica da ação popular previsto na Lei 4.717/1965.<sup>16</sup>

A jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça posiciona-se no sentido da aplicação e interpretação da Lei 4.717/1965 para ampliar a proteção do meio ambiente. Neste sentido, recente *leading case*:

Processual civil e administrativo. Agravo Regimental no Recurso Especial. Cabimento da *ação popular*. Revogação da lei municipal que se pretendia anular. Não exaurimento do objeto do feito. Possibilidade de utilização da *ação popular* para proteção do meio ambiente. 1. “A Lei 4.717/1965 deve ser interpretada de forma a possibilitar, por meio de *Ação Popular*, a mais ampla proteção aos bens e direitos associados ao patrimônio público, em suas várias dimensões (cofres públicos, meio ambiente, moralidade administrativa, patrimônio artístico, estético, histórico e turístico)” (REsp 453.136/PR, Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, *DJe* 14/12/2009). Outro precedente: REsp 849.297/DF, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, *DJe* 8/10/2012. 2. O fato de a Lei Municipal n. 4.437/1996, logo após a sua edição, ter ido revogada pela Lei Municipal n. 4.466/1996 não ostenta a propriedade de exaurir o

---

<sup>16</sup> FIORILLO, Celso Antônio. *Princípios do direito processual ambiental*. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 252.

objeto da *ação popular*. Deveras, o autor *popular* pretende a recomposição do dano *ambiental* e o embargo definitivo da obra de terraplanagem, além da invalidação da Lei Municipal posteriormente revogada. Logo, o processamento da *ação popular* é medida que se impõe. 3. Agravo regimental não provido. [STJ]. 1ª Turma. Relator Ministro Benedito Gonçalves. REsp 1151540. DJE. 20.06.2013].

É mais acertada a orientação jurisprudencial, em relação à posição doutrinária citada, uma vez que o rito ordinário da Lei 4.717/1965 é específico para a *ação popular* que pode tramitar de modo independente de eventual *ação civil pública* (coletiva) na proteção do meio ambiente.

### 3 A NATUREZA TRANSINDIVIDUAL DOS INTERESSES TUTELADOS

Como já asseverado, a *ação popular*, desde a sua origem, em Roma, tem como característica distintiva e marcante o fato de que o seu exercício pode se dar por qualquer membro da coletividade, atendidos certos requisitos, para a defesa dos interesses coletivos.

A legitimação ativa é reservada a qualquer cidadão (art. 1º) que atua na condição de substituto processual. Ou seja, em nome próprio, defende os interesses de toda a coletividade. Teori Albino Zavascki defende esta posição amparado pela jurisprudência do egrégio STF<sup>17</sup> e é acompanhado também por Ruy Armando Gessinger,<sup>18</sup> Moacir Amaral dos Santos<sup>19</sup> e Seabra Fagundes.<sup>20</sup>

Existe expressiva doutrina que entende que a legitimação do autor *popular* é ordinária, neste sentido Rodolfo de Camargo

---

<sup>17</sup> Ação popular: natureza da legitimação do cidadão em nome próprio, mas na defesa do patrimônio público: caso singular de substituição processual. [STF. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Rcl 424/RJ. DJU 04.09.1996].

<sup>18</sup> Obra cit., págs. 29-30.

<sup>19</sup> *Primeiras linhas de direito processual civil*, vol. I, p. 390, ed. 1978.

<sup>20</sup> *Apud*, Paulo Barbosa de Campos Filho, *Da ação popular constitucional*, p. 167, Edição Saraiva, 1968.

Mancuso,<sup>21</sup> Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci,<sup>22</sup> Wagner Brússolo Pacheco,<sup>23</sup> Álvaro Luiz Valery Mirra,<sup>24</sup> José Afonso da Silva<sup>25</sup> e Hugo Nigro Mazzili.<sup>26</sup>

A posição doutrinária e jurisprudencial que reconhece a legitimidade do autor popular como extraordinária é mais consistente na medida em que coloca o mesmo como substituto da coletividade. É indubitoso que o direito a um meio ambiente equilibrado não pode ser tido como um direito material pessoal e individual do autor popular. Este direito trata-se de direito difuso, sem titular individual definido.

O caso é de substituição processual, em especial na tutela do meio ambiente, porque o cidadão, ao ajuizar a referida ação popular, age em nome próprio em defesa de direito que não lhe pertence diretamente, mas sim a toda a coletividade. O direito ao meio ambiente preservado é um direito que pertence a toda a sociedade e não a um indivíduo isoladamente. O autor popular recebe autorização para agir em defesa da coletividade do art. 1º da Lei n. 4.717/1965 e, em relação ao meio ambiente, da própria Constituição Federal de 1988, em seu art. art. 5º, inciso LXXIII.

## 4 ASPECTOS CONTROVERTIDOS DA AÇÃO POPULAR AMBIENTAL

### 4.1 Legitimidade ativa

O texto constitucional determina no seu art. 5º, inciso LXXIII, que “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular

---

<sup>21</sup> Obra cit., p. 130-131.

<sup>22</sup> TUCCI, José Lauria. *Constituição de 1988 e processo*. Saraiva, 1989, p. 185.

<sup>23</sup> PACHECO, Wagner Bussolo. “Condições da ação popular”. *RDJ* 72/119.

<sup>24</sup> MIRRA, Álvaro Luiz Valery. “Um estudo sobre a legitimação para agir no direito processual civil. A legitimação ordinária do autor popular”, *RT* 618/45.

<sup>25</sup> SILVA, José Afonso. *Ação popular constitucional*, p. 195. São Paulo: Ed. RT, 1968.

<sup>26</sup> MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 106. 7ª. ed. Saraiva: São Paulo, 1995.

que vise a anular ato lesivo [...] ao meio ambiente [...] ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”.

Como referido por Sérgio Porto, sobre a ação popular ambiental:

Além das instituições legitimadas à defesa do meio ambiente, por via constitucional expressa, também a Carta Magna legitimou ao cidadão individualmente a defesa de tais interesses, em face da superlativa importância destes no contexto hodierno.<sup>27</sup>

A prova da cidadania para o ajuizamento da ação popular deve ser feita com o título eleitoral ou documento equivalente (art. 1º, §3º, da LAP). O maior de dezesseis anos e menor de dezoito anos, o analfabeto e o maior de setenta anos, desde que possuam o título eleitoral, podem ser autores da ação popular. Conforme afirmado por José da Silva Pacheco, não podem ajuizar ação popular os que perderam a nacionalidade e os que perderam, ou tiveram direitos políticos suspensos.<sup>28</sup> Esta posição parece mais acertada ante a clareza do texto legal.

Existe doutrina que entende que qualquer pessoa interessada na defesa de um direito difuso ou coletivo pode manejar a ação popular, independentemente da apresentação do título de eleitor ou qualquer outro documento representativo de cadastramento eleitoral ou cumprimento de obrigações eleitorais.<sup>29</sup> Pode-se citar entendimento doutrinário que entende que o título eleitoral ou documento equivalente, como prova de cidadania, poderia ser dispensado

---

<sup>27</sup> PORTO, Sérgio Gilberto; *Comentário ao Art. 5º, inc. LXXIII, da Constituição Federal de 1988* in CANOTILHO, J.J Gomes; MENDES, Gilmar F; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio [Coords]. *Comentários à Constituição do Brasil*. Lisboa: Editora Almedina, 2013, p. 488-490.

<sup>28</sup> Ob. cit., 566.

<sup>29</sup> DIAS, Jean Carlos. “Quem tem medo da ação popular? Uma necessária revisão a respeito do instituto sob a ótica da proteção aos direitos difusos e coletivos.” p. 81. *RDDP*. 21. Dezembro, 2004.

para o ajuizamento de ação popular ambiental, tendo em vista que o art. 225, *caput*, da Constituição Federal, dispõe que todos, indistintamente, possuem o dever de proteger o meio ambiente.<sup>30</sup>

Sustenta Fiorillo que o destinatário do meio ambiente equilibrado é toda a coletividade – brasileiros e estrangeiros aqui residentes –, independentemente da condição de eleitor. Consequentemente, no tocante à proteção dos bens e valores ambientais, o art. 1º, §3º, da Lei 4.717/1965 não estaria recepcionado pela Constituição Federal de 1988.<sup>31</sup> A legitimação ativa não estaria, restrita, portanto, ao conceito de cidadão previsto na Lei 4.717/1965, para a finalidade do ajuizamento de ação ambiental. Todos aqueles que podem sofrer ou sofrem consequências dos danos e lesões ambientais poderiam manejar a ação popular ambiental, inclusive os estrangeiros residentes no país e aqueles que não estão em dia com as suas obrigações eleitorais. Essa interpretação se faz partindo do pressuposto que o bem ambiental possui natureza difusa e não pública, sendo de caráter supraindividual.

Referido entendimento não encontra respaldo na jurisprudência e na doutrina nacional dominante que exigem o título de eleitor para o ajuizamento da ação. Este posicionamento – exigência do título eleitoral para o ajuizamento da ação popular ambiental – é o que melhor se coaduna com o texto constitucional. A pessoa jurídica, obviamente, não tem legitimidade para ajuizar a ação popular como já sumulado pelo STF (Enunciado 365).

## 4.2 Legitimidade passiva

No polo passivo da demanda popular ambiental, existem três categorias de réus: [1] pessoas jurídicas públicas ou privadas

---

<sup>30</sup> ANTONNI, Rossmar Rodrigues Cavalcante de Alencar. A legitimação do autor da ação popular. *Revista de Processo - RePro* P. 71. Vol. 132. Ano 31. fevereiro de 2006. Ed. RT.

<sup>31</sup> FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Princípios de direito processual ambiental*, p. 253.

referidas no art. 1º da LAP, ou seja, as que têm titularidade sobre o patrimônio ambiental atingido; [2] as pessoas responsáveis pela prática do ato lesivo, ou potencialmente lesivo, ou que, por omissão, tiverem causado a lesão ao bem ambiental e, finalmente, as [3] pessoas diretamente beneficiadas pelo ato lesivo ao meio ambiente.

As pessoas jurídicas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º da LAP, as que têm a titularidade sobre o patrimônio jurídico ambiental atingido pelo ato atacado, podem abster-se de contestar a ação e, mais, atuarem ao lado do autor no polo ativo da demanda. Neste caso, permanecendo como réis e contestando, mesmo sucumbindo, em caso de procedência da ação, serão beneficiárias com o produto final da condenação a restauração/recomposição do meio ambiente, podendo, se for o caso, promover a respectiva execução (art. 17 da LAP).

### 4.3 Lesividade e ilegalidade do ato

Existe discussão doutrinária sobre a necessidade da presença do binômio lesividade- ilegalidade do ato para que uma ação popular possa ser julgada procedente. Em sede de jurisprudência, o entendimento histórico do egrégio STF era de que a lesividade e ilegalidade deveriam ser provadas uma e outra, de forma independente, para que a ação popular pudesse ser julgada procedente. Neste sentido *leading case* que teve o voto condutor do Ministro Djaci Falcão.<sup>32</sup> Todavia, nos dias atuais, em sede de jurisprudência, o egrégio STF evoluiu e tem entendido que a lesividade do ato está implícita no próprio conceito de ilegalidade.<sup>33</sup>

<sup>32</sup> STF/RE 77.679. DJU 13.09.1974.

<sup>33</sup> **Ação Popular.** Procedência. Pressupostos. Na maioria das vezes, a lesividade ao erário público decorre da própria ilegalidade do ato praticado. Assim, o e quando da-se a contratação, por município, de serviços que poderiam ser prestados por servidores, sem a feitura de licitação e sem que o ato administrativo tenha sido precedido da necessária justificativa [STF. Relator Ministro Marco Aurélio. RE 160381/SP DJ 12.08.1994].

Em sede doutrinária, Ruy Armando Gessinger<sup>34</sup>, Teori Albino Zavascki<sup>35</sup>, Hely Lopes Meirelles<sup>36</sup> e Rodolfo de Camargo Mancuso<sup>37</sup> entendem que o binômio: ilegalidade-lesividade deve estar presente para que a ação popular possa ser julgada procedente.

É de se entender que a lesão ao meio ambiente por si só é inconstitucional, pois fere o art. 225 da Constituição Federal. Não há necessidade de comprovação deste binômio para a procedência da demanda, porque a lesividade ao meio ambiente, para além de ato ilegal em sentido lato, é ato inconstitucional, que viola o núcleo essencial do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado.

#### 4.4 Medidas cautelares e antecipatórias

São aplicáveis às ações populares o instituto da antecipação dos efeitos da tutela tal qual previsto nos arts. 273, 461, §3º, do CPC [art. 294 do NCPC] por força do que dispõe o art. 22 da Lei n. 4.717/1965, segundo o qual se aplicam, à ação popular ambiental, as regras do Código de Processo Civil, naquilo em que não contrariem os dispositivos desta Lei, nem a natureza específica da ação.

A LAP já previa em seu §4º do art. 5º que “na defesa do patrimônio público caberá a suspensão liminar do ato lesivo impugnado”. Esta medida, sem sombra de dúvida, trata-se de típico exemplo de antecipação dos efeitos da tutela. Observa-se que o instituto da antecipação dos efeitos da tutela está de acordo com a finalidade da Lei de Ação Popular. Segundo o afirmado por Teori Albino Zavascki:

[...] as medidas antecipatórias não se limitam aos casos de defesa do patrimônio público, nem a providências destinadas à

<sup>34</sup> Ver GESSINGER, Ruy Armando. *Da ação popular constitucional*. Porto Alegre: Metrópoles. Coleção Ajuris. Nova Série, n. 1. 1985.

<sup>35</sup> Ver ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Ed. RT, 2006.

<sup>36</sup> Ver MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 27ª ed. Rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

<sup>37</sup> Ver MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular*. 2ª. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 1996.



simples suspensão do ato impugnado, como sugeriria uma interpretação puramente literal do §4º do art. 5º acima transcrito. A aplicação do instituto da tutela antecipada se dá qualquer que seja o objeto específico da ação, sendo cabível tanto em casos de medidas preventivas quanto de repressivas, devendo a providência antecipatória ser a que mais eficazmente possa satisfazer à finalidade a que se destina, de defesa efetiva dos bens e valores tutelados em juízo.<sup>38</sup>

Está expressamente previsto no texto da ação popular uma medida cautelar como consta no art. 14, §4º, que “a parte condenada a restituir bens ou valores ficará sujeita a sequestro e penhora, desde a prolação da sentença condenatória”. A medida cautelar ambiental visa a evitar os danos ambientais enquanto tramita a ação principal pelo rito ordinário e, em sede de antecipação de tutela, reparar os danos ambientais causados e evitar que se perpetuem ou ocorram.

Segundo Teori Albino Zavascki, ao comentar referido dispositivo legal:

[...] esta medida trata-se de medida cautelar que, pela sua singularidade, revela mais uma vez a preocupação do legislador em fazer da ação popular um instrumento de eficácia máxima. À luz dessa indissociável intenção, não há como negar ao autor popular a faculdade de requerer, também, qualquer outra medida cautelar prevista no CPC, quando necessária e adequada, conforme as circunstâncias do caso.<sup>39</sup>

Não há dúvida alguma que o poder geral de cautela do juiz está presente também quando se trata do processamento e julgamento de uma ação popular ambiental. A ação cautelar ambiental é inerente à sistemática de nosso ordenamento. Ademais, a própria lei de ação popular determina a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil naquilo que não a contrariar.

<sup>38</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Ed. RT, 2006, p. 145.

<sup>39</sup> *Ob., cit.*, p.99.

Ao se deferir uma liminar em questão ambiental, com base no princípio da precaução, é importante que o julgador avalie as críticas formuladas por Cass Sunstein ao princípio da precaução nas suas versões mais fortes, que permitem a sua aplicação em virtude de riscos de danos que não estão efetivamente comprovados e que podem gerar custos e novos riscos muito superiores aos benefícios pretendidos. A aplicação de uma versão forte do princípio da precaução pode causar um efeito paralisante sobre atividades econômicas e de pesquisa gerando prejuízo econômico e social. Para isso, Sunstein sugere que se realize uma análise de custo-benefício da medida de precaução a ser adotada.<sup>40</sup>

Embora não possa ser desconsiderada, a posição de Cass Sunstein merece crítica, pois existem bens que não são quantificáveis<sup>41</sup> como meros valores econômicos, o que inviabiliza uma análise de custo-benefício mais precisa. O homem, a natureza e os seres vivos possuem o direito ao respeito,<sup>42</sup> e este muitas vezes dificilmente pode ser valorado de modo pecuniário para que se possa embasar uma decisão justa, com base na pura e simples análise do custo-benefício da medida.<sup>43</sup>

---

<sup>40</sup> Ver SUNSTEIN, Cass. *Laws of Fear. Beyond the Precautionary Principle*. New York: Cambridge University Press, 2005 e SUNSTEIN, Cass. *Worst- Case Scenarios*. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

<sup>41</sup> Sobre os limites morais do mercado e sobre bens e valores fundamentais não precificáveis [ou que o dinheiro não pode comprar] ver obrigatoriamente SANDEL, Michael. *What Money Can't Buy. The Moral Limits of Markets*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2012.

<sup>42</sup> Sandel sugere que é exagerada a alegação kantiana de que o universo moral se divide em termos binários: tudo ou é pessoa, digna de respeito, ou coisa, sujeita ao uso. Para Sandel determinadas coisas e seres vivos [não humanos] possuem o direito ao respeito. Cita os exemplos do quadro de Van Gogh, *A Noite Estrelada*, hipoteticamente usado por um bilionário excêntrico, seu comprador, como capacho e uma sequoia danificada dentro de um parque florestal por um casal de namorados. Ambos, obra de arte e sequoia, seriam merecedores de respeito, não porque sejam pessoas [não o são], mas por serem coisas dignas de apreciação e reverência. Ver SANDEL, Michael. *The case against perfection*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2013, p. 132-133.

<sup>43</sup> Michael Sandel, um dos maiores expoentes do comunitarismo da atualidade e reconhecido pelo próprio John Rawls como o seu mais competente crítico, procura explicar qual a coisa certa a fazer ao se tomar decisões difíceis sem valer-se do

Certos riscos comprovados cientificamente, causados pelo homem, que geram o aquecimento global, o aumento no buraco da camada de ozônio, que colocam em risco a biodiversidade, precisam ser levados em consideração pelo Estado-Juiz na hora de aplicar o princípio da precaução sem que o custo de sua aplicação ou a invocação *ad terrorem* do princípio da reserva do possível sejam impeditivos para a proteção ambiental. Esta análise precisa ser realizada, para além da análise do custo-benefício, sob o crivo do princípio da proporcionalidade, observados os vetores da vedação do excesso e da insuficiência.<sup>44</sup>

Como bem referido por Klaus Bosselmann “ não pode haver prosperidade sem justiça social e não pode haver justiça social sem prosperidade econômica e ambas devem estar dentro dos limites da sustentabilidade ecológica”.<sup>45</sup> Este balanceamento de valores e de direitos fundamentais precisa ser realizado pelo magistrado no momento da prestação jurisdicional nas tutelas de urgência, para além dos requisitos previstos nos arts. 273 e 461 do CPC [art. 294 do NCPC], em uma perspectiva pragmática e consequencialista.

---

utilitarismo. Ver SANDEL, Michael J. *Justice: What's the Right Thing to do?* New York: Farrar, Straus and Giroux, 2010.

<sup>44</sup> Para uma análise mais aprofundada sobre o princípio da precaução ver WEDY, Gabriel. *O princípio constitucional da precaução como instrumento de tutela do meio ambiente e da saúde pública*. Belo Horizonte: Editora Interesse Público, 2009. Ver também WEDY, Gabriel. “O princípio da precaução como instrumento de eficácia do tombamento”. *Revista Interesse Público*, ano 15, n 81, set/out 2013. Belo Horizonte: Fórum, 2013; WEDY, Gabriel. “O princípio constitucional da precaução: origem, conceito e análise crítica”. *Revista Direito Federal*. Ano 26- n 93, 2º semestre 2013. Brasília: Associação dos Juízes Federais do Brasil. Págs. 223-270; WEDY, Gabriel. “O princípio da precaução no plano legislativo internacional e sua análise crítica”. *Revista da Ajufergs*. Associação dos Juízes Federais do Rio Grande do Sul. N. 08. Porto Alegre: Associação dos Juízes Federais do Rio Grande do Sul, 2013, p. 21-48.

<sup>45</sup> Para Bosselman: “No economic prosperity without social justice and no social justice without economic prosperity, and both within the limits of ecological sustainability”. [BOSELNANN. *The Principle of Sustainability: Transforming Law and Governance*. p. 53].

O puro formalismo e o legalismo podem levar a graves equívocos e a danosas e irreversíveis consequências econômicas, sociais e ambientais.<sup>46</sup>

Não se podem desconsiderar as advertências de Richard Poesner, sobre o ato de julgar, no sentido da necessária superação do puro realismo [tendência marcante no início do Século XX nos Estados Unidos] e do formalismo legalista (teoria comportamental judicial dominante) para que sejam também consideradas as consequências e os efeitos das decisões judiciais.<sup>47</sup>

#### 4.5 Intervenção superveniente

No caso dos responsáveis pela prática do ato lesivo ou da omissão lesiva e os beneficiários diretos deste ato ou omissão lesiva ao meio ambiente, a lei admite a intervenção superveniente dos mesmos nos casos em que sua existência ou identidade se torne conhecida no curso do processo e antes de proferida sentença final de primeira instância, promovendo-se, se tal ocorrer, a citação para contestar e produzir prova (art. 7º, inciso III).

#### 4.6 A atuação do Ministério Público na ação popular ambiental

O Ministério Público não é parte legítima para promover a ação popular ambiental, mas possui o dever legal de assumir a posição de sujeito ativo e dar seguimento ao processo em caso de

---

<sup>46</sup> O Professor da Universidade de Chicago e juiz federal Richard Poesner, ao analisar as nove teorias principais do comportamento judicial do juiz norte-americano [atitudinal, estratégica, sociológica, psicológica, econômica, organizacional, pragmática, fenomenológica e legalista], em trabalho brilhante e realista, inclina-se pelo pragmatismo, embora ressalte que as nove teorias principais complementam-se, pois são incompletas e não existe uma que possa prevalecer para todos os casos. Para uma verificação mais aprofundada das nove principais teorias do comportamento judicial norte-americano ver POESNER, Richard. *How judges think*. Cambridge: Harvard University Press, 2010.

<sup>47</sup> Ver o recentíssimo POESNER, Richard A. *Reflections on Judging*. Cambridge: Harvard University Press, 2013.

desistência por parte do primitivo demandante. O *parquet*, obrigatoriamente, atua como *custos legis* na demanda. Assim o Ministério Público acompanhará a ação, cabendo-lhe apressar a produção da prova (ativador de provas) e promover a responsabilidade, civil ou criminal, dos que praticarem atos ambientais lesivos, sendo-lhe vedado, em qualquer hipótese, assumir a defesa do ato ou dos seus autores (art. 6º, §4º da LAP).

Esta disposição final, todavia, não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, pois o Ministério Público possui a função institucional de defesa da ordem jurídica e a prerrogativa constitucional da independência funcional (art. 127, da CF/1988).

Para Teori Albino Zavascki:

Aprovada em época em que o Ministério Público desempenhava também, em muitos casos, a defesa judicial da administração pública, a proibição de assumir a defesa do ato impugnado ou dos seus autores deve ser entendida, apenas, como se referindo à de atuar como representante judicial da parte ré. É a única interpretação que se mostra compatível com o atual regime constitucional [CF, art. 129, inc. IX]. Qualquer outra, especialmente a que acarreta limites à sua livre atuação como *custos legis*, deve ser tida como não recepcionada pela Constituição de 1988.<sup>48</sup>

Não há dúvida que o órgão do Ministério Público, em face de sua independência funcional, pode e, inclusive, deve defender o ato impugnado se este ato estiver de acordo com a legislação constitucional e infraconstitucional e, desde que, o mesmo não cause danos ou risco de danos ao meio ambiente.

Prevê, a referida legislação, a aplicação de pena de desobediência para quem, sem justo motivo devidamente comprovado, negar-se a fornecer ou atrasar a entregar informações ou documentos necessários à instrução do processo que visa a apurar o dano ou a ameaça de dano ambiental (art. 8º), cabendo ao Ministério Público

---

<sup>48</sup> Obra cit., p. 101.

o dever de providenciar para que as requisições, determinadas pelo juiz, sejam atendidas no prazo estabelecido (art. 7º, inciso I, §1º).

#### 4.7 A responsabilidade do Poder Judiciário pelo julgamento do processo em tempo razoável

O Poder Judiciário não ficou incólume às penas da lei, pois o juiz pode vir a sofrer a pena administrativa de não inclusão por dois anos em lista de merecimento e perda de tempo de serviço, equivalente ao retardamento, para efeito de promoção por antiguidade se este, sem justo motivo, comprovado perante o órgão disciplinar competente, deixar de proferir a sentença no prazo estabelecido (art. 7º, parágrafo único).

Este artigo, aliás, foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 (art. 5º, LXXVIII), com mais razão, pela incorporação do princípio da duração razoável do processo ao seu texto. O magistrado, de fato, possui o dever ético e social de prestar jurisdição célere e segura nos processos em geral [art. 4º do NCPC]. Esta obrigação/dever torna-se mais nítida nas ações populares ambientais que visam a reparar/evitar danos ambientais para proteger as presentes e futuras gerações dentro de uma perspectiva intergeracional.

#### 4.8 Eficácia da sentença da ação popular ambiental

A sentença de procedência na ação popular é marcada por sua eficácia desconstitutiva e condenatória. O juiz, ao sentenciar, decreta a invalidade do ato impugnado e condena os responsáveis pela ação ou omissão lesiva ao ambiente, ou beneficiários diretos, ao pagamento por perdas e danos (art. 11) e reparação/recomposição do bem ambiental agredido. É bem verdade que a sentença também possui eficácia declaratória, todavia, valendo-se aqui da classificação quinária das ações de Pontes de Miranda<sup>49</sup>, frisa-se,

---

<sup>49</sup> Sobre a classificação das ações em Ação Declarativa, Ação Condenatória, Ação Mandamental, Ação Constitutiva, Ação Executiva suas distinções e peculiaridades

que a eficácia preponderante da sentença efetivamente é desconstitutiva e condenatória.

Aliás, em relação à eficácia condenatória do comando sentencial, esta fica evidenciada na ordem expedida contra os réus para o pagamento do valor da condenação, das custas e das demais despesas judiciais e extrajudiciais diretamente relacionadas com a ação e devidamente comprovadas, bem como dos honorários advocatícios (art. 12).

#### 4.9 Da condenação do autor popular por lide temerária

A ação popular ambiental, no caso de improcedência possui eficácia declaratória como sói. O autor, todavia, será condenado ao pagamento dos ônus de sucumbência no caso de ficar reconhecido pelo juízo que a lide é manifestamente temerária, caso em que será condenado ao pagamento do décuplo das custas (art. 13).<sup>50</sup>

De fato, a ação popular muitas vezes é utilizada inescrupulosamente para fins político-partidários e eleitorais para desacreditar partidos e pessoas que estão gerindo a coisa pública. O fato de não existir custos para o ajuizamento de ação popular faz com que em alguns casos esta ação constitucional seja utilizada de modo irresponsável como desqualificado e impróprio meio de oposição política. A origem do art. 13 da Lei de Ação Popular está embasada nesta preocupação, para que o autor popular inescrupuloso, inclusive o

---

ver obrigatoriamente PONTES DE MIRANDA. *Tratado das ações*. Vol. 1. São Paulo: Ed. RT, 1970, p. 130-134.

<sup>50</sup> O autor é isento do pagamento de custas processuais e de honorários advocatícios da parte *ex adversa* [art. 5º, inciso LXXIII, da CF/88] justamente para que a cidadania se sinta incentivada em fiscalizar judicialmente os atos dos gestores do patrimônio público e daqueles atos que violam direitos e interesses difusos e coletivos constitucionalmente tutelados. Mas, por outro lado, a lei prevê, em caso de lide temerária, aplicação de uma pesada pena pecuniária para os autores que manejam a ação popular com fins ilícitos ou imorais para fins de exploração político-eleitoral, ou por vinditas privadas, e sem responsabilidade cívica. Observe-se, ao longo da história da ação popular no Brasil, que esta foi muitas vezes utilizada, ao arripio da ética e da moral, para se fazer oposição política e denegrir a imagem de governos, empresas estatais e, até mesmo, de homens públicos.

que maneja ações populares ambientais, seja responsabilizado pelo seu ato temerário.

#### 4.9.1 Coisa julgada (“*secundum eventus litis*”)

Se a sentença for julgada improcedente por ausência de provas de danos ao meio ambiente, não transitará em julgado materialmente e poderá ser ajuizada novamente por qualquer cidadão com idêntico fundamento de lesão ou ameaça de dano ao ambiente, valendo-se de nova prova (art. 18). É preciso impedir que a ação popular seja utilizada de forma arditosa por pessoas que pretendem valer-se de eventual efeito *erga omnes* da sentença para legitimar atos lesivos ao meio ambiente. Neste regime de coisa julgada (*secundum eventum litis*), coloca-se o bem juridicamente tutelado (meio ambiente) a salvo de atuação deficiente do substituto processual. O autor por desídia, má-fé e colusão pode colaborar para a improcedência da demanda.

A sentença, na ação popular ambiental, terá eficácia de coisa julgada oponível *erga omnes*, se for julgada procedente ou improcedente com apreciação de provas. A coisa julgada é peculiar à natureza do direito tutelado (direito transindividual) e ao fato deste ter sido defendido em juízo por substituto processual.

#### 4.9.2 Recursos

Em relação ao sistema recursal, a ação popular ambiental segue a sistemática da legitimidade ampliada da apelação [qualquer cidadão pode apelar de uma ação popular ambiental julgada improcedente]. São cabíveis das decisões, dependendo do caso e do gravame causado, recursos de embargos de declaração, embargos infringentes, recurso especial e recurso extraordinário, tal qual previstos no CPC. Segundo Teori Albino Zavascki:

Embora a Lei não faça menção expressa a respeito, é de se entender, por imperativo lógico, que a regra ampliadora da legitimação para o recurso de apelação estende-se aos



demais recursos posteriormente cabíveis [embargos de declaração, embargos infringentes, recurso especial, recurso extraordinário].<sup>51</sup>

A sentença que extinguir o processo sem o julgamento do mérito e a que julgar improcedente o pedido da ação popular ambiental estarão sujeitas ao reexame necessário (art. 19).

#### *4.9.3 Cumprimento da sentença*

Quanto ao cumprimento da sentença, que determina a reparação e a restauração do meio ambiente, este deverá seguir o rito comum do Código de Processo Civil. No polo ativo, poderá figurar o autor popular ou qualquer outra pessoa que possua título de eleitor. Em caso do autor e nenhum cidadão habilitar-se no prazo de 60 dias a contar da publicação da sentença para impulsionar o seu cumprimento, o representante do *parquet*, sob pena de falta grave, deverá impulsioná-lo (art. 16).

#### *4.9.4 Atividade executória*

Estão legitimados para promover a atividade executória as pessoas e entidades que causaram lesão ambiental mesmo que tenham contestado a ação (art. 17). Há, neste caso, praticamente uma alteração de polo *ex-lege*, ou seja, a lei faculta que o réu, na fase de conhecimento, possa promover a atividade executiva em eventual fase de execução do título executivo judicial de forma a recompor o meio ambiente.

#### *4.9.5 Prescrição e decadência*

O prazo para ajuizar ação popular é de cinco anos a contar do ato lesivo conforme consta no art. 21 da LAP e é de cunho

---

<sup>51</sup> Obra cit., p. 102.

decadencial como afirmado por J.M. Othon Sidou<sup>52</sup> e Ernane Fidélis dos Santos.<sup>53</sup> Em sentido contrário, é o escólio de Heraldo Garcia Vitta no sentido de que o prazo é prescricional.<sup>54</sup> Todavia, se a ação popular for ajuizada para tutelar o meio ambiente esta é imprescritível, no entendimento do mesmo autor, tendo em vista que “trata-se de instrumento de proteção da sadia qualidade de vida das pessoas”.<sup>55</sup>

Fortalece este entendimento o fato do Egrégio Tribunal Regional Federal da Quarta Região já haver decidido pela imprescritibilidade dos danos ambientais. Como bem referido pelo Desembargador Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, relator para o acórdão, nos Embargos Infringentes 2008.71.99.003999-0/RS, ao afastar a prescrição em matéria de dano ambiental:

A pretensão reparatória do dano ambiental coletivo — como se dá na espécie — afigura-se imprescritível. Nesse sentido, colaciono ensinamento de Édis Milaré -

“[...]”

...o Direito enxerga o dano ambiental sob dois aspectos distintos: a) o dano ambiental coletivo, dano ambiental em sentido estrito ou dano ambiental propriamente dito, causado ao meio ambiente globalmente considerado, em sua concepção difusa, como patrimônio coletivo, e b) o dano ambiental individual ou dano ambiental pessoal, sofrido pelas pessoas e seus bens. Assim é porque um mesmo fato pode ensejar ofensa a interesses difusos e individuais, como ocorre, por exemplo, com a contaminação de um curso de água por carreamento de produto químico nocivo. Ao lado do dano ecológico puro ou coletivo identificado, poderão coexistir danos individuais em relação aos proprietários ribeirinhos que tenham suportado a perda de criações ou se privado do uso comum da água contaminada.

<sup>52</sup> SIDOU, J. M. Othon. *Habeas Corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data, ação popular*. As garantias ativas dos direitos coletivos, p. 378. Rio de Janeiro, Forense: 2000.

<sup>53</sup> SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*, p. 208, 3ª.ed. Ed. Saraiva. São Paulo: 1998.

<sup>54</sup> VITTA, Eraldo Garcia. *O meio ambiente e a ação popular*, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 45.

<sup>55</sup> Obra cit., p. 82.

No primeiro caso, ou seja, de ação civil pública veiculadora de pretensão reparatória do dano ambiental coletivo, não conta nosso ordenamento com disciplina específica em matéria prescricional. Tudo conduz, entretanto, à conclusão de que se inscreve no rol das ações imprescritíveis. De fato, o estabelecimento de um prazo para o ajuizamento de ação tendente à composição da lesão ambiental resulta por completo inadequado para os sistema de prescrição. É que a lentidão com que surgem e se manifestam as consequências da contaminação pode chegar a vários anos, circunstância totalmente incompatível com o sistema clássico de prescrição. A doutrina tradicional repete, uníssona, que só a pretensão envolvendo direitos patrimoniais é que está sujeita à prescrição. [...]

Em resumo, não estamos diante de direito patrimonial quando se fala de tutela do meio ambiente difusamente considerado. As pretensões veiculadas na ação civil pública se relacionam com a defesa de um direito fundamental, indisponível, do ser humano; logo, inatingível pela prescrição.

[...].”

— Milaré, Edis. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 3.<sup>a</sup> ed. rev., atual. e ampl. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais

À vista dos fundamentos fáticos e jurídicos que estão a dar azo à presente demanda, verifica-se que a pretensão deduzida visa à reparação de dano ambiental coletivo, razão pela qual não há falar em prescrição. Nesse mesmo sentido, é a iterativa jurisprudência desta Corte e do Superior Tribunal de Justiça, razão pela qual rejeito a preliminar.<sup>56</sup>

O melhor entendimento, de fato, é que a ação popular por danos causados ao meio ambiente é imprescritível. A melhor forma de tutelar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações, com respeito à biodiversidade e, em especial, para evitar o aquecimento global,<sup>57</sup> as emissões de carbono<sup>58</sup> irresponsáveis e a ampliação do

<sup>56</sup> TRF4. 2.<sup>a</sup> Seção. EINF 2008.71.99.003999-0/RS. Relator Desembargador Federal João Pedro Gebran. DE 14.01.2013.

<sup>57</sup> Sobre o aquecimento global ver GIDDENS, Anthony. *The Politics of Climate Change*. Cambridge: Polity Press, 2009; POESNER, Eric A, WEISBACH, David. *Climate Change Justice*. Princeton: Princeton University Press, 2010;

<sup>58</sup> Sobre as emissões de carbono e os seus efeitos nefastos ver AL GORE. *The Assault on Reason*. New York: The Penguin Press, 2007.

buraco na camada de ozônio<sup>59</sup> é a existência de institutos jurídicos sólidos que sejam eficazes para a reparação, restauração e estancamento de atividades prejudiciais ao meio ambiente, que permitam um desenvolvimento atento ao princípio da sustentabilidade.<sup>60</sup>

## CONCLUSÃO

Ao final e ao cabo do presente estudo, sem a menor pretensão de se obter verdades absolutas, as conclusões, sempre sujeitas à crítica acadêmica, em relação a ação popular ambiental e às questões mais controvertidas que a envolvem, são as seguintes:

1. A ação popular ambiental tem a sua origem em Roma. As características e contornos atuais da ação popular, no entanto, têm o seu nascedouro na jurisprudência das cortes inglesas, que acabaram influenciando o direito norte-americano na criação da *class action*, gênero, e da *citizen action*, espécie. A *citizen action* é utilizada nos Estados Unidos para a proteção do meio ambiente. A ação popular ambiental no Brasil guarda estreita semelhança com a *citizen action* do direito norte-americano.
2. A ação popular ambiental tutela o meio ambiente, direito fundamental de terceira geração, que se caracteriza como direito transindividual.
3. Não é necessária, para o juízo de procedência da ação popular ambiental, a demonstração do binômio ilegalidade-lesividade, basta a prova efetiva de ação lesiva ou potencialmente lesiva ao meio ambiente.

---

<sup>59</sup> Sobre o aumento do buraco na camada de ozônio e a necessária aplicação do princípio da precaução ver FARMAN, Joe. *Halocarbons, the ozone layer and the precautionary principle* in HARREMOES, Poul et all. *The Precautionary Principle in the 20th Century. Late Lessons from Early Warnings*. London: Earthscan, 2002. p. 79-89.

<sup>60</sup> Sobre o princípio da sustentabilidade ver necessariamente BOSSELMANN, Klaus. *The Principle of Sustainability. Transforming Law and Governance*. Farnham: Ashgate, 2009 e FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade. Direito ao Futuro*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

4. A legitimação do autor popular é extraordinária, pois ele age na qualidade de substituto processual da coletividade.
5. A lesão ao meio ambiente é fundamento autônomo para o ajuizamento da ação popular.
6. As medidas cautelares e antecipatórias previstas no Código de Processo Civil são aplicadas ao procedimento de ação popular naquilo que não contrariarem a Lei n. 4.717/1965. O princípio da precaução pode e deve ser utilizado, no manejo das tutelas de urgência, quando a atividade potencialmente poluidora estiver acompanhada do risco de dano e de incerteza científica. A inversão do ônus da prova, como um dos elementos do princípio da precaução, pode e deve ser aplicada pelo juiz em defesa do meio ambiente e para evitar o dano ambiental. É do potencial poluidor o ônus de provar que sua atividade não causa riscos ao meio ambiente. Todavia, o princípio da precaução deve ser aplicado observado o princípio constitucional da proporcionalidade para que não paralise injustificadamente empreendimentos econômicos e descobertas científicas.
7. O Ministério Público pode e, inclusive, deve defender o ato impugnado em face de sua independência funcional se entender que o mesmo não viola o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado. Todavia, deve impugná-lo se houver risco de dano ambiental como é do seu dever institucional.
9. A sentença de procedência, na ação popular ambiental, possui, em regra, eficácia desconstitutiva e condenatória, visando à anulação de ato lesivo, à restauração, à recuperação do bem ambiental e à condenação dos poluidores/devastadores ao pagamento de indenização pelo prejuízo ambiental.
10. O regime da coisa julgada na ação popular ambiental é *secundum eventum litis*.
11. O prazo previsto no art. 21 da LAP é de cunho decadencial para a ação popular em geral, mas a ação popular ambiental é imprescritível.
12. Os casos elencados no art. 4º da LAP são hipóteses de lesividade presumida (presunção *iuris tantum*). Nestes casos,

não há que se cogitar de dispensa da prova de lesividade. Ocorre uma inversão do ônus da prova em que o réu tem que provar que não houve lesão aos bens ambientais. O princípio constitucional da precaução reforça esta inversão do ônus da prova em defesa da proteção ambiental e contra o causador do risco ambiental.

13. No STF, existe hoje uma tendência em ampliar os casos de presunção de lesividade que, na maioria das vezes, decorre da própria ilegalidade do ato impugnado.<sup>61</sup> A *fortiori* a presunção de lesividade em tempos de aquecimento global e riscos de danos catastróficos<sup>62</sup> ao meio ambiente necessita ser reconhecida pelo Poder Judiciário na ação popular ambiental.

## REFERÊNCIAS

AL GORE. *The Assault on Reason*. New York: The Penguin Press, 2007.

ANTONNI, Rossmar Rodrigues Cavalcante de Alencar. "A legitimação do autor da ação popular". *Revista de Processo - RePro*, vol. 132. Ano 31. fevereiro de 2006. Ed. RT.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Ação popular no direito brasileiro como instrumento de tutela dos chamados interesses difusos*. Temas de direito processual. 1ª. Série, São Paulo: Saraiva, 1988.

BEZNOS, Clóvis. "A ação popular e a ação civil pública em face da Constituição Federal de 1988." *Revista PGE/SP*, dez. 88.

BIELSA, Rafael. "A ação popular e o poder discricionário da administração." *RF* 157/37.

<sup>61</sup> STF/ RE 120.768 - Relator: Ministro Ilmar Galvão. DJ 13.08.1999.

<sup>62</sup> Sobre a gestão dos riscos de catástrofe e a aplicação do princípio da precaução ver SUNSTEIN. *Cass. Worst-Case Scenarios*. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

BOSELMANN, Klaus. *The Principle of Sustainability*. Transforming Law and Governance. Farnham: Ashgate, 2009.

CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. *Da Ação Popular Constitucional*. Edição Saraiva, 1968.

CANOTILHO, J.J Gomes; MENDES, Gilmar F; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio [Coords]. *Comentários à Constituição do Brasil*. Lisboa: Editora Almedina, 2013.

CRISAFULLI, Vezio. Verb. Azione Populare. Nuovo Digesto Italiano.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Constituição de 1988 e processo*, Saraiva, 1989.

DIAS, Jean Carlos. “Quem tem medo da ação popular? Uma necessária revisão a respeito do instituto sob a ótica da proteção aos direitos difusos e coletivos”. *RDDP* 21. Dezembro, 2004.

FARMAN, Joe. *Halocarbons, the ozone layer and the precautionary principle* in HARREMOES, Poul et all. *The Precautionary Principle in the 20th Century*. Late Lessons from Early Warnings. London: Earthscan, 2002.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle de. “Direitos difusos na Constituição Federal de 1988”. *Revista Dialética de Direito Processual -RDDP*, 1, Abril, 2003.

FRIEDE, R. *Medidas liminares na doutrina e na jurisprudência*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

GOMES, Luiz Manoel. *Ação popular*. “Alteração do polo jurídico da relação processual”. Considerações. *Revista Dialética de Direito Processual* n° 10. Janeiro de 2004.

GARCIA, Maria. “Os requisitos da ação popular e os princípios da interpretação constitucional”. *Repertório de Jurisprudência IOB*.

Caderno 1. Tributário, Constitucional e Administrativo. n. 14. julho de 2001.

GESSINGER, Ruy Armando. *Da ação popular constitucional*. Porto Alegre: Coleção Ajuris – Nova Série n.1. Editora Metrópole, 1985.

GIDDENS, Anthony. *The Politics of Climate Change*. Cambridge: Polity Press, 2009

GRINOVER, Ada Pellegrini, *et all*. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Ed. RT, 1985.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular*. 2ª.ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora RT, 1996.

MARQUES, José Frederico. “As ações populares no direito brasileiro.” *RT* 266/7.

MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 7ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 27ª. ed. rev. e atualizada. São Paulo: Ed. Malheiros, 2004.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. “Um estudo sobre a legitimação para agir no direito processual civil. A legitimação ordinária do autor popular.” *RT* 618/45.

MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 10ª. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2001.

PACHECO, José da Silva. *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*. 4ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2002.

PACHECO, Wagner Brússolo. “Condições da ação popular.” *RDP* 72/119.



PONTES DE MIRANDA. *Tratado das ações*. Vol. 1. São Paulo: Ed. RT, 1970.

PORCHAT, Reinaldo. *Curso elementar de direito romano*. v.1., 2ª.ed. São Paulo: Editora Melhoramentos.

POESNER, Eric A, WEISBACH, David. *Climate Change Justice*. Princeton: Princeton University Press, 2010.

POESNER, Richard A. *How judges think*. Cambridge: Harvard University Press, 2010.

PRADE, Péricles. “Ação popular. Ilegalidade e lesividade: Pressupostos da tutela jurisdicional [Requisitos] ou Condições da Ação? Moralidade Administrativa como Fundamento Autônomo ou Conjugado. Controle das Decisões dos Tribunais de Contas.” *Revista Dialética de Direito Processual - RDDP*. Abril, 2003.

SANDEL. Michael. *What Money Can't Buy. The Moral Limits of Markets*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2012.

\_\_\_\_\_*Justice: What's the Right Thing to do?* New York: Farrar, Straus and Giroux, 2010.

\_\_\_\_\_*The case against perfection*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2013.

SANTOS, Ernani Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 3ª.ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SANTOS, Moacir Amaral dos. *Primeiras linhas de direito processual Civil*, vol. I, ed. 1978.

SILVA, José Afonso da. *Ação popular constitucional*. São Paulo: Ed. RT, 1968.

SIDOU, J.M. Othon. *Habeas Corpus, Mandado de Segurança, Mandado de Injunção, Hábeas Data, Ação Popular*. As garantias ativas dos direitos coletivos. Rio de Janeiro, Forense: 2000.

SLAIB FILHO, Nagib. *Ação popular mandatória*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SUNSTEIN, Cass. *Laws of Fear. Beyond the Precautionary Principle*. New York: Cambridge University Press, 2005.

\_\_\_\_\_. *Worst- Case Scenarios*. Cambridge: Harvard University Press, 2007

VIGORITI, Vincenzo. *Interessi collettivi e processo*. Milão: Giuffrè, 1979.

VITTA, Heraldo Garcia. *O meio ambiente e a ação popular*. São Paulo: Saraiva, 2000.

WEDY, Gabriel. *O princípio constitucional da precaução como instrumento de tutela do meio ambiente e da saúde pública*. Belo Horizonte: Interesse Público, 2009.

\_\_\_\_\_. "Ação Popular". *RePro - Revista de Processo* 154. ano 32. São Paulo: Ed. RT, Dezembro, 2007. 37-62.

\_\_\_\_\_. "O princípio da precaução como instrumento de eficácia do tombamento". *Revista Interesse Público*, ano 15, n 81, set/out 2013. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

\_\_\_\_\_. "O princípio constitucional da precaução: origem, conceito e análise crítica". *Revista Direito Federal*. Ano 26- n 93, 2º semestre 2013. Brasília: Associação dos Juízes Federais do Brasil, p. 223-270.

\_\_\_\_\_. "O princípio da precaução no plano legislativo internacional e sua análise crítica". *Revista da Ajufergs*. Associação dos Juízes Federais do Rio Grande do Sul. N 08. Porto Alegre: Associação dos Juízes Federais do Rio Grande do Sul, 2013, p. 21-48.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Ed. RT, 2006.

# A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS COMO PARADIGMA PARA A CONCRETIZAÇÃO DO CONCEITO DE RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

---

**Frederico Augusto Leopoldino Koehler**

Juiz Federal do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco — UFPE. Professor Assistente do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual — IBDP. Membro da Associação Norte-Nordeste de Professores de Processo - ANNEP.

---

## RESUMO

Este ensaio busca responder à questão sobre qual é o limite de tempo considerado razoável para a duração de um processo. Examinam-se os critérios e elementos adotados por diversas cortes para definição do conceito de duração razoável do processo, dentre eles, os adotados pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, nomeadamente: 1) a complexidade do litígio; 2) a conduta pessoal da parte lesada; 3) a conduta das autoridades envolvidas no processo; 4) o interesse em jogo para quem pleiteia a indenização. Analisa-se, separadamente, o elemento adotado com exclusividade pelo Tribunal Constitucional da Espanha, qual seja, as margens

ordinárias de duração dos litígios do mesmo tipo daquele em que ocorreu a demora excessiva. Conclui-se que tal classificação é amplamente seguida pelos diversos tribunais que apreciam a matéria, sendo interessante seu estudo e eventual adoção no Brasil, embora não esteja imune a críticas. Entende-se, por fim, que não se afigura adequada a recepção do critério extra adotado pelo Tribunal Constitucional da Espanha no Brasil, em virtude da possibilidade de estandardização de índices insatisfatórios, e de aceitação da lentidão processual reinante como algo normal e conforme a Constituição.

**Palavras-chave:** Razoável duração do processo — Elementos de definição — Tribunal Europeu de Direitos Humanos — Tribunal Constitucional da Espanha.

## INTRODUÇÃO

O direito fundamental à razoável duração do processo, dirigido a todos os interessados, no âmbito judicial e administrativo, foi incluído no inciso LXXVIII do art. 5º da Carta Magna, por intermédio da Emenda Constitucional n. 45/2004, a chamada Reforma do Poder Judiciário.<sup>1</sup> Embora tal direito já existisse no sistema jurídico pátrio desde 1992, quando da incorporação do Pacto de San José da Costa Rica, a sua constitucionalização trouxe várias consequências jurídicas que ainda demandam exame mais acurado pela doutrina.

O consectário lógico, e que se percebe à primeira vista, foi tornar inequívoco o *status* constitucional do instituto.<sup>2</sup> Cappelletti leciona que as garantias fundamentais do processo, por mais antigas que sejam, foram gradualmente esquecidas e espezinhadas. Portanto, para que tenham uma aplicação mais efetiva, tais garantias passaram a integrar as modernas Constituições de vários países.<sup>3</sup> Algumas outras decorrências da novel posição da razoável duração do processo são: 1) incentivo à pesquisa e aos estudos doutrinários; 2) uso do princípio como razão de decidir; 3) atuação do Poder

---

<sup>1</sup> Interessante observar-se que o rol de direitos fundamentais do art. 5º permanecia intocado desde a promulgação da Constituição Federal de 1988. A alteração em comento denota, de um modo bastante claro, a importância dispensada pela sociedade brasileira ao tema nos tempos atuais, e o seu anseio por mais rapidez no julgamento dos processos. Vide SPALDING, Alessandra Mendes. “Direito Fundamental à tutela jurisdicional tempestiva à luz do inciso LXXVIII do art. 5º da CF inserido pela EC n. 45/2004”. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, WAMBIER, Luiz Rodrigues, GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel, FISCHER, Octávio Campos e FERREIRA, William Santos (coord.). *Reforma do Judiciário: Primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Ed. RT, 2005, p. 32.

<sup>2</sup> A propósito, a posição constitucional imprime ao princípio todos os atributos inerentes a tal *status*, dentre eles: supremacia, incidência imediata, caráter vinculativo, e ainda, a possibilidade de servir de base ao controle de constitucionalidade, seja pela via concentrada – em sede de ação direta de inconstitucionalidade –, seja pela via difusa – através da interposição de recurso extraordinário. Cf. VIANA, Juvêncio Vasconcelos. “Da duração razoável do processo”. *Revista Dialética de Direito Processual - RePro*, São Paulo, n. 34, jan. 2006, p. 57-58.

<sup>3</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. *Revista de Processo - RePro*, São Paulo, a. 17, n. 65, jan./mar. 1992, p. 139.

Público para concretização do mandamento constitucional; 4) inconstitucionalidade das leis que atentem contra a razoável duração do processo; e 5) indenizabilidade dos danos sofridos com a demora do processo.

A fim de possibilitar a plena eficácia do direito fundamental em estudo, com a concretização de todas as suas finalidades, torna-se imprescindível a busca de uma definição mais precisa do conceito de razoável duração do processo. Com esse intuito, serão estudados os critérios para determinação do conceito de prazo razoável em cada caso concreto, tomando-se como base a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos. Frise-se que o presente artigo enfoca primordialmente os processos cíveis, uma vez que os feitos penais demandariam algumas considerações adicionais, que desbordam dos limites deste estudo.

## 1 CRITÉRIOS PARA DETERMINAÇÃO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

A razoabilidade da duração do processo tem um conteúdo mínimo que permite identificá-la,<sup>4</sup> sem a presença do qual a dilação indevida resta patente. Em alguns casos, com efeito, a ausência de razoabilidade é tão evidente que permite afirmar, sem chance de erro, estar-se diante de um caso em que foi lesado o princípio da duração razoável do processo. Seria o caso, por exemplo, de um processo com duração superior a 20 (vinte) anos sem o devido desfecho. No dizer de Danielle Annoni:

---

<sup>4</sup> SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi Flaquer. “O prazo razoável para a duração dos processos e a responsabilidade do Estado pela demora na outorga da prestação jurisdicional”. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, WAMBIER, Luiz Rodrigues, GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel, FISCHER, Octávio Campos e FERREIRA, William Santos (coords.). *Reforma do Judiciário: Primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Ed. RT, 2005, p. 42-43.

A definição precisa do que se deve entender por prestação da justiça em um prazo razoável ainda está em construção, mas, por certo, já se pode identificar quando este direito do cidadão não foi respeitado, culminando na demora da prestação jurisdicional, ou seja, em atividade defeituosa do Estado ao dizer o direito, o que enseja responsabilização.<sup>5</sup>

Outro exemplo de duração absolutamente excessiva do processo, hipótese concreta em que não houve qualquer hesitação na caracterização da irrazoabilidade do tempo de tramitação processual, pode ser colhido na jurisprudência da Comissão Europeia, em sentença proferida no caso Clerc, em 26 de abril de 1990, de onde se extrai o seguinte trecho:

Señala la Comisión que las partes coinciden en reconocer que la causa era un tanto compleja, como lo demuestran, por lo demás, las cuestiones de hecho y de Derecho suscitadas. Sin embargo, esta complejidad no justifica por sí sola un período de casi trece años. [...].

En sí, este período es excesivo. Aunque se tenga en cuenta la complejidad del asunto, considera la Comisión que la duración del procedimiento se debió a la forma en que las autoridades judiciales lo dirigieron.<sup>6</sup>

Entretanto, se por um lado, é relativamente singelo aferir a ausência de razoabilidade nos casos de duração extremada sem resolução da lide, o mesmo não se pode dizer dos casos em que a demora não é tão exorbitante. Para a constatação da presença ou ausência da razoável duração do processo, nesses casos, fez-se mister a elaboração de critérios que auxiliem na identificação da razoabilidade da tramitação da demanda.

Existem algumas classificações e diferentes critérios adotados, mas foi o Tribunal Europeu de Direitos Humanos quem

<sup>5</sup> ANNONI, Danielle. *Direitos humanos e acesso à justiça no direito internacional*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 83.

<sup>6</sup> BARTOLOMÉ, Plácido Fernández-Viagas. *El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*. Madrid: Civitas, 1994, p. 89, nota 117.

analisou com mais proficiência essa questão, elaborando critérios de densificação do princípio da razoável duração do processo, cujo êxito pode ser medido pela frequência com que a referida classificação é seguida em várias cortes ao redor do globo.

## 1.1 Elementos adotados pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos adota quatro critérios para auxiliar na determinação da duração razoável do processo no caso concreto. Examinaremos os referidos critérios, formulando críticas e sugestões de modo a aperfeiçoá-los e complementá-los.

Seguindo a doutrina formada no Tribunal Europeu de Direitos Humanos (por exemplo, as sentenças nos casos König, de 10.03.1980; Bucholz, de 06.05.1981; Eckle, de 15.07.1982; Foti e outros, de 10/12/1982; Corigliano, de 10.12.1982; Pretto, de 08.12.1983; Zimmermann-Steiner, de 13.07.1983; Lechner e Hess, de 23.04.1987; Capuano, de 25.06.1987; Baggetta, de 25.06.1987; Milasi, de 25.06.1987; Sanders, de 07.07.1990; Moreiras de Azevedo, de 23.10.1990; Vernillo, de 20.02.1991; entre outras), o Tribunal Constitucional da Espanha aduz que a noção de dilação processual indevida remete a um conceito jurídico indeterminado, cujo conteúdo concreto deve ser obtido mediante a aplicação de critérios objetivos às circunstâncias específicas de cada caso.<sup>7</sup>

O TEDH, ao longo dos vários julgamentos proferidos sobre o tema, assentou alguns critérios objetivos utilizados para determinação da duração razoável do processo, mediante o cotejo com as particularidades do caso concreto, nomeadamente: 1) a complexidade do litígio; 2) a conduta pessoal da parte lesada; 3) a conduta das autoridades envolvidas no processo; e 4) o interesse em jogo para o demandante da indenização.<sup>8</sup> Entendemos que o modelo criado pela jurisprudência da corte europeia ao longo de décadas é

<sup>7</sup> MARTÍN, Agustín Jesús Pérez-Cruz. *Teoría general del derecho procesal*. Coruña: Tórculo Ediciones, 2005, p. 259.

<sup>8</sup> MARTÍN, Agustín Jesús Pérez-Cruz. *Op. cit.*, p. 266-267. O autor indica inúmeros acórdãos proferidos pelo TEDH adotando esses critérios.

de fato bastante avançado, sendo de inestimável valia a sua adoção no Brasil.

Tal classificação é seguida, dentre várias outras, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, pela Corte de Cassação da Itália, pelo Tribunal Constitucional da Espanha, e, em geral, por todos os tribunais que apreciam a matéria, tamanha é a influência atingida pelo TEDH. A propósito, esse é um dos exemplos em que resta bem demonstrada a crescente importância do papel dos tribunais supranacionais na integração interestatal e entre culturas diversas. Como se vê, o papel de integração exercido pela Corte Europeia ultrapassou, há muito, as barreiras desse continente e espalhou-se livremente mundo afora.

A Corte de Cassação da Itália adota os mesmos critérios arrolados pelo Tribunal Europeu, embora frise que os julgados desse último, no que tange à interpretação do art. 6º, parágrafo primeiro, da Convenção para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, não tenham eficácia diretamente vinculante para o magistrado italiano. A despeito disso, os critérios elaborados pelo TEDH para a valoração da razoável duração do processo foram positivados no direito italiano, em virtude do disposto no art. 2º, 1 e 2, da *Legge Pinto* (Lei n. 89, 24 de março de 2001)<sup>9</sup>, que se refere ao direito a uma justa reparação, por violação à duração razoável de que trata o art. 6º, parágrafo primeiro, da Convenção Europeia, arrolando como elementos para aferição da violação a complexidade do caso e o comportamento das partes e das autoridades participantes do processo.<sup>10</sup> Ademais, embora as sen-

<sup>9</sup> A *Legge Pinto*, em seu artigo 2º, 2, dispõe que: “Na aferição da violação o juiz considera a complexidade do caso e, em relação a ela, o comportamento das partes e do juiz do procedimento, assim como aquele das demais autoridades chamadas a participar ou a, de qualquer maneira, contribuir para sua definição”. ROMANO, Giovanni, CANNAVALE, Stefania, ALBINI, Margherita Cardona, JASONNA, Stefania, FASCIGLIONE, Marco. *L’equa riparazione nei più recenti orientamenti della Corte di Cassazione e della Corte Europea: la Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo e l’ordinamento italiano dopo l’intervento delle sezioni unite*. Milano: Cosa & Come, 2005, p. 319.

<sup>10</sup> Conferir o *Cass.*, 1 sez., 8 agosto 2002, n. 11987, Pres. Delli Priscoli, est. Morelli e o



tenças da Corte de Estrasburgo não vinculem diretamente o juiz italiano, como dito, constituem, no entanto, para a Corte de Cassação Italiana “o seu primeiro e mais importante guia hermenêutico.”<sup>11</sup>

O Tribunal Constitucional da Espanha, como afirmado, adota os critérios referidos, temperando-os com um critério extra, não acolhido pela Corte Europeia, qual seja, as margens ordinárias de duração dos litígios do mesmo tipo daquele em que ocorreu a suposta demora irrazoável, ou em outras palavras, a duração média dos processos da mesma classe do submetido a julgamento, o que será analisado em tópico próprio mais adiante.

De extrema relevância a lição de José Rogério Cruz e Tucci<sup>12</sup> sobre o tema:

O reconhecimento desses critérios traz como imediata consequência a visualização das *dilações indevidas* como um conceito indeterminado e aberto, que impede de considerá-las como a simples inobservância dos prazos processuais prefixados.

[...].

Também não poderão ser tachadas de ‘indevidas’ as dilações proporcionadas pela atuação dolosa da defesa, que, em algumas ocasiões, dá azo a incidentes processuais totalmente impertinentes e irrelevantes.

Calha trazermos, ainda, os ensinamentos de Danielle Annoni<sup>13</sup>, *in verbis*:

Não coincidentemente, os critérios adotados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos são os mesmos adotados

---

*Cass.*, 1 sez., 13 settembre 2002, n. 13422, Pres. Delli Priscoli, est. Morelli. PETROLATI, Franco. *I tempi del processo e l'equa riparazione per la durata non ragionevole (la c.d. "legge Pinto")*. Milano: Giuffrè, 2005, p. 86.

<sup>11</sup> Na expressão adotada pela Corte de Cassação no *Cass.*, 1 sez., 19 novembre 2002, n. 16262, Pres. Delli Priscoli, est. Rordorf. PETROLATI, Franco. *Op. cit.*, p. 86-87 (tradução nossa).

<sup>12</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. Ed. São Paulo: RT, 1997, p. 68.

<sup>13</sup> ANNONI, Danielle. *Direitos humanos e acesso à justiça no direito internacional*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 156.

pelo Tribunal Europeu, quais sejam: a complexidade do caso, a conduta das partes e a conduta da autoridade competente que apreciou o caso na ordem interna.

Isso se deve a um simples fato: a experiência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, que herdou a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos e da extinta Comissão Europeia de Direitos Humanos.

Cada um dos critérios objetivos de determinação da duração razoável do processo utilizados pelo TEDH será examinado em tópicos autônomos.

### *1.1.1 A complexidade do litígio*

A complexidade do litígio constitui o critério inicial de objetivação utilizado pelo TEDH, servindo como ponto de partida para valorar, em cada caso concreto, sobre o cumprimento ou a violação do conteúdo fundamental do direito à razoável duração do processo. Também é o primeiro elemento versado pelos doutrinadores quando dissertam sobre o tema.

O referido critério justifica, em algumas hipóteses, a demora processual, precisamente devido ao maior período de tempo que as particularidades de uma determinada demanda podem exigir para a aplicação da justiça no caso concreto. De fato, embora se reconheça a importância da celeridade dos procedimentos judiciais, ela não pode ser considerada como um valor absoluto e incondicionado, não se podendo descurar da justeza das decisões e da boa administração da justiça, como enfatizou em diversos casos o TEDH.<sup>14</sup> A rapidez da tramitação processual é apenas um dos elementos para a concretização de uma boa administração da justiça, não podendo

---

<sup>14</sup> No caso *Matznetter*, julgado em 10.11.1969, por exemplo, o Tribunal Europeu aduziu que não se pode perder de vista que, se um acusado detido tem direito a que seu caso seja tratado com prioridade e particular diligência, esta não deve prejudicar a boa administração da justiça. Confira-se: BARTOLOMÉ, Plácido Fernández-Viagas. *El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*. Madrid: Civitas, 1994, p. 89.

ser valorada de forma isolada, sem que estejam presentes, ao seu lado, as demais garantias do processo.

A complexidade pode provir tanto dos fatos da causa como do direito aplicável à mesma;<sup>15</sup> pode resultar da quantidade de pessoas implicadas nos fatos a serem elucidados no processo, ou ainda de saber se a questão versada está vinculada a algum interesse nacional, e, em algumas ocasiões, da matéria e da própria natureza do litígio.<sup>16</sup> O Tribunal Europeu tem admitido a existência de complexidade jurídica procedimental em função da dificuldade de encontrar determinadas testemunhas, da necessidade de provas periciais complexas, da conexão de ações, da multiplicidade de incidentes processuais suscitados pelas partes, da interação entre procedimentos administrativos e judiciais, e da apresentação de questões novas e de difícil interpretação jurídica,<sup>17</sup> sendo este último fenômeno, diga-se, extremamente comum no ordenamento jurídico brasileiro, em que são conhecidas a prolixidade e a imprecisão dos legisladores.

Além disso, a causa, sob exame, pode ser mais complexa do que a média dos processos da mesma natureza, devido a uma grande quantidade de fatos a serem provados, ou à densidade das questões jurídicas a serem discutidas e apreciadas nos autos, ou mesmo às circunstâncias peculiares que cercam a lide, justificando-se, nesse caso, um tratamento processual excepcionalmente dilatado no tempo. Uma lide que demande extensa produção probatória, por exemplo, exigirá mais tempo de tramitação do que outra que verse meramente sobre questões de direito, inexistindo controvérsias fáticas.

---

<sup>15</sup> Nesse exato sentido, confirmam-se as sentenças proferidas pelo TEDH nos casos *Borgese*, de 26/02/92, *Unión Alimentaria Sanders S.A.*, de 0./0.19/89, *Milasi*, de 25/06/87, e *Zimmermann y Steiner*, de 13/07/83, e também os julgados do Tribunal Constitucional da Espanha, sob a numeração 69/94 e 223/88, conforme referido em PONS, Enrique García. *Responsabilidad del Estado: la justicia y sus límites temporales*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1997, p. 137, notas 20 e 21.

<sup>16</sup> GALLI BASUALDO, Martín. *Responsabilidad del Estado por su actividad judicial*. Buenos Aires: Hammurabi, 2006, p. 139.

<sup>17</sup> PONS, Enrique García. *Responsabilidad del Estado: la justicia y sus límites temporales*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1997, p. 139-140.

Julga-se útil destacar a diferenciação elaborada por Samuel Miranda Arruda entre complexidade interna e externa.<sup>18</sup> A primeira, que pode ser mais apropriadamente designada de endoprocessual, corresponde à complexidade de um determinado processo em apreciação, a qual, como visto, pode provir tanto dos fatos como do direito aplicável à demanda. A segunda, a seu turno, chamada de complexidade processual sistêmica, reflete a proliferação de normas de direito material e processual complicadas ou imprecisas, e/ou um sistema judiciário confuso e burocrático. Não se trata, nesse último caso, de complexidade apta a escusar a violação ao prazo razoável de tramitação dos processos judiciais.<sup>19</sup> É que, nessa hipótese, a complexidade não diz respeito a um processo específico, sendo fruto de um sistema estruturalmente inadequado e kafkiano. O referido sistema gera artificialmente uma complexidade em processos que, *per se*, não deveriam ter essa característica. A complexidade estrutural, como enfatiza o autor mencionado, “antes de prestar-se a justificar a demora dos processos, vem mesmo é agravar a responsabilidade do Estado, que faltou com o dever de formação de um sistema processual justo, funcional e simples”<sup>20</sup>, principalmente em razão da incumbência do Estado de promover a simplificação dos procedimentos judiciais e administrativos, de forma a tornar o sistema mais funcional, eficaz, e, conseqüentemente, dotado de maior celeridade.

Registre-se, a propósito, a posição do Tribunal Europeu, de que a existência de múltiplas instâncias recursais pode, até certo

---

<sup>18</sup> ARRUDA, Samuel Miranda. *O direito fundamental à razoável duração do processo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2006, p. 306-307.

<sup>19</sup> Cabe aqui registrar o posicionamento de Gimeno Sendra sobre o ponto. O autor espanhol, em manifestação da qual discordamos pelas razões expostas no corpo do texto, defende que não só a complexidade fática e jurídica, mas também as próprias deficiências do ordenamento podem ocasionar o transcurso dos prazos legais, sem que tais dilações mereçam o caráter de indevidas. SENDRA, Vicente Gimeno. *El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*. Constitución y Proceso. Madrid: Tecnos, 1988, p. 145.

<sup>20</sup> ARRUDA, Samuel Miranda. *O direito fundamental à razoável duração do processo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2006, p. 307.

ponto, constituir um determinado grau de complexidade objetiva inerente ao procedimento, mas em nenhum caso pode justificar a violação do conteúdo essencial do direito a um processo dentro de um prazo razoável. Nesse sentido, a Corte Europeia ponderou que o grande número de recursos e instâncias existentes no sistema processual alemão, mesmo que voltados à respeitável preocupação com a garantia dos direitos individuais e da justiça das decisões judiciais, não exime o Estado de responder pelas consequências da demora (caso *König*, de 28.06.1978). Entretanto, nos casos *Zimmermann y Steiner*, de 13.07.1983, *Abdoella*, de 25.11.1992, *Cesarini*, de 12.10.1992, *Salerno*, de 10.12.1992 e *Brigandi*, de 19.02.1991, o TEDH desviou-se de sua posição firmada, considerando não ter ocorrido violação à duração razoável do processo, justamente em virtude do grande número de instâncias percorridas nos referidos procedimentos judiciais.<sup>21</sup>

Por fim, há que se atentar para a proliferação das demandas em massa, processos repetitivos ou *clone cases*, ou seja, litígios com matéria controvertida unicamente de direito e idêntica, sem necessidade de produção probatória, ou com necessidade de prova apenas documental. São exemplos de demandas em massa: discussão sobre a base de cálculo ou a alíquota de determinado imposto; pleito de reajuste ou de gratificação que beneficie grande número de servidores; pretensão de correção monetária das poupanças com depósitos em determinado período *etc.* Nesses casos, detecta-se a simplicidade da matéria, sendo lícito exigir-se um grau mais elevado de celeridade na resolução da lide, até mesmo em razão da existência de decisão judicial proferida pelo próprio julgador em caso anterior idêntico, e da pacificação da controvérsia em vista dos reiterados julgados sobre a questão.<sup>22</sup> Portanto, deve haver, nessa hipótese,

---

<sup>21</sup> PONS, Enrique García. *Responsabilidad del Estado: la justicia y sus límites temporales*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1997, p. 141.

<sup>22</sup> Interessante registrar-se que o art. 285-A do CPC [art. 332 do NCPC] (“Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente

uma menor tolerância com os atrasos, de forma a configurar uma “presunção inversa de irrazoabilidade temporal.”<sup>23</sup>

### 1.1.2 A conduta pessoal da parte lesada

Para perquirir acerca da razoabilidade do tempo transcorrido no caso concreto, deve ser observado se o demandante prejudicado cumpriu diligentemente com suas obrigações, deveres e ônus processuais, ou se, pelo contrário, manteve conduta dolosa, propiciando o atraso na prestação jurisdicional, mediante a interposição de questões incidentais manifestamente improcedentes, de recursos abusivos e protelatórios, ou ainda, provocando injustificadas suspensões de audiências. Tem plena vigência, no ponto sob análise, o princípio geral do direito segundo o qual a ninguém é dado alegar em seu favor a própria torpeza, e também a proibição do *venire contra factum proprium*.

A jurisprudência do TEDH tem posição consolidada no sentido de diferenciar esse critério em razão da matéria versada na demanda, exigindo uma diligência normal das partes nos processos cíveis e dispensando o acusado de cooperar ativamente para acelerar o processo penal.<sup>24</sup> No caso *Unión Alimentaria Sanders S.A.*, julgado em 07.07.1989, a Corte Europeia asseverou que o interessado está obrigado unicamente a cumprir diligentemente os atos que lhe concernem, a não usar manobras dilatórias e a explorar as possibilidades oferecidas pelo direito interno para abreviar o procedimento; nada lhe obriga a empreender atuações impróprias com

---

prolatada.”), disponibiliza ao magistrado uma ferramenta de grande relevância para a concretização dessa celeridade potencializada pela simplicidade da lide sob julgamento. O mencionado dispositivo legal foi incluído pela Lei n. 11.277/2006, um dos projetos de lei aprovados no Congresso Nacional para o combate da morosidade processual, integrante do pacote de projetos de lei do Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais rápido e republicano.

<sup>23</sup> ARRUDA, Samuel Miranda. *O direito fundamental à razoável duração do processo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2006, p. 308.

<sup>24</sup> NICOLIT, André Luiz. *A duração razoável do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 80.

tal fim. No caso *Eckle*, de 15.07.1982, por sua vez, afirmou expressamente que o art. 6º da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais não exige dos interessados uma cooperação ativa com as autoridades judiciais.<sup>25</sup>

A Corte de Cassação Italiana, por sua vez, segue o posicionamento da Corte Europeia, entendendo que a conduta dilatária das partes é identificada apenas quando ocorra o uso capcioso dos meios que o ordenamento ponha legitimamente à sua disposição, já que o art. 6º da Convenção Europeia e a Lei n. 89/2001 não preveem uma obrigação de colaboração ativa das partes para uma rápida definição dos processos, recaindo tal incumbência exclusivamente sobre o Estado, que, se carente, deve responder pela própria ineficiência.<sup>26</sup> Em outro julgado, o tribunal italiano reforça essa ideia, referindo que a atividade defensiva dos contendores pode influir na determinação da razoável duração da causa, mas exclusivamente na eventualidade de um uso voluntariamente distorcido do direito de defesa, com escopo dilatatório.<sup>27</sup>

O Tribunal Constitucional da Espanha segue vertente oposta à anteriormente explicitada, exigindo, a fim de que se configure a duração excessiva imputável ao Estado, a prova da colaboração do interessado no intuito da aceleração do processo. Como se lê na sentença 73/1992, de 13 de maio (BJC 134), é conhecida a doutrina da corte hispânica acerca da necessidade de o demandante interessado denunciar previamente o retardamento ou dilação, com referência expressa ao preceito constitucional, a fim de que o juiz ou tribunal possa evitar a vulneração que se denuncia. Essa queixa ou

---

<sup>25</sup> PONS, Enrique García. *Responsabilidad del Estado: la justicia y sus límites temporales*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1997, p. 142-143.

<sup>26</sup> *Cass.*, 1 sez., 21 febbraio 2003, n. 2643, Pres. Delli Priscoli, est. Adamo. PETROLATI, Franco. *I tempi del processo e l'equa riparazione per la durata non ragionevole (la c.d. "legge Pinto")*. Milano: Giuffrè, 2005, p. 86.

<sup>27</sup> *Cass.*, 1 sez., 9 gennaio 2004, n. 119, Pres. Olla, est. Graziadei. PETROLATI, Franco. *Op. cit.*, p. 94. A jurisprudência da Corte de Cassação é farta nessa direção, como se pode ler na *Cass.* 21.3.2003, n.4142, GC, 2003, I, 237, s.m., e na *Cass.* 5.3.2004, n. 4512. MASONI, Roberto. *La ragionevole durata del "giusto processo" nell'applicazione giurisprudenziale*. Milano: Giuffrè Editore, 2006. (Collana Fatto & Diritto), p. 89-90.

denúncia, ante o juiz ou tribunal do caso, não implica nem supõe um simples requisito formal, nem tampouco e por si só uma prova da diligência da parte interessada, e sim, o que é mais importante, uma colaboração do interessado à tutela jurisdicional efizaz, a que obriga o art. 24 da Constituição Espanhola.<sup>28</sup> Sobre o tema, observe-se que o art. 295 da *Ley Orgánica del Poder Judicial* – diploma legal que regula o funcionamento do Poder Judiciário na Espanha – prescreve o seguinte: “En ningún caso habrá lugar a la indemnización, cuando el error judicial o el anormal funcionamiento de los servicios tuviera por causa la conducta dolosa y culposa del perjudicado” .<sup>29</sup> Portanto, segundo o entendimento adotado no país ibérico, tanto a conduta dolosa como a culposa do demandante prejudicado pode obstar a classificação da dilação como indevida.

Fica patente, destarte, a importância atribuída pela corte espanhola à atitude da parte diante da demora processual. Exige-se do reclamante uma conduta diligente na defesa dos seus direitos, sendo imprescindível a sua colaboração explícita com o fito de pôr termo à dilação. Consoante Riba Trepát, esse posicionamento finda por exigir do jurisdicionado um comportamento mais diligente que o do órgão judicial, além de lhe impor um dever de denúncia da dilação perante o magistrado. O órgão judicial, pelo contrário, resta exonerado de cumprir a norma que fixa os prazos processuais, do dever de conhecer e impedir a existência das dilatações, e do dever de impulsionar o processo.<sup>30</sup>

Entendemos que o litigante não pode ser penalizado por usar todos os recursos e meios de defesa previstos no ordenamento, desde que o faça para assegurar o direito perseguido em juízo. O que deve ser objeto de sanção é o abuso de direito e o intuito protelatório das partes. Com efeito, como se pronunciou o TEDH no caso

---

<sup>28</sup> MUÑOZ, Riánsares López. *Dilaciones indebidas y responsabilidad patrimonial de la Administración de Justicia*. Granada: Editorial Comares, 1996, p. 160.

<sup>29</sup> MUÑOZ, Riánsares López. *Op. cit.*, p. 159.

<sup>30</sup> RIBA TREPAT, Cristina. *La eficacia temporal del proceso*. El juicio sin dilaciones indebidas. Barcelona: Bosch, 1997, p. 151.



Yagci y Sargin, de 08.06.1995, “no se puede reprochar a los acusados haber sacado todo el partido posible a los recursos ofrecidos por el ordenamiento interno para asegurar su defensa.”<sup>31</sup> O mesmo entendimento foi manifestado pelo Tribunal Europeu no caso *Eckle v. Alemanha*, julgado em 15.07.1982, ocasião em que se decidiu que não pode ser reprovada a conduta do acusado que faz completo uso de todos os remédios jurídicos que a legislação coloca à sua disposição. Contudo, tal fato há de ser considerado na análise global da razoabilidade, não podendo o atraso por ele gerado ser lançado indiscriminadamente na conta do Estado.<sup>32</sup>

Ora, se o Estado oferece, por intermédio do ordenamento jurídico interno, uma gama tão vasta de recursos, exceções, meios de impugnação, sucedâneos recursais, incidentes processuais *etc.*, como pode pretender exigir que as partes não usem desse arsenal que lhes é posto à disposição? O Estado tem o dever, isto sim, de lutar pela simplificação dos procedimentos. Se assim não o faz, não pode alegar em seu favor a desorganização ou os excessos do sistema, que são resultado da sua própria atuação legislativa anterior, e mesmo da sua inércia e falta de vontade política em modificar o *status quo* da sistemática processual vigente. Idêntico raciocínio pode ser aplicado à produção probatória que deva ser realizada com intervenção do julgador, uma vez que, se a diligência requerida pela parte é procrastinatória, deve o magistrado indeferir tal meio de prova.<sup>33</sup> Caso diverso ocorre quando a responsabilidade pela produção probatória é da parte, como, por exemplo, quando a parte não comparece à audiência em que seria ouvida, ou quando não se faz presente em exame grafotécnico a que deveria se submeter. Nesses casos, não há como se imputar culpa à administração da justiça.

---

<sup>31</sup> NICOLITT, André Luiz. *A duração razoável do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 82.

<sup>32</sup> ARRUDA, Samuel Miranda. *O direito fundamental à razoável duração do processo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2006, p. 304, nota 66.

<sup>33</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. *Temas de direito e processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 48.

Interessante notar-se que a utilização do critério sob análise é mais perceptível sob o ângulo positivo da atuação das partes, ou seja, quando se revela a contribuição dos demandantes para o es-correito andamento do feito. Como visto anteriormente, o TEDH e o Tribunal Constitucional da Espanha divergem no que tange à cooperação ativa das partes no impulso do procedimento, não exigida pelo primeiro, mas sim pelo segundo sodalício, que considera a cooperação ativa como dever das partes. No entanto, ambas as cortes convergem em valorar favoravelmente a cooperação ativa dos demandantes. Assim, quando constatada a atitude proativa dos demandantes, já se dá um grande passo em direção à constatação da não contribuição das partes para a existência da dilação, e da imputabilidade desta ao Estado.<sup>34</sup>

Para um maior esclarecimento da matéria versada, colacionam-se alguns exemplos de condutas incompatíveis com o pleito de indenização por violação à razoável duração do processo: a reite-ração de adiamentos de audiências requeridos pela parte, quer seja em virtude de problema de saúde que não impeça o comparecimen-to pessoal (acórdão do TEDH no caso Kemmache, de 27.11.1991), quer seja em razão de frequentes trocas de advogados (acórdão do TEDH no caso König, de 28.06.1978); fuga do acusado, impedindo ou retardando o julgamento (acórdão do TEDH no caso Girolani, de 19.02.1991);<sup>35</sup> retardamento devido à renovação de atos nulos por culpa da parte; o tempo despendido pelo demandante para nomear um novo defensor; ausências do litigante às audiências.<sup>36</sup>

---

<sup>34</sup> PONS, Enrique García. *Responsabilidad del Estado: la justicia y sus límites tempo- rales*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1997, p. 146. No mesmo local, são citados acór- dãos da Corte Europeia e do Tribunal Constitucional da Espanha adotando essa posição: no TEDH, os casos Micheli, de 26/2/93, Editions Périscope, de 26.03.1992, Mori, de 19/2/91 e Motta, de 19.02.1991; no TC, o julgado n. 69/93.

<sup>35</sup> NICOLITT, André Luiz. *A duração razoável do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 81.

<sup>36</sup> Os três últimos exemplos são referidos pelos doutrinadores italianos Medda, Octave, Ricci Ascoli e Roagna-Boano. *Apud* MASONI, Roberto. *La ragionevole du- rata del "giusto processo" nell'applicazione giurisprudenziale*. Milano: Giuffrè Editore, 2006. (Collana Fatto & Diritto), p. 89.

Por fim, cabe destacar-se que o importante, na análise da razoabilidade, é a conduta daquele que pugna pelo reconhecimento da lesão a seu direito a um julgamento rápido, e não a conduta de todos os litigantes. Caso a irrazoabilidade temporal tenha sido determinada inteiramente pela conduta da parte contrária, ou mesmo de um corréu ou litisconsorte, a equidade está a impor que o lesado não seja compelido a suportar tais ônus.<sup>37</sup> Entretanto, do mesmo modo que a conduta desidiosa da parte adversa não prejudica o pleito do litigante lesado pela morosidade, também não pode ser considerada como responsabilidade do Estado. Em outras palavras, o atraso ocasionado pela parte contrária não pode ser contabilizado no cômputo da responsabilidade do Estado pela demora irrazoável da demanda.<sup>38</sup>

Portanto, afigura-se inexato referir-se ao plural (conduta *das partes*), como inúmeras vezes procedem doutrinadores italianos (“*il comportamento delle parti*”), espanhóis (“*la conducta de las partes*”) e brasileiros, devendo-se indicar o critério no singular (a conduta *da parte lesada*). A propósito, ressalte-se que tal interpretação equivocada resulta de tradução incorreta da jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos. Isso porque, em diversas ocasiões, o tribunal referiu-se ao critério no plural (“*the conduct of the applicants*”, isto é, a conduta dos requerentes), como no caso *Gavazov v. Bulgaria* (*Application* n. 54659/00, julgado em 06.03.2008).<sup>39</sup> Na verdade, a referência à conduta dos requerentes é relativa aos autores da ação de indenização pela dilação indevida. Exemplo disso foi o caso *Çaplik v. Turkey* (*Application* n. 57019/00, julgado em

---

<sup>37</sup> ARRUDA, Samuel Miranda. *O Direito fundamental à razoável duração do processo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2006, p. 305.

<sup>38</sup> Para que o demandante prejudicado não se quede indefeso, quando o retardamento da prestação jurisdicional resulta de conduta maliciosa da parte adversa, abre-se o ensejo à condenação do litigante de má-fé ao ressarcimento dos danos processuais, com espeque nos arts. 17, inciso IV, e 18, do Código de Processo Civil. Cf. CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005, p. 522-523.

<sup>39</sup> Caso *Gavazov v. Bulgaria* (*Application* n.º 54659/00, julgado em 06/03/2008). Site da Corte Europeia de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>>. Acesso em: 12 mar. 2008.

15.07.2005), em que o TEDH cita o critério no singular, aduzindo que “no que concerne à conduta do requerente, não há indicação nos autos de que ele tenha contribuído de forma especial para a duração do procedimento.”<sup>40</sup> O mesmo ocorreu no caso *Plazonić v. Croatia* (*Application* n. 26455/04, julgado em 06.03.2008), em que se decidiu que “a corte não considera a conduta do requerente como um fator decisivo para a excepcional duração do procedimento.”<sup>41</sup>

### *1.1.3 A conduta das autoridades envolvidas no processo*

Constatando-se a excessiva duração do processo, sem que possa ser considerada razoável em virtude da complexidade do litígio ou da conduta do reclamante, deve-se passar à consideração da condução do processo pelas autoridades nele envolvidas.

O órgão judicial e as demais autoridades intervenientes na demanda devem atuar em prol da célere tramitação do feito, constituindo-se, ao lado da Administração Pública como um todo, nos principais destinatários da norma constitucional que assegura, às partes, o direito fundamental à razoável duração do processo. Caso o retardamento do processo seja imputável à conduta das autoridades públicas atuantes na lide, configura-se um dos elementos de constatação da lesão à garantia fundamental em questão.

Note-se que a responsabilidade estatal pela vulneração à razoável duração do processo prescinde da culpabilidade de um determinado agente público. Pode acontecer de os funcionários envolvidos com a demanda não se conduzirem com dolo ou

---

<sup>40</sup> Caso *Çaplik v. Turkey* (*Application* n° 57019/00, julgado em 15/07/2005). *Site* da Corte Europeia de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>>. Acesso em: 12 mar. 2008. No original: “as regards the applicant’s conduct, there is no indication in the case-file that he contributed noticeably to the length of the proceedings” (tradução nossa).

<sup>41</sup> Caso *Plazonić v. Croatia* (*Application* n° 26455/04, julgado em 06/03/2008). *Site* da Corte Europeia de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>>. Acesso em: 12 mar. 2008. No original: “the Court is unable to find the applicant’s conduct as decisive factor for the inordinate length of the proceedings” (tradução nossa).

culpa e, mesmo assim, a lenta tramitação ensejar a comprovação da lesão.<sup>42</sup> Isso porque a verificação da razoabilidade está centrada na atuação do Estado-juiz como um todo – isto é, em quão satisfatória é a resposta da máquina judiciária à pretensão posta em juízo pelos cidadãos –, e não apenas na conduta de determinados servidores públicos.

Não é aceitável, segundo a Corte de Estrasburgo, que se passem meses inteiros, e até mesmo anos, para que o processo avance para sua conclusão, ou que se empregue um tempo excessivo para redação das motivações da sentença e para sua publicação. Sob esse prisma, o tribunal não hesitou em atribuir relevância, em matéria cível, ao prazo de dois anos de total inatividade entre duas audiências de instrução, à realização de apenas duas audiências em três anos (caso *Holzinger v. Áustria*, julgado em 30 de janeiro de 2001), ou, em matéria penal, a um período de quatro anos e onze meses entre a interposição do apelo e o seu respectivo julgamento.<sup>43</sup> É o combate aos chamados “tempos mortos”, sintomatologia característica de grave desorganização cartorária e falhas estruturais na Administração da Justiça. O critério de verificação dos tempos mortos é bastante utilizado, e com grande êxito, na jurisprudência do TEDH e dos tribunais italianos, até mesmo em virtude da simplicidade e objetividade na sua aplicação.

Registre-se que a menção à conduta das autoridades envolvidas no processo compreende, de maneira genérica, a íntegra atuação dos poderes públicos como um todo. No caso *Guincho*, julgado pelo TEDH em 10.07.1984, Portugal argumentou em sua defesa a falta de preparação profissional do juiz encarregado do caso. A Comissão Europeia, em parecer formulado em 10.03.1983, refutou dita argumentação, considerando que:

---

<sup>42</sup> ARRUDA, Samuel Miranda. *O direito fundamental à razoável duração do processo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2006, p. 309.

<sup>43</sup> DALMOTTO, Eugenio. *Diritto all'equa riparazione per l'eccessiva durata del processo*. In: CHIARLONI, Sergio (a cura di). *Misure acceleratorie e riparatorie contro l'irragionevole durata dei processi: commento alla legge 24 marzo 2001*, n. 89. Torino: G. Giappichelli Editore, 2002. (Collana Procedura Civile n. 1), p. 171-173.

As Altas Partes Contratantes são, segundo os termos da Convenção, responsáveis por todos os seus órgãos, qualquer que seja o poder a que possam pertencer. À Comissão, portanto, não cabe estabelecer se uma violação do Convênio é imputável às autoridades do Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário.

Portanto, a responsabilidade do Estado advém de uma má organização ou carência de eficácia na Administração da Justiça do país, pouco importando que o problema emane da falta de medidas legais pelo Parlamento, de uma política organizativa ineficaz, do parco aporte de recursos advindos do Poder Executivo, ou da incompetência administrativa ou profissional dos titulares do Poder Judiciário.<sup>44</sup>

Importante ressaltar que, além do juiz, diversas outras autoridades concorrem para a definição do processo em um tempo razoável, dentre eles, escrivães, oficiais de justiça, peritos, analistas e técnicos judiciários; em suma, todos os componentes do órgão judicial e demais auxiliares da justiça.<sup>45</sup> É assim por muitos motivos. Primeiro, porque os auxiliares da justiça intervêm na lide de modo a contribuir para a sua resolução, influenciando, em consequência, em seu prolongamento no tempo. Segundo, pois os atos (ou omissões) dos auxiliares da justiça são diretamente imputáveis à autoridade judiciária. Em se tratando de um perito ou de um tradutor, por exemplo, pode-se inferir uma *culpa in eligendo* – pois são indicados pelo juiz – e *in vigilando* – pois trabalham sob a direção e a supervisão do magistrado.<sup>46</sup> Com efeito, referindo-se a norma, de modo omnicompreensivo e geral, às autoridades chamadas a contribuir para a resolução do processo, emerge daí a exigência de valorar-se como relevante o comportamento de todos os órgãos de natureza

<sup>44</sup> BARTOLOMÉ, Plácido Fernández-Viagas. *El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*. Madrid: Civitas, 1994, p. 99-100.

<sup>45</sup> TARZIA, Giuseppe. “L’art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile”. *Rivista di Diritto Processuale*, a. LVI (Seconda Serie), n. 1, gennaio-marzo 2001, p. 21.

<sup>46</sup> DALMOTTO, Eugenio. *Diritto all’equa riparazione per l’eccessiva durata del processo*. In: CHIARLONI, Sergio (a cura di). *Misure acceleratorie e riparatorie contro l’irragionevole durata dei processi*: commento alla legge 24 marzo 2001, n. 89. Torino: G. Giappichelli Editore, 2002. (Collana Procedura Civile n. 1), p. 173-174.

pública que tenham interesse formal pelo cumprimento dos atos processuais. Nesse sentido, decidiu a Corte de Cassação da Itália que a expressão “outras autoridades” não abrange unicamente os colaboradores e auxiliares do juízo, mas também órgãos diversos, como as autoridades administrativas.<sup>47</sup>

A jurisprudência da Corte Europeia entende que apenas determinados contextos de caráter excepcional, como uma crise econômica, um quadro político delicado, ou uma emergência no âmbito da ordem pública, podem determinar uma obstrução do serviço judicial, e, em consequência, um alongamento dos trâmites processuais, não devendo o Estado responder por eles, desde que adote prontamente medidas apropriadas para superar a dificuldade momentânea.<sup>48</sup>

Por fim, não se pode olvidar que as dilações processuais indevidas podem advir tanto da omissão dos órgãos jurisdicionais – o que ocorre mais comumente –, como da sua ação. Exemplo disso é o ato do magistrado que admite a produção de uma prova desnecessária, ou que determina a reabertura da instrução em causa madura para julgamento. Nesse sentido, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias informa que a hiperatividade desordenada dos órgãos jurisdicionais também provoca a dilação indevida dos processos, quando o magistrado determina a produção de provas desnecessárias à solução da demanda, como, por exemplo, a realização de perícia inócua, ou a inquirição impertinente de testemunhas.<sup>49</sup> Esse aspecto já foi

---

<sup>47</sup> Cass. 30.5.2006, n. 12.858. MASONI, Roberto. *La ragionevole durata del “giusto processo” nell’applicazione giurisprudenziale*. Milano: Giuffrè Editore, 2006. (Collana Fatto & Diritto), p. 104 e 106.

<sup>48</sup> Nesse sentido, entre tantos outros, confirmam-se os seguintes acórdãos da CEDH: caso Bagetta v. Itália, de 25.06.1987; caso Milasi v. Itália, de 25.06.1987; e caso Podbielski v. Polónia, de 30.10.1998, em: DALMOTTO, Eugenio. *Diritto all’equa riparazione per l’eccessiva durata del processo*. In: CHIARLONI, Sergio (a cura di). *Misure acceleratorie e riparatorie contro l’irragionevole durata dei processi*: commento alla legge 24 marzo 2001, n. 89. Torino: G. Giappichelli Editore, 2002. (Collana Procedura Civile n. 1), p. 168.

<sup>49</sup> DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. “Direito à jurisdição eficiente e garantia da razoável duração do processo na Reforma do Judiciário”. *Revista de Processo - Re-Pro*, a. 30, n. 128, out. 2005, p. 172.

abordado por diversas vezes no TEDH, a exemplo do caso Bock, julgado em 29.03.1989, em que a corte entendeu configurada a dilação indevida, não em virtude de uma falta de atividade judicial, mas sim de uma instrução demasiado intensa e concentrada no estado de saúde mental do demandante, o que impediu a resolução da demanda em prazo razoável.<sup>50</sup>

#### *1.1.4 O interesse em jogo para quem pleiteia a indenização*

Esse critério, designado pelos italianos de “*posta in gioco*”, consiste na averiguação das consequências derivadas da mora para a pessoa que denuncia o atraso. É possível adotar-se, para os fins aqui explicitados, uma hierarquização dos pleitos levados à apreciação do Poder Judiciário. O prolongamento excessivo de um processo penal, via de regra, gera prejuízos mais graves do que os de um litígio puramente patrimonial, porquanto no processo penal discute-se sobre o direito à liberdade, razão pela qual o zelo do julgador, nessa hipótese, há de ser superior. Assim, quanto mais relevante o interesse versado na lide, menor deve ser o seu tempo de tramitação.<sup>51</sup>

Com efeito, não se pode negar que o dano não patrimonial – identificado no estado de ansia e incerteza determinado pela pendência do processo, ou mesmo no custo emocional suportado – é tanto mais grave quanto maiores sejam, do ponto de vista subjetivo, o significado atribuído à causa e a efetiva consequência da demora na vida da pessoa prejudicada.<sup>52</sup>

<sup>50</sup> BARTOLOMÉ, Plácido Fernández-Viagas. *El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*. Madrid: Civitas, 1994, p. 98.

<sup>51</sup> Referido critério deve ser usado de forma a complementar os outros fatores, segundo Plácido Bartolomé. BARTOLOMÉ, Plácido Fernández-Viagas. *El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*. Madrid: Civitas, 1994, p. 101. Enrique García Pons elenca a importância do litígio para o interessado como o mais importante dos elementos facultativos a serem levados em consideração. Cf. PONS, Enrique García. *Responsabilidad del Estado: la justicia y sus límites temporales*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1997, p. 163.

<sup>52</sup> A CEDH elenca a transcendência do litígio para o interessado como um dos critérios de aferição da razoável duração do processo. Nesse sentido, o acórdão



De suma relevância para delimitar a *postea in gioco*, além do tipo de processo (plano abstrato), é a situação peculiar vivenciada pela parte lesada no plano concreto. É o que ocorre, *verbi gratia*, quando um indivíduo, portador de HIV, pleiteia o atendimento por intermédio de um plano de saúde, de que depende integralmente para permanecer saudável, ou quando a causa possa determinar a privação de liberdade ou a perda da respeitabilidade social, ou ainda em um pleito de recebimento de pensão formulado por pessoa em idade avançada.<sup>53</sup>

O TEDH formulou a seguinte escala de prioridades com base no conteúdo dos processos: 1) processos penais; 2) processos sobre o estado e a capacidade das pessoas; 3) processos trabalhistas e de seguridade social; 4) os tipos residuais.<sup>54</sup> A doutrina espanhola, a seu turno, tem arrolado diversos temas prioritários, quais sejam: processos com réus presos (acórdão do TEDH no caso Abdoella, j. em 25.11.1992); discussões sobre a capacidade da pessoa (acórdão do TEDH no caso Bock, j. em 29.03.1989 – tratava-se, a propósito, do processo de divórcio do demandante, que perdurou por nove anos, afetando sobremaneira a sua dignidade e o respeito à sua vida privada);<sup>55</sup> controvérsias relativas a direitos sociais (acórdão do TEDH no caso Salesi, j. em 26.02.1993); indenizações por acidentes com consequências graves (acórdão do TEDH no caso Silva Pontes, j. em 23.03.1994); feitos que envolvem um grande número de pessoas ou um grande volume de capital (acórdão do TEDH no caso Ruiz Mateos, j. em 23.06.1993); processos em que há risco de morte (acórdão do TEDH no caso X contra França, j. em 31.03.1992 –

---

proferido no caso Vallée, em 26.04.1994. NICOLITT, André Luiz. *A duração razoável do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 85, nota 41.

<sup>53</sup> DALMOTTO, Eugenio. *Diritto all'equa riparazione per l'eccessiva durata del processo*. In: CHIARLONI, Sergio (a cura di). *Misure acceleratorie e riparatorie contro l'irragionevole durata dei processi*: commento alla legge 24 marzo 2001, n. 89. Torino: G. Giappichelli Editore, 2002. (Collana Procedura Civile n. 1), p. 199-200.

<sup>54</sup> PONS, Enrique García. *Responsabilidad del Estado: la justicia y sus límites temporales*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1997, p. 163.

<sup>55</sup> MUÑOZ, Riánsares López. *Dilaciones indebidas y responsabilidad patrimonial de la Administración de Justicia*. Granada: Editorial Comares, 1996, p. 163.

cuidava-se de cidadão portador de HIV, cuja situação de saúde veio se agravando bastante ao longo do tempo).<sup>56</sup>

Destaca-se o interesse em jogo, ainda, nos casos de vida familiar, de adoção, de demissão de uma pessoa portadora de deficiência e de direito de visita a menor sob guarda de terceiro. Em todas essas hipóteses, deve, a autoridade judiciária, agir com uma diligência excepcional para garantir uma decisão rápida.<sup>57</sup>

A importância do objeto discutido na lide e sua repercussão para a parte prejudicada pela demora também são reconhecidas no Brasil. De fato, consoante a lição de Aguiar Dias, em conferência proferida na Faculdade de Direito da Bahia, os erros judiciais que atingem a liberdade e a honra demandam reparação mais enérgica do que aqueles que prejudicam tão somente o patrimônio.<sup>58</sup>

Da análise da sentença proferida no caso Zimmermann y Steiner *versus* Suíça (julgado em 13 de julho de 1983), deduz-se que, ao adotar esse critério, o TEDH parece ter levado em conta a necessidade de priorização de procedimentos mais relevantes, quando por circunstâncias excepcionais não é possível processar, em tempo adequado, todos os feitos. É contraditório, no entanto, que a Corte considere a priorização como medida excepcional, de caráter temporário e emergencial, e torne definitivo o critério em liça. Se não se deve transformar em prática rotineira a “escolha” dos processos que serão julgados em tempo razoável, é inadmissível que os feitos tidos como “mais relevantes” sejam analisados, sob o aspecto da razoabilidade temporal, de forma mais rígida do que os processos

---

<sup>56</sup> NICOLITT, André Luiz. *A duração razoável do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 85-86.

<sup>57</sup> Confirmam-se, nesse sentido, os casos Laino v. Itália e Paulsen-Medalen v. Suécia, julgados pela CEDH, respectivamente em 18.02.1999 e 19.02.1998. DALMOTTO, Eugenio. *Diritto all'equa riparazione per l'eccessiva durata del processo*. In: CHIARLONI, Sergio (a cura di). *Misure acceleratorie e riparatorie contro l'irragionevole durata dei processi: commento alla legge 24 marzo 2001, n. 89*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2002. (Collana Procedura Civile n. 1), p. 177.

<sup>58</sup> *Apud* CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 472.

“menos relevantes”.<sup>59</sup> Trata-se, portanto, de um critério facultativo, a ser usado apenas em hipóteses excepcionais.

Em conclusão, registre-se uma crítica que não se pode deixar de dirigir ao critério do interesse em jogo: esse critério é bem mais apto para definir o *quantum debeatur*, ao invés do *an debeatur*, ou seja, deve ser usado para delimitação do valor da indenização, mas não para aferir se há ou não direito à reparação.<sup>60</sup> Aliás, é dessa maneira que a *posta in gioco* vem sendo mais utilizada na jurisprudência italiana.<sup>61</sup> Samuel Miranda Arruda compartilha desta opinião, apontando que o critério em questão não tem relação com um juízo de razoabilidade temporal, mas sim com o sopesamento de compensações que seriam devidas à parte lesada.<sup>62</sup> Não fosse assim, apenas em alguns tipos de processo, com maior relevância do interesse em jogo, poderia ocorrer a dilação indevida indenizável. Ocorre que, mesmo em casos de interesse meramente patrimonial, é atribuído ao prejudicado o direito à indenização em caso de excessivo retardamento no trâmite processual. Na verdade, em pesquisa jurisprudencial, percebe-se que a *posta in gioco* é o principal critério adotado pelas diversas cortes para delimitação da quantia a ser indenizada a título de danos morais.

## 1.2 As margens ordinárias de duração dos litígios do mesmo tipo daquele em que ocorreu a demora excessiva

Como frisado anteriormente, esse critério é peculiarmente adotado pelo Tribunal Constitucional da Espanha, não fazendo

<sup>59</sup> ARRUDA, Samuel Miranda. *O direito fundamental à razoável duração do processo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2006, p. 312.

<sup>60</sup> Cristina Riba Trepas entende do mesmo modo, ressaltando que a importância do objeto do processo para o recorrente se sobressai como critério de fixação do *quantum indenizatório*. RIBA TREPAS, Cristina. *La eficacia temporal del proceso*. El juicio sin dilaciones indebidas. Barcelona: Bosch, 1997, p. 76-90.

<sup>61</sup> DALMOTTO, Eugenio. *Diritto all'equa riparazione per l'eccessiva durata del processo*. In: CHIARLONI, Sergio (a cura di). *Misure acceleratorie e riparatorie contro l'irragionevole durata dei processi*: commento alla legge 24 marzo 2001, n. 89. Torino: G. Giappichelli Editore, 2002. (Collana Procedura Civile n. 1), p. 178.

<sup>62</sup> ARRUDA, Samuel Miranda. *O direito fundamental à razoável duração do processo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2006, p. 311-313.

parte do rol de elementos utilizados pela Corte Europeia de Direitos Humanos.

Trata-se, segundo a referida Corte Espanhola, de “um critério relevante em ordem a valorar a existência de dilações indevidas, cuja apreciação, sempre que não se utilize para justificar situações anômalas de demoras generalizadas na prestação da tutela judicial, é irreprochável”, uma vez que “deve ser protegida a expectativa da parte de que seu litígio se resolva dentro da margem de tempo que, para esse tipo de assunto, venha sendo comum.”<sup>63</sup> É uma tentativa de estimular todos os órgãos judiciais a manterem um padrão mínimo de rendimento normal do serviço da Justiça.

O referido critério é largamente criticado pela doutrina espanhola, a exemplo de Maria Concepción Escudero Herrera, em cuja opinião, a aceitação generalizada da duração média dos processos de uma mesma estirpe pode ocasionar o alargamento indesejado dos processos no tempo.<sup>64</sup> A autora sustenta que, adotando-se tal

---

<sup>63</sup> Tradução nossa de trechos retirados de sentenças do Tribunal Constitucional da Espanha, respectivamente a de número 223/1988, de 25 de novembro e a de número 180/1996, de 12 de novembro; há diversas outras com posicionamento idêntico. Cf. MARTÍN, Agustín Jesús Pérez-Cruz. *Teoría general del derecho procesal*. Coruña: Tórculo Edicions, 2005, p. 260.

<sup>64</sup> Exemplo da aplicação do critério em estudo pode ser observado no julgado proferido pela Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo da Espanha, em 16.03/.1999 (RJ 1999/3049), em que se negou provimento ao recurso de cassação interposto pela *Red Nacional de los Ferrocarriles Españoles* contra a sentença da Seção Terceira da Sala do Contencioso-Administrativo da Audiência Nacional, datada de 18.02.1994. O Tribunal Supremo, filiando-se à doutrina do Tribunal Constitucional da Espanha, considerou que um atraso de três anos para que o Tribunal Central de Trabalho proferisse a sentença não pode se reputar injustificada. Por outro lado, o Magistrado Tomás y Valiente, no voto vencido que proferiu na sentença 5/1985, do Tribunal Constitucional da Espanha, assinalou, de forma lapidar e incontestável, que não se podem adotar como critério de definição das dilações indevidas os *standards* de atuação e rendimentos normais do serviço da justiça; e isso porque, em primeiro lugar, a frequente demora excessiva do serviço de justiça não pode se reputar normal, pois o normal é o ajustado à norma, e não o contrário a ela, ainda que seja mais frequente; e em segundo lugar, porque, se continuam crescendo o tempo e a generalização do descumprimento, e caso se tome como regra para medir o respeito à violação do direito a um processo sem dilações indevidas esse mesmo fato anormal, mas usual, isso equivaleria a deixar vazio de seu conteúdo essencial o direito fundamental. Vide HERRERA, M<sup>a</sup> Concepción Escudero.

posicionamento, restaria sem conteúdo o direito a um processo sem dilações indevidas, mergulhando a Administração da Justiça em uma crise. E é por isso que não reputa a duração média dos processos como argumento suficiente para determinar quando nos encontramos ante uma dilação indevida ou não.<sup>65</sup> Para Agustín Martín, por sua vez, o critério em apreço é “*más que dudoso*”, a despeito de uma abundante jurisprudência do Tribunal Constitucional da Espanha que o acolhe.<sup>66</sup>

A propósito, Díez-Picazo Giménez adverte que, afirmar que o caráter razoável ou não de um atraso depende, entre outras coisas, da duração média dos processos do mesmo tipo, equivale a advogar que as deficiências estruturais da administração da justiça também justificam tais dilações.<sup>67</sup> Assim, incorre em contradição flagrante o Tribunal Constitucional da Espanha, ao adotar o critério da duração média dos processos similares e, concomitantemente, rechaçar que as deficiências estruturais da administração da justiça possam justificar a morosidade.<sup>68</sup>

Por outro lado, Plácido Bartolomé defende a necessidade de um elemento de medição de caráter objetivo, que proporcione um certo grau de fixidez para a delimitação do conceito de razoabilidade. Defende o autor que, no estado atual da cultura jurídica, tal elemento só pode ser a duração média dos procedimentos da mesma classe do submetido à suposta dilação indevida. Quanto às críticas desferidas por amplo espectro da doutrina espanhola, aduz,

---

*Los obstáculos a la efectividad de las sentencias en el contencioso-administrativo, y sus soluciones.* Madrid: Dykinson, 2005, p. 67-68, notas 91 e 92.

<sup>65</sup> HERRERA, M<sup>a</sup> Concepción Escudero. *Op. cit.*, p. 67-68.

<sup>66</sup> MARTÍN, Agustín Jesús Pérez-Cruz. *Teoría general del derecho procesal.* Coruña: Tórculo Ediciones, 2005, p. 267.

<sup>67</sup> *Apud* HERRERA, M<sup>a</sup> Concepción Escudero. *Los obstáculos a la efectividad de las sentencias en el contencioso-administrativo, y sus soluciones.* Madrid: Dykinson, 2005, p. 71.

<sup>68</sup> De fato, o Tribunal Constitucional da Espanha vem decidindo reiteradamente que: *el excesivo número de asuntos no legitima el retraso en resolver, ya que el hecho de que las situaciones de atascos se conviertan en habituales no justifica la excesiva duración de un proceso.* Confirmam-se as seguintes sentenças do Tribunal Constitucional: 26, de 13.04.1983; 36, de 14.03./1984; 85, de 05.05.1990; 195, de 11/11/1997; 198, de 10/10/1999; e 223, de 11/11/1999. HERRERA, M<sup>a</sup> Concepción Escudero. *Op. cit.*, p. 69.

o autor, que podem ser eliminadas, desde que se faça referência à duração média dos processos, mas apenas quando esta for normal, isto é, quando restar comprovado o correto desenvolvimento da administração da justiça. De fato, quando o aparato estatal para a prestação do serviço da justiça está em crise, a referência ao *standard* médio de duração dos procedimentos poderia considerar-se uma simples fraude.<sup>69</sup>

Entendemos como inadequada a recepção desse critério no Brasil, em virtude da perigosa possibilidade de que se crie uma estandardização de índices insatisfatórios, convolvendo-se o anormal – isto é, o frequente desrespeito à duração razoável do processo no país – em usual e conforme a Constituição.

## CONCLUSÃO

Conclui-se que não se afigura adequado arbitrar prazos em abstrato para definir a razoabilidade do tempo de tramitação de um processo. A duração razoável tem um conteúdo mínimo que permite identificá-la, sem o qual a dilação indevida resta patente. Para a constatação da presença ou ausência da razoável duração do processo nos demais casos, foram elaborados critérios de objetivação do conceito no caso concreto.

O TEDH assentou alguns critérios objetivos para aferição da duração razoável no caso concreto, nomeadamente: 1) a complexidade do litígio; 2) a conduta pessoal da parte lesada; 3) a conduta das autoridades envolvidas no processo; e 4) o interesse em jogo para o demandante da indenização. Tal classificação é amplamente seguida pelos diversos tribunais que apreciam a matéria, não estando, contudo, imune a críticas, conforme procuramos estabelecer de forma motivada neste artigo.

---

<sup>69</sup> BARTOLOMÉ, Plácido Fernández-Viagas. *El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*. Madrid: Civitas, 1994, p. 46.

No tocante ao critério das margens ordinárias de duração dos litígios do mesmo tipo daquele em que ocorreu o retardamento, adotado pelo Tribunal Constitucional da Espanha, entendemos que não se afigura adequada a sua recepção no Brasil, em virtude da possibilidade de estandardização de índices insatisfatórios, e de aceitação da lentidão processual reinante como algo normal e conforme com a Constituição.

Impõe-se reconhecer que a conceituação da razoável duração do processo ainda está a merecer pesquisa mais aprofundada da doutrina e da jurisprudência pátrias, não sendo o escopo do presente artigo exaurir o tema, mas tão somente lançar algumas críticas e sugestões para a concretização do dispositivo constitucional sob exame.

## REFERÊNCIAS

ANNONI, Danielle. *Direitos humanos e acesso à justiça no direito internacional*. Curitiba: Juruá, 2003.

ARRUDA, Samuel Miranda. *O direito fundamental à razoável duração do processo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

BARTOLOMÉ, Plácido Fernández-Viagas. *El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*. Madrid: Civitas, 1994.

CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005.

\_\_\_\_\_. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. “Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas”. *Revista de Processo - RePro*, a. 17, n. 65, p. 127-143, jan./mar. 1992.

CASO ÇAPLIK v. TURKEY (*Application* n. 57019/00, julgado em 15/07/2005). *Site da Corte Europeia de Direitos Humanos*.

Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>>. Acesso em: 12 mar. 2008.

CASO GAVAZOV v. BULGARIA (*Application* n. 54659/00, julgado em 06/03/2008). Site da Corte Europeia de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>>. Acesso em: 12 mar. 2008.

CASO PLAZONIĆ v. CROATIA (*Application* n° 26455/04, julgado em 06/03/2008). Site da Corte Europeia de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>>. Acesso em: 12 mar. 2008.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Temas de direito e processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

DALMOTTO, Eugenio. *Diritto all'equa riparazione per l'eccessiva durata del processo*. In: CHIARLONI, Sergio (a cura di). *Misure acceleratorie e riparatorie contro l'irragionevole durata dei processi: commento alla legge 24 marzo 2001, n. 89*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2002. (Collana Procedura Civile n. 1), p. 67-225.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. A jurisprudência do STF sobre a responsabilidade do Estado por ato jurisdicional. *Revista de Processo - RePro*, a. 26, n. 103, p. 260-282, jul./set. 2001.

GALLI BASUALDO, Martín. *Responsabilidad del Estado por su actividad judicial*. Buenos Aires: Hammurabi, 2006.

HERRERA, M<sup>a</sup> Concepción Escudero. *Los obstáculos a la efectividad de las sentencias en el contencioso-administrativo, y sus soluciones*. Madrid: Dykinson, 2005.

MARTÍN, Agustín Jesús Pérez-Cruz. *Teoría general del derecho procesal*. Coruña: Tórculo Ediciones, 2005.

MASONI, Roberto. *La ragionevole durata del "giusto processo" nell'applicazione giurisprudenziale*. Milano: Giuffrè Editore, 2006. (Collana Fatto & Diritto).



MUÑOZ, Riánsares López. *Dilaciones indebidas y responsabilidad patrimonial de la Administración de Justicia*. Granada: Editorial Comares, 1996.

NICOLITT, André Luiz. *A duração razoável do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PETROLATI, Franco. *I tempi del processo e l'equa riparazione per la durata non ragionevole (la c.d. "legge Pinto")*. Milano: Giuffrè, 2005.

PONS, Enrique García. *Responsabilidad del Estado: la justicia y sus límites temporales*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1997.

RIBA TREPAT, Cristina. *La eficacia temporal del proceso. El juicio sin dilaciones indebidas*. Barcelona: Bosch, 1997.

ROMANO, Giovanni, CANNAVALE, Stefania, ALBINI, Margherita Cardona, JASONNA, Stefania, FASCIGLIONE, Marco. *L'equa riparazione nei più recenti orientamenti della Corte di Cassazione e della Corte Europea: la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e l'ordinamento italiano dopo l'intervento delle sezioni unite*. Milano: Cosa & Come, 2005.

SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi Flaquer. O prazo razoável para a duração dos processos e a responsabilidade do Estado pela demora na outorga da prestação jurisdicional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, WAMBIER, Luiz Rodrigues, GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel, FISCHER, Octávio Campos e FERREIRA, William Santos (coord.). *Reforma do Judiciário: Primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Ed. RT, 2005, p. 41-49.

SENDRA, Vicente Gimeno. *El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*. Constitución y Proceso. Madrid: Tecnos, 1988.

SPALDING, Alessandra Mendes. Direito fundamental à tutela jurisdicional tempestiva à luz do inciso LXXVIII do art. 5º da CF

inserido pela EC n. 45/2004. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, WAMBIER, Luiz Rodrigues, GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel, FISCHER, Octávio Campos e FERREIRA, William Santos (coord.). *Reforma do Judiciário: Primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Ed. RT, 2005, p. 31-40.

TARZIA, Giuseppe. "L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile". *Rivista di Diritto Processuale*, a. LVI (Seconda Serie), n. 1, p. 1-22, gennaio-marzo 2001.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual civil e penal*. São Paulo: Ed. RT, 1997.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. "Da duração razoável do processo". *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 34. São Paulo: Dialética, p. 53-68, jan. 2006.

# O TRÁFICO DE PESSOAS NO DIREITO INTERNACIONAL

---

**Etiene Coelho Martins**

Juiz Federal Substituto - 6ª Vara-Gabinete JEF-SP

*E-mail: etmartin@trf3.jus.br*

---

## RESUMO

O presente artigo trata do tráfico internacional de pessoas, dos desafios que ele representa no plano internacional e propõe alternativas de solução a partir dos organismos de integração regional e da lógica econômica do crime. Como crime transnacional, há uma dificuldade por parte dos Estados em lidar com o tráfico, pois este ultrapassa fronteiras e envolve diversos países. A concentração de esforços na repressão não leva à solução do problema, o qual, tendo em vista sua origem na vulnerabilidade da vítima, deve ser tratado com esforços preventivos. E, dentro desta visão, uma abordagem baseada nos Direitos Humanos deve ser entoadada, de maneira que a atenção se volte à vítima e não ao traficante. A partir destas análises, conclui-se pela utilização da cooperação em foros estabelecidos nas integrações regionais, em especial, na UNASUL, e,

## ABSTRACT

This article approaches the international trafficking in persons and the challenges it represents. It also proposes ways to deal with the trafficking through the regional integration instruments as well as the economic logic of crime fundamentals. As a transnational crime, trafficking crosses borders and involves several countries, representing a hard obstacle to be handled by governments. Focusing efforts on repression hasn't led to a solution because the roots of trafficking are in poverty and social development. That's why it should be faced by preventive efforts. Within this view, a human rights-based approach is more likely to succeed. From those perspectives, this paper suggests that States should establish cooperation through regional integration bodies, especially in UNASUR, and that society should boycott products made with

baseado na lógica econômica em que o crime ocorre (custo-benefício), pela conscientização social para o boicote de produtos de marcas que utilizem mão de obra escrava ou oriunda do tráfico. O objetivo é, portanto, provocar reflexões sobre a questão e tentar construir novas alternativas para a obtenção de resultados eficazes.

**Palavras-chave:** Tráfico Internacional de Pessoas - Globalização - Legalização da Prostituição - Integração Regional.

slave labor. Therefore, the purpose is to provoke a critical thinking about trafficking in persons and try to build new alternatives for achieving effective results.

**Keywords:** International Trafficking in Persons - Globalization - Legalization of Prostitution - Regional Integration.

## INTRODUÇÃO

O tráfico internacional de pessoas representa um desafio para os Estados, uma vez que rompe fronteiras e ocorre em diversos territórios ao mesmo tempo. Ao passo que o mundo se globaliza, o crime também se internacionaliza. Enquanto os Estados tentam enfrentar o crime sob a perspectiva de seu território e de maneira estanque, o crime tem agido de forma organizada, coordenando ações em vários territórios. É provável que um crime de tráfico de pessoas ou drogas ocorrido num país seja apenas o elemento de uma cadeia com extensão continental ou mesmo global. Por essa razão, no plano internacional, o assunto tem estado na agenda e, especificamente com relação ao tráfico de pessoas, muitos países já se tornaram signatários do Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças.<sup>1</sup> Neste contexto, o Direito Internacional se torna uma

---

<sup>1</sup> BRASIL. Decreto n. 5.017, de 12 de março de 2004, promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5017.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5017.htm)>. Acesso em: 10 out. 2014.

peça importante, uma vez que, somente por ações coordenadas, os Estados conseguirão resultados efetivos e permanentes.

O tráfico de pessoas é a escravidão da era moderna. De acordo com os relatórios da Organização das Nações Unidas – ONU,<sup>2</sup> a maior parte das pessoas traficadas se destina à exploração sexual, havendo, também, expressivo número destinado ao trabalho forçado. As vítimas são pessoas que vivem em condições de pobreza, sem educação e em locais com pouco ou nenhum desenvolvimento social. A esperança por uma vida melhor é a mola que move o tráfico. Ainda que haja o consentimento da vítima, o tráfico resta caracterizado, pois é o abuso desta condição de vulnerabilidade que justifica a sua reprovação. Daí a importância do assunto na atualidade, já que tal crime não apenas viola a dignidade da vítima, mas “coisifica” o próprio ser humano.

Dentro dos esforços internacionais, em 2003, foi assinado o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, cujo objeto é o tráfico de pessoas, estabelecendo uma série de rotinas, padrões e três eixos de atuação (os 3 P’s, na versão em Inglês): prevenção, repressão e proteção às vítimas. A partir de então, avanços foram feitos. Contudo, deve haver uma priorização de medidas preventivas, já que a concentração de esforços, no pós-tráfico, tem-se mostrado ineficaz. A abordagem deve ser guiada sob a ótica dos Direitos Humanos, tendo como objeto a vítima e não o traficante. Aliás, essa é uma das causas para a frequente ocorrência do retráfico. Neste aspecto, este trabalho questiona a tese de que a legalização da prostituição seja uma medida efetiva. Na prática, tal assertiva não se tem confirmado, tal como se observou na Alemanha, por uma série de razões.

Assim, neste artigo, a partir de reflexões sobre os desafios do tráfico internacional de pessoas, traz-se a contribuição de algumas alternativas que podem servir de caminhos para o seu enfrentamento.

---

<sup>2</sup> Disponível em: <<http://www.unodc.org/unodc/en/human-trafficking/publications.html?ref=menuaside>>. Acesso em: 09 out. 2018.

Como primeira alternativa, aponta-se a cooperação internacional por meio dos processos de integração regional, em especial, no caso do Brasil, a União das Nações Sul-Americanas – UNASUL, assim como as organizações internacionais. Como segunda, cita-se a conscientização para o boicote de produtos de marcas (registradas ou não) que tenham se utilizado de mão de obra escrava ou forçada na sua cadeia produtiva, forçando-as a deixarem de contratar nestas condições. A pretensão, portanto, é provocar um pensamento crítico sobre o assunto, a fim de desconstruir e reconstruir ideias para um efetivo enfrentamento deste crime que reflete grave violação aos Direitos Humanos.

## 1 A GLOBALIZAÇÃO, OS CRIMES TRANSNACIONAIS E O TRÁFICO DE PESSOAS

A globalização tem modificado uma série de estruturas sociais, econômicas e culturais, trazendo, às vezes, benefícios e oportunidades, mas, também, por vezes, novos desafios e obstáculos aos países e sociedades. Quando se fala em crimes internacionais, estes desafios ficam evidentes. Ao longo das duas últimas décadas, o mundo “diminuiu”, o fluxo de informação aumentou, a possibilidade de deslocamento e de atravessar fronteiras foi facilitada, as relações comerciais se intensificaram e o mercado de trabalho vem crescendo cada vez mais com a presença de imigrantes. Neste cenário, a prática de crimes transnacionais também aumenta, já que os atos criminosos podem ocorrer ao mesmo tempo ou em sequência em vários países, o que, de fato, para os Estados, por razões de soberania e diplomacia, é um enorme obstáculo.

Esse caráter múltiplo da globalização faz do crime uma figura elástica, multiforme e complexa. Os criminosos podem controlar suas atividades de qualquer lugar e a qualquer momento, não necessitando estar fisicamente presentes. O produto do crime é facilmente “lavado” pelas várias formas de transação financeira disponíveis. O rastreamento e a persecução dos crimes transnacionais

ficam ainda mais difíceis em razão das grandes distâncias que os ligam, deixando, ainda, menos evidentes, eventuais provas e rastros que possam auxiliar na investigação. A par de tudo isso, há a falta de comunicação entre as autoridades investigatórias, dificultando ações coordenadas, de maneira a tratar o problema em escala local e não global. Enquanto o crime organizado age coordenadamente, os Estados tendem a agir de forma desconectada e isolada, considerando o problema apenas do ponto de vista interno de seus territórios.

O tráfico internacional de pessoas é um bom exemplo. Trata-se de um aspecto da sociedade globalizada, pois as origens do tráfico estão no sonho de se ter emprego e melhores condições de vida. Conforme se vê nos relatórios da ONU,<sup>3</sup> a cada ano, o número de vítimas traficadas aumenta e, não obstante haja esforços no seu combate, existe forte tendência de crescimento no futuro. De fato, observa-se que o fluxo é de países pobres e pouco desenvolvidos para os países ricos e com melhor qualidade de vida. Na maior parte dos casos, o tráfico se destina à exploração sexual e, em menor quantidade, mas de forma expressiva, ao trabalho forçado. Contudo, há registros de destinação das vítimas para a remoção de órgãos, adoção, participação em conflitos armados e casamento forçado.<sup>4</sup> Quanto mais vulnerável é a situação do país, maior é o potencial de ocorrência do tráfico. O que move a vítima é a esperança por uma vida melhor.

O tráfico de seres humanos é a escravidão da era moderna. A vítima é tratada como uma mercadoria, um objeto comercializável. O ponto é que a situação de vulnerabilidade da vítima a torna submissa e manipulável. As condições em que são exploradas fazem-nas completamente dependentes dos traficantes, impedindo que saiam daquela situação e consigam retornar para o seu país ou região de origem. É o processo de “coisificação” da pessoa que caracteriza o tráfico. Se a escravidão de dois séculos atrás era baseada

---

<sup>3</sup> Idem.

<sup>4</sup> UNODC, *Global Report on Trafficking in Persons 2012*. United Nations publication: 2012. Disponível em: <[http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/Trafficking\\_in\\_Persons\\_2012\\_web.pdf](http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/Trafficking_in_Persons_2012_web.pdf)>. Acesso em: 12 out. 2014.

na propriedade, a “escravidão do tráfico de pessoas” é baseada pelo domínio e abuso da sua situação de vulnerabilidade.

E isso ocorre por uma série de motivos. O fator econômico é o principal deles, já que as pessoas migram de um país para outro em busca de emprego e melhores condições de vida e salários. A par do fator econômico, existem também fatores sociais, políticos, culturais e religiosos. Há casos, por exemplo, de tráfico de crianças para serem usadas como soldados em conflitos armados. Em Ruanda e Serra Leoa, o efeito devastador dos conflitos armados que o povo vivenciou tornou tais países um alvo fácil para a atuação de traficantes.<sup>5</sup> Situação parecida viveu o Haiti que, após o terremoto de 2010, teve crianças entre 5 e 15 anos sendo traficadas para a República Dominicana, iludidas pela promessa de paz e segurança e a esperança de encontrar condições para recomeçar a vida.<sup>6</sup>

No relatório da ONU de 2012,<sup>7</sup> as mulheres (adultas) representavam cerca 55-60% das vítimas. Em 2014, para a edição do próximo relatório, este número aumentou e, se incluirmos também as garotas menores de 18 anos, as mulheres chegam a representar ¾ das vítimas. O curioso é que, no tráfico de pessoas, as mulheres têm grande participação como traficadas, mas também como traficantes. Representando 1/3 dos traficantes, elas atuam principalmente no recrutamento e aliciamento de mulheres, já que esta identidade de gênero facilita a conquista da confiança e do convencimento.

A par da exploração sexual, o trabalho forçado também representa um número expressivo, correspondendo a 44% nas Américas. No mundo, este número cai para 36%, mas tal dado é provavelmente maior, uma vez que não há tanta precisão nos relatórios enviados pelos países (em especial aqueles da África e Ásia). Na Europa, predomina o tráfico para exploração sexual. Ao contrário do que se

<sup>5</sup> RAHMAN, Majeed A. Human Trafficking in the era of Globalization: The case of Trafficking in the Global Market Economy. *Transcience Journal*. Vol 2, No 1. 2011.

<sup>6</sup> Idem.

<sup>7</sup> UNODC, *Global Report on Trafficking in Persons 2012*. United Nations publication: 2012. Disponível em: <[http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/Trafficking\\_in\\_Persons\\_2012\\_web.pdf](http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/Trafficking_in_Persons_2012_web.pdf)> Acesso em: 12 out. 2014.



possa imaginar, o tráfico de pessoas é mais comum dentro de uma mesma região/continente do que entre regiões/continentes. Isto decorre por ser mais fácil cruzar curtas distâncias (em alguns casos, basta atravessar a fronteira), pelos custos serem mais baixos e pela própria redução dos riscos de serem flagrados pelas autoridades. Nos países do Sul e Leste da Ásia, África e Leste Europeu, predominam vítimas quase que exclusivamente destas mesmas regiões. Na América do Norte, cerca de 2/3 das vítimas vêm da própria região da América Central e Caribe. A situação somente muda, todavia, havendo tráfico de longas distâncias de forma mais expressiva, na Europa Central e Ocidental (26%) e no Oriente Médio (70%).<sup>8</sup>

As vítimas brasileiras são comumente traficadas para a Europa e, na maioria dos casos, para exploração sexual. Entre 2005 e 2011, foram identificadas 475 vítimas nacionais.<sup>9</sup> Os países de destino, segundo o Ministério da Justiça, são, em regra, Suíça, Espanha, Holanda e Suriname, sendo que este último entra na lista apenas como país de rota para Holanda. Há registros de tráfico para o trabalho escravo de brasileiros no exterior, correspondendo, contudo, a pouco mais que 35% dos casos. Tais dados, todavia, não refletem a realidade fielmente, uma vez que nem todas as ocorrências são levadas ao conhecimento da Polícia Federal e da Justiça. Eles representam apenas uma fração do montante, não obstante apontem um norte sobre como o tráfico atua no Brasil.

## 2 O TRÁFICO DE PESSOAS SOB A ÓTICA DO DIREITO INTERNACIONAL

Na comunidade internacional, o assunto entrou na agenda há alguns anos, mas, somente em 2003, foi aprovado um tratado

---

<sup>8</sup> Idem (para todos os dados deste parágrafo).

<sup>9</sup> Para todos os dados deste parágrafo: Relatório Nacional sobre Tráfico de Pessoas: consolidação dos dados de 2005 a 2011. Ministério da Justiça. Disponível em: <[http://csem.org.br/images/downloads/relatorios/Relatório\\_Nacional\\_sobre\\_Tráfico\\_de\\_Pessoas\\_-\\_consolidação\\_dos\\_dados\\_de\\_2005\\_a\\_2011.pdf](http://csem.org.br/images/downloads/relatorios/Relatório_Nacional_sobre_Tráfico_de_Pessoas_-_consolidação_dos_dados_de_2005_a_2011.pdf)> Acesso em: 15 out. 2014.

específico sobre a matéria: o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças.<sup>10-11</sup> O presente Protocolo representou um progresso no combate ao tráfico de pessoas, pois criou parâmetros, padrões e garantias a serem assegurados pelos diversos países signatários. Até 2012, por exemplo, cumprindo a orientação do Protocolo, 134 países haviam criminalizado o tráfico de pessoas em seus territórios. Como orientação normativa que é, o art. 3º do Protocolo definiu o tráfico como:

a) A expressão “tráfico de pessoas” significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos; [...]

A dinâmica do tráfico de pessoas ocorre da seguinte forma. Traficantes buscam locais onde as pessoas estão vulneráveis, seja porque vivem na pobreza, seja porque se iludem com propostas de

---

<sup>10</sup> Antes da criação da ONU, já havia uma preocupação com o tráfico de pessoas e a edição do Acordo Internacional para Supressão do Tráfico de Escravas Brancas, em 1904. Complementando o Acordo de 1904, em 1910, foi editada a Convenção internacional para Supressão do Tráfico de Escravas Brancas, cujo acréscimo se deu no tocante à disposição de sanção aos recrutadores de vítimas. Com a criação da ONU, foi publicada a Convenção e Protocolo Final para a Supressão do Tráfico de Pessoas e do Lenocínio, de 1949, a qual se voltava à proibição da prostituição e partia de um paradigma em que a mulher era considerada dependente e vulnerável à exploração sexual e seus exploradores. In JESUS, Damásio Evangelista de. *Tráfico internacional de mulheres e crianças* - Brasil: aspectos regionais e nacionais. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 27/28.

<sup>11</sup> O protocolo foi promulgado pelo Decreto n. 5.017, de 12 de março de 2004.

salário ou vida melhores. A vulnerabilidade é a chave para que todo o sistema do tráfico surja e se perpetue. As vítimas são cooptadas no país de origem, levadas para um país de trânsito ou, em certos casos, ao país de destino diretamente. O país de trânsito serve apenas como uma rota para facilitar a entrada no destino e não levantar suspeitas. Ao chegarem, as vítimas são ameaçadas e violentadas, têm seus passaportes retidos, são obrigadas a pagar o custo de seus deslocamentos e a sua manutenção. Contudo, este acerto de contas se dá de maneira desproporcional, onde o ganho decorrente do trabalho nunca será suficiente para o pagamento da dívida. Assim, a relação de dependência se perpetua e os traficantes impõem o seu controle.

Aqui, vale destacar que o consentimento da vítima não descaracteriza a situação do tráfico. O Protocolo assim estabeleceu expressamente para não deixar dúvidas. Como se sabe, é o abuso da situação de fragilidade da vítima que marca a preocupação com o tráfico de pessoas. E a postura dela, neste processo, não torna a conduta do traficante menos reprovável ou os efeitos negativos do tráfico menos perniciosos. Neste sentido, aliás, o Judiciário brasileiro tem entendido, de maneira que, para a caracterização do crime de tráfico de pessoas, seja doméstico, seja internacional, o consentimento e a colaboração da própria pessoa são irrelevantes.

Merece atenção o fato de que a imigração ilegal reflete uma situação distinta. Neste, também ocorre a entrada ilegal do indivíduo, mas ele colabora e tem a opção de regressar e mudar de emprego livremente. Não há violação à sua locomoção e nem o uso da força, coação ou fraude. Trata-se de um contexto em que a pessoa não é vítima, embora esteja em situação de violação à lei. No tráfico, ao contrário, as pessoas são consideradas como tal e têm a sua liberdade restringida. Em geral, seus documentos são retidos, elas são obrigadas a trabalhar para pagar os custos de sua mudança e permanência e sofrem constantes ameaças. São tratadas como mercadorias, vivendo em uma situação de real escravidão. Tal diferença se mostra importante na prática para o direcionamento e tratamento dos indivíduos, já que as pessoas traficadas gozam de prerrogativas previstas no Protocolo.

Como mencionado anteriormente, o crime transnacional apresenta uma série de obstáculos em sua repressão, destacando-se, em especial, a dificuldade de interação, a falta de coleta de dados e o problema da falta de atuação coordenada entre os Estados. Tendo em vista estas dificuldades, o Protocolo estabelece um plano de atuação em três eixos: prevenção, repressão e proteção às vítimas (Em inglês, este plano é chamado de os 3 P's: *Prosecution of traffickers, Prevention of the crime of human trafficking e Protection of trafficking victims*). Esta orientação é importante porque estimula os Estados signatários a se empenharem sobre pontos cruciais do tráfico em seu território, otimizando esforços e aumentando resultados.

A par do tráfico em si, uma situação que tem preocupado e crescido é o problema relacionado ao retráfico. As vítimas, quando são descobertas e regressam ao seu país, sofrem com o preconceito e a dificuldade de se restabelecerem. Muitas são rotuladas como prostitutas e novamente interceptadas por traficantes, os quais cobram os valores dispendidos no seu envio para o exterior. Em algumas comunidades, ocorre violência física por conta da reprovação social e mesmo a família tende a discriminar. Em consequência, a repatriação as tornam ainda mais vulneráveis, o que aumenta as suas chances de serem novamente traficadas, formando-se um ciclo vicioso. Incrementando tal contexto, estão as políticas voltadas apenas à repressão criminal, preocupadas com o traficante e não com a vítima.

E este é um ponto que merece reflexão: uma abordagem focada nos Direitos da vítima em oposição à abordagem focada na repressão/punição dos traficantes. Atualmente, existe um predominate esforço no controle criminal e na prisão dos envolvidos, o que é um acerto, tal como estimula o Protocolo. Por outro lado, há o esquecimento da vítima, que acaba sendo deixada em segundo plano, o que, na prática, ocasiona uma situação de vulnerabilidade ainda maior. Ou seja, cada crime apurado não coloca os Estados mais perto da solução do problema, já que a atenção voltada para o pós-tráfico se limita à atuação nas consequências e não na causa.

É necessária uma mudança de perspectiva no tratamento do tráfico de pessoas, adotando-se uma postura fundada nos Direitos Humanos. Embora haja previsão no Protocolo e a própria ONU incentive iniciativas de cunho humanístico, fato é que há uma forte concentração de esforços na repressão, na prisão e processo dos traficantes. Ações voltadas à repressão criminal são essenciais, mas não as mais importantes. O foco não deve ser os traficantes, mas a vítima. Como dito acima, a causa do problema está na pobreza, na violência doméstica, na falta de educação e no desenvolvimento social, de maneira que a condição de vulnerabilidade da vítima é que a torna refém deste pernicioso sistema. Traficantes apenas se aproveitam desta situação, não sendo, contudo, o elemento principal.

Uma visão pautada nos Direitos Humanos não leva apenas à conclusão de que os Estados devem erradicar a pobreza e propiciar o desenvolvimento no campo social de seus territórios. Há atitudes que vão além. Trata-se de dar a devida atenção e suporte para as vítimas quando estão no país de destino, tal como providências para que permaneçam em locais dignos aguardando o processo criminal e os procedimentos para o regresso ao país de origem. É fazer o devido acompanhamento à vítima, a fim de se evitar que seja novamente interceptada por traficantes ou, diante das dificuldades em restabelecer novamente em seu país, seja re traficada (a vítima, quando de volta ao país de origem, está duas vezes mais vulnerável, seja porque as condições de vida continuam ruins, seja porque sofre o preconceito e estigma de prostituta e fracassada). A modificação na abordagem sobre o tráfico é uma necessidade que não só dignifica a pessoa humana, mas também trata o problema em seu berço, dando, portanto, resultados mais efetivos.

## 2.1 A legalização da prostituição como medida preventiva?

Como dito acima, a melhor forma de se combater o tráfico internacional de pessoas é por medidas preventivas. Porém, o obstáculo é como operacionalizar essas medidas, já que, para uma ação

de sucesso, é necessária a cooperação dos Estados. Este, aliás, é um ponto importante na efetivação do Direito Internacional, uma vez que os Estados são os responsáveis pela implantação das medidas pactuadas. O grande paradoxo é que se conhece a causa do problema, mas a sua solução é complexa e a longo prazo. Se o desenvolvimento social, a educação e a erradicação da pobreza são apontados como solução, fato é que o caminho para se chegar lá é longo. E até lá, o que se deve fazer?

Na tentativa de se dar uma resposta, alguns<sup>12</sup> advogam pela legalização da prostituição. A ideia é que, sendo uma profissão legalizada e havendo uma regulação desta atividade, as mulheres e homens passarão a ter direitos trabalhistas, os locais de trabalho serão fiscalizados, e, em consequência, existirá uma resistência em contratar imigrantes ilegais/traficados. Teoricamente, sustenta-se que a legalização gera um efeito substitutivo na procura da prostituição com pessoas/locais ilícitos pela prostituição lícita. Na prática, porém, os países que legalizaram a prostituição não experimentaram uma redução no fluxo de tráfico de pessoas. Ao contrário, houve um aumento. Na Alemanha, por exemplo, onde a prostituição foi legalizada em 2002, pesquisas mostram que pessoas traficadas vítimas de exploração sexual cresceram cerca de ¼ nos primeiros anos após a sua regulamentação, quando comparados com períodos anteriores.<sup>13</sup>

Uma explicação para tal fenômeno é que, com a legalização, a procura pela prostituição tende a aumentar. E muitas vezes, porém, a oferta de mulheres nacionais não é suficiente, ocasião em

---

<sup>12</sup> Como exemplo de defensores desta tese, cito Marie Segrave (Order at the Border: The Repatriation of Victims of Trafficking. *Women's Studies International Forum*, 32, 2009, p 251-260) e o Bureau of the Dutch National Rapporteur on Trafficking in Human Beings (2005). Este último disponível em: <[http://www.dutchrapporteur.nl/Images/Rapportage%204%20\(Eng\)\\_tcm64-83608.pdf](http://www.dutchrapporteur.nl/Images/Rapportage%204%20(Eng)_tcm64-83608.pdf)> Acesso em: 14 out. 2014.

<sup>13</sup> Cho, S.-Y., Dreher, A. and Neumayer, E. "Does Legalized Prostitution Increase Human Trafficking?" *Economics of Security Working*. Paper 71, Berlin: Economics of Security. Disponível em: <[https://www.diw.de/documents/publikationen/73/diw\\_01.c.405653.de/diw\\_econsec0071.pdf](https://www.diw.de/documents/publikationen/73/diw_01.c.405653.de/diw_econsec0071.pdf)>. Acesso em: 10 out. 2014.

que o tráfico se mostrará como alternativa para atender a demanda. De fato, embora legal, a prostituição ainda é mal vista socialmente, sendo fortemente estigmatizada. Com isso, as mulheres nacionais e imigrantes legalizadas procuram outras atividades profissionais. Comparativamente, empregos mais simples em países desenvolvidos (garçonetes, atendentes...) têm grande participação de mão de obra estrangeira, já que são pouco atrativos para os nacionais. Da mesma forma, na prostituição, em razão de seu estigma social, há pouca procura por parte das nacionais e, em consequência, supre-se tal lacuna com as mulheres oriundas do tráfico.

Outra explicação é que o tráfico não está diretamente relacionado com a atividade ilegal da prostituição. Não é o fato da prostituição ser vedada que facilita ou estimula o tráfico. Pode haver alguma influência, mas não é a razão preponderante. Ele ocorre porque há outros fatores que o impulsionam, tal como a demanda pela prostituição, por exemplo. Fazendo um paralelo com o trabalho forçado, tal conclusão fica facilmente compreendida, já que o trabalho numa indústria têxtil é uma atividade legal, regulamentada e fiscalizada pelo Estado; entretanto, isto não impede ou reduz a ocorrência do trabalho escravo. A atividade do tráfico se beneficia da vulnerabilidade das vítimas, as quais são pobres e aceitam propostas de uma vida melhor em outro país, do mercado consumidor, da corrupção dos agentes estatais, e não, necessariamente, da prostituição como uma atividade ilegal.

## 2.2 Caminhos para uma atuação mais efetiva: a integração regional (UNASUL) e a lógica econômica do crime

O Direito Internacional tem um importante papel no atual contexto mundial. Não obstante a ainda baixa coercibilidade e a dificuldade de se impor sanções aos Estados, fato é que nenhum Estado está isolado e independente sob o ponto de vista comercial e político. As integrações regionais (União Europeia, MERCOSUL e a União das Nações Sul-Americanas-UNASUL) são exemplos da

necessidade que os países têm em se unirem para enfrentarem de maneira mais apropriada os desafios impostos pela globalização e sociedade moderna. E tais integrações não se destinam à solução de questões comerciais apenas, mas, também, à questões políticas e sociais. Como exemplos, no âmbito da UNASUL, há o Conselho de Defesa e de Saúde e, no MERCOSUL, um Parlamento. Na Organização dos Estados Americanos-OEA, Departamento de Segurança Pública é voltado para problemas relativos à segurança pública, o qual possui, inclusive, diversas atividades ligadas ao combate aos crimes internacionais.

A UNASUL representa um bloco formado pela Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Equador, Guiana, Paraguai, Peru, Suriname, Uruguai e Venezuela, e busca a integração política, social, cultural, econômica, financeira, ambiental e de infraestrutura entre seus membros. Para esta missão, foi assinado o Tratado Constitutivo do bloco em 2008 que prevê os seus princípios, órgãos e metas. Na América do Sul, a importância do estabelecimento da UNASUL está na mudança de perspectiva no progresso integracional, que migra de uma *integração econômica*, capitaneada pelo MERCOSUL, para uma *integração política, social e econômica*. Trata-se de uma integração com forte viés cooperativo com vistas à solução e capacitação dos Estados membros aos desafios propostos pela globalização.

A UNASUL, assim como as organizações internacionais, pode e deve ser usada como instrumento contra o tráfico de pessoas, seja pelo Poder Executivo, seja pelo Poder Judiciário. Para o primeiro, tais organizações funcionam como foros de discussão dos assuntos regionais e de tomada de decisões em conjunto e de forma coordenada. Também possuem a função de concentrar dados relativos ao tráfico, o que auxilia na identificação de pontos cruciais a serem observados. A ONU, como organização de caráter global, oferece diversos estudos sobre o comportamento do tráfico nas mais diferentes regiões do planeta, apontando como a dinâmica do tráfico de pessoas se dá em cada local. Estar ciente desta dinâmica é crucial, pois a prevenção e repressão do trabalho forçado devem ser



diferentes daquelas da exploração sexual. Somente se sabe como proceder, quando se têm dados e conhecem-se detalhes a respeito do problema.

No âmbito das atividades do Poder Executivo, tais informações e dados devem ser levados em conta na elaboração de políticas e atuação das autoridades fiscalizatórias. Por exemplo, no momento da imigração, a fiscalização é facilitada conhecendo-se as características do tráfico. Este crime tem a maior participação de mulheres como autoras, correspondendo a um terço dos traficantes. Na América do Sul, as pessoas são traficadas entre os países da própria região sul, havendo também para a Europa e outras localidades, mas em menor escala. Neste tráfico regional, o destino é o trabalho forçado e a exploração sexual (44% para o primeiro e pouco mais de 50% para o segundo), enquanto, para a Europa, normalmente, o destino é a exploração sexual.<sup>14</sup> Assim, sabendo-se como é o *modus operandi*, a atuação estatal tende a ser mais efetiva.

Para o Judiciário, a cooperação judicial seria um dos principais instrumentos. No âmbito da UNASUL, podem ser estimulados o estreitamento entre os Poderes Judiciários e também a facilitação no cumprimento de ordens judiciais e pedidos de cooperação. Tendo em vista a existência do tráfico para o continente europeu, pode-se estabelecer cooperações entre a UNASUL e a União Europeia. É possível também a criação de um banco de dados de condenações e investigações que auxiliem na localização de criminosos ou produtos do crime. Da mesma forma, o estabelecimento de rotinas que reduzam o tempo de execução do pedido de cooperação e até mesmo procedimentos para oitivas por videoconferência.

Ao lado da UNASUL e da integração regional, merece destaque o fato de que o crime obedece à lógica econômica.<sup>15</sup> A prática

---

<sup>14</sup> UNODC, *Global Report on Trafficking in Persons 2012*. United Nations publication: 2012. Disponível em: <[http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/Trafficking\\_in\\_Persons\\_2012\\_web.pdf](http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/Trafficking_in_Persons_2012_web.pdf)> Acesso em: 12 out. 2014.

<sup>15</sup> Sobre a Teoria Econômica do Crime, ver: VECCHIO JUNIOR, Jacintho Del. Sobre o alcance da teoria beckeriana do crime e da punição. Disponível em: <[http://www.academia.edu/3999495/Sobre\\_o\\_alcance\\_da\\_teorias\\_beckeriana\\_do\\_crime\\_e\\_da\\_punição](http://www.academia.edu/3999495/Sobre_o_alcance_da_teorias_beckeriana_do_crime_e_da_punição)> Acesso em: 17 out. 2014.

de um delito é mais ou menos suscetível de ocorrer se houver maior ou menor probabilidade de dar certo (de ser flagrado pela polícia, por exemplo). Há uma ponderação entre os custos e benefícios, a qual, em certa medida, é fator determinante na conduta criminoso. Um local escuro e sem movimento é muito mais propício à ocorrência de um roubo do que um lugar claro e movimentado. Pessoas idosas e mulheres são alvos mais fáceis do que os jovens e homens. Assim, sendo estes fatores levados em consideração pelos criminosos, dificultar esta relação custo-benefício pode ser um caminho no seu enfrentamento.

No tráfico visando ao trabalho forçado, a relação custo-benefício pode ser dificultada por meio da conscientização do mercado consumidor em não adquirir determinado produto que tenha se utilizado de mão de obra escrava ou de trabalho forçado. Alguma marca que se beneficie deste produto, seja no meio da cadeia produtiva ou no final, não quer ter o seu nome vinculado a produtos oriundos de atividades ilegais, por exemplo. Ao evitar a contratação de trabalhadores nesta situação, estar-se-ia desestimulando o tráfico. Aliás, a atitude de boicote é até mais eficaz do que a própria ação repressora do Estado. Arcar com atividades que envolvam mão de obra muito barata pode significar um custo alto quando se tem chances de ter um boicote de seus produtos em razão da vinculação da imagem a atividades ilícitas.

Neste contexto, a Nike é um bom estudo de caso. Ao longo dos anos, a marca tem sido frequentemente associada à exploração de trabalho escravo e infantil por parte de seus fornecedores. Em 1996, a revista *Life* publicou a foto de um menino paquistanês costurando bolas de futebol da Nike e, nos anos seguintes, outras notícias foram divulgadas envolvendo seus colaboradores.<sup>16</sup> Desde então, a empresa tem tomado medidas para reverter esse quadro, criando cargos de fiscalização própria em todas as etapas do processo: na

---

<sup>16</sup> Disponível em: <<http://br.wsj.com/articles/SB10001424052702303380004579520232824324174>>. Acesso em: 20 out. 2014.

fabricação dos produtos, na cadeia de importação de exportação, na pesquisa e no desenvolvimento de produtos. Em 2013, por exemplo, foi encerrado o contrato com a *Lyric Industries*, a qual funcionava em um prédio antigo, abarrotado de funcionários de diversas empresas, sem as menores condições de segurança e saúde para os funcionários.<sup>17</sup> O que modificou a postura da Nike não foi exatamente a preocupação com a forma em que trabalhadores exerciam suas atividades, mas sim o temor em ter perda de lucro e ter seu nome vinculado à atividades ilegais e imorais.

## CONCLUSÃO

O tráfico internacional de pessoas representa uma violação aos Direitos Humanos e é considerado um mercado lucrativo com franco crescimento nos últimos anos. O seu crescimento tem razão na dificuldade dos Estados em lidar com os crimes transnacionais, já que eles ocorrem em territórios diferentes, enquanto as autoridades tendem a atuar considerando apenas os efeitos dentro do seu território. No Direito Internacional, em 2003, foi assinado o Protocolo a fim de combater o tráfico de pessoas, o qual estabeleceu uma série de padrões e rotinas a serem seguidos pelos Estados, baseando-se, especialmente, em três eixos: prevenção, repressão e proteção à vítima (os 3 P's: *prevention, prosecution and protection*).

Não obstante tal engajamento global, existe uma falha nas atuações dos Estados. Isto porque há uma grande concentração de esforços no pós-tráfico, deixando-se de lado o devido tratamento à origem do problema. O tráfico tem como alvo as pessoas que vivem em locais pobres e pouco desenvolvidos. Portanto, aqui deve residir o verdadeiro esforço internacional e estatal. O foco deve ser a vítima e não o traficante. Esta mudança de pensamento é fundamental para tratar a origem do problema, evitando-se, por exemplo, novas ocorrências e situações de retráfico.

---

<sup>17</sup> Idem.

E é com base nisso que a legalização da prostituição não representa uma via adequada. Tal como visto, a prostituição como profissão regulamentada não reduz o fluxo do tráfico. Em verdade, a regulamentação tende a aumentar este fluxo, pois o consumo cresce e a demanda por mulheres também, e, não havendo como supri-la com nacionais, então, lança-se mão do tráfico. O tráfico e a prostituição ilegal não se relacionam diretamente, pois funcionam em paralelo. É a demanda que influencia.

Dentro da realidade brasileira, este artigo sugere caminhos que podem somar na luta contra este crime. O primeiro é a utilização da UNASUL e das organizações internacionais. Como o tráfico opera sem fronteiras, é crucial que os Estados estabeleçam acordos cooperativos e facilitem o fluxo de informações e procedimentos investigatórios e judiciais. A UNASUL, por representar uma integração regional de cunho social e político, pode servir de foro para o estabelecimento de instrumentos entre os países membros. Da mesma forma, a OEA, a qual goza de um Departamento de Segurança Pública, também está apta a contribuir na formulação de rotinas regionais e integrativas entre as autoridades administrativas e judiciais.

Outro caminho é a conscientização social para que não sejam consumidos produtos de marcas que se utilizem de mão de obra oriunda de trabalho escravo ou forçado. Esta atitude teve grande repercussão com a Nike que, após diversas notícias de que seus fornecedores se utilizavam de empregados naquelas condições, rescindiu contratos com determinados parceiros e mudou critérios para a contratação de novos fornecedores. A imagem de uma empresa tem grande participação no incremento de seus lucros e nenhuma quer se ver vinculada à atividades ilícitas. Portanto, a ocorrência de um boicote torna arriscado arcar com o baixo custo do trabalho escravo ou forçado e, em consequência, representa um caminho eficaz e que com resultados imediatos.

Por fim, várias são as questões envolvidas no tráfico internacional de pessoas que podem ser melhoradas ou alteradas. O assunto é complexo, pois envolvem também situações locais, as quais

necessitam um enfoque específico, não devendo, portanto, serem analisadas genericamente. A pobreza e a falta de desenvolvimento social são, de fato, as principais causas. Contudo, requerem ações com resultados a médio e longo prazo. Daí a importância de esforços paralelos, tal como os aqui apresentados. A principal questão é aquela pertinente à cooperação entre os Estados, pois o aumento deste crime tem se beneficiado da desarticulação e falta de ações coordenadas. Desta forma, mostra-se relevante a cooperação no seio das integrações regionais (em especial, a UNASUL) e outras organizações internacionais (OEA, por exemplo).

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto n. 5.017, de 12 de março de 2004, promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5017.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5017.htm)>. Acesso em: 10 out. 2014.

“Bureau of the Dutch National Rapporteur on Trafficking in Human Beings” (2005). Disponível em: <[http://www.dutchrappporteur.nl/Images/Rapportage%204%20\(Eng\)\\_tcm64-83608.pdf](http://www.dutchrappporteur.nl/Images/Rapportage%204%20(Eng)_tcm64-83608.pdf)>. Acesso em: 14 out. 2014.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Tráfico internacional de mulheres e crianças*. Brasil: aspectos regionais e nacionais. São Paulo: Saraiva, 2003.

RAHMAN, Majeed A. Human Trafficking in the era of Globalization: The case of Trafficking in the Global Market Economy. *Transcience Journal*. Vol 2, No 1. 2011.

UNODC, *Global Report on Trafficking in Persons 2012*. United Nations publication: 2012. Disponível em: <<http://www.unodc.org/>>

documents/data-and-analysis/glotip/Trafficking\_in\_Persons\_2012\_web.pdf>. Acesso em: 12

VECCHIO JUNIOR, Jacintho Del. “Sobre o alcance da teoria beckeriana do crime e da punição”. Disponível em: <[http://www.academia.edu/3999495/Sobre\\_o\\_alcance\\_da\\_teorias\\_beckeriana\\_do\\_crime\\_e\\_da\\_punicao](http://www.academia.edu/3999495/Sobre_o_alcance_da_teorias_beckeriana_do_crime_e_da_punicao)>. Acesso em: 17 out. 2014.

**Nota do editorial:** Está em trâmite, no Congresso Nacional, Projeto de Lei sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas – PL 7370/2014. Disponível em: <<http://goo.gl/R8j0ts>>. Acesso em: 25 ago. 2015.

# OS NOVOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS E AS DEMANDAS AJUIZADAS ANTERIORMENTE À SUA INSTALAÇÃO: interpretação do art. 25, da Lei n. 10.259/2001

---

**Pedro Luís Piedade Novaes**

Juiz Federal da Segunda Vara Federal em Araçatuba/SP,  
Professor Universitário  
E-mail: [penovaes@jfsp.jus.br](mailto:penovaes@jfsp.jus.br)

---

## RESUMO

O presente artigo analisa o art. 25, da Lei n. 10.259/2001 (Lei dos Juizados Especiais Federais), que determina expressamente que não serão remetidas aos Juizados Especiais as demandas ajuizadas até a data de sua instalação. Apesar de sua redação clara, a jurisprudência dos Tribunais tem dado interpretação diversa de seu conteúdo, gerando atrasos na prestação jurisdicional, prejudicando a própria natureza do rito dessas ações denominadas de pequenas causas.

**Palavras-chave:** Juizados Especiais Federais — Competência — Processo civil.

## ABSTRACT

This article analyzes the article 25 of Brazilian Federal Law number 10259/2001 (Law of Federal Small Claims Courts), which expressly states that will not be sent to the Federal Small Claims Courts claims filed until the date of its installation. Despite its clear writing, the precedent of the courts has given a different interpretation of its contents, generating delays in judgement, undermining the own nature of these actions rite called small claims.

**Keywords:** Federal small courts — Jurisdiction — Civil actions.

A expressão “a regra é clara”, comumente dita pelo comentarista de futebol Arnaldo César Coelho, nem sempre é possível de ser aplicada no mundo jurídico, haja vista que qualquer norma legal pode ser alvo de interpretações das mais variadas possíveis, mesmo nos casos em que, aparentemente, ela não seja dúbia.

Nesse contexto, cito o art. 25 da Lei n. 10.259/2001, que dispõe de forma incisiva o seguinte preceito: “*não serão remetidas aos Juizados Especiais as demandas ajuizadas até a data de sua instalação*” (grifos meus). De plano, ressalto que o termo “demanda” é definido em qualquer dicionário como sinônimo de processo judicial ou ação, por meio da qual a parte requer algo ao Poder Judiciário. Segundo o Aurélio, demanda é “*processo judicial destinado a reclamar um direito.*”<sup>1</sup> No mesmo sentido, “*demanda pode ser conceituada como o processo judicial ou ação, por meio da qual a parte requer algo ao Poder Judiciário.*”<sup>2</sup>

Definido o que seja o vocábulo demanda, convém agora abrir um parêntese, para mencionar que em 2001, quando a lei federal n. 10.259 foi publicada, a redação do seu art. 25 era destinada, naquele momento específico, às *demandas* ajuizadas anteriormente nas varas federais e estaduais, pois inexistia, no ordenamento jurídico, na estrutura da Justiça Federal, a figura dos Juizados Especiais Federais – JEFs.

Posteriormente, visando à interiorização da Justiça Federal, foi aprovada, pelo Congresso Nacional, a Lei nº 12.011, de 4 de agosto de 2009, que autorizou a criação de 230 (duzentas e trinta) Varas Federais, onde foram instalados inúmeros JEFs em todo o país. Logicamente, para a instalação dos novos Juizados Especiais Federais, o art. 25 da Lei n. 10.259/2001 passou a contemplar, além das “demandas” anteriormente ajuizadas nas varas federais e estaduais, da mesma maneira, aquelas ações distribuídas anteriormente em processos virtuais dos JEFs.

---

<sup>1</sup> Disponível em: <<http://www.dicionariodoaurelio.com/demanda>>. Acesso em: 09 dez. 2014.

<sup>2</sup> Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/dicionario/busca?palavras=demanda>>. Acesso em: 09 dez. 2014.



Ademais, os Tribunais Regionais Federais passaram também a instalar, dentro das varas federais já existentes, Juizados Especiais Federais adjuntos, para agilizar a prestação jurisdicional, como ocorreu no TRF da Terceira Região em várias localidades, como, por exemplo, Avaré/SP, Lins/SP, Assis/SP, Tupã/SP, Jales/SP, Jaú/SP.

Pela redação simples e direta do art. 25, supramencionado, há apenas uma interpretação possível: em caso de instalação de um novo Juizado Especial Federal – JEF, este não pode receber qualquer outro tipo de demanda ajuizada até a data de sua instalação, seja ela advinda de outro JEF, de vara federal ou vara estadual. Por exemplo, se o JEF foi instalado no dia 01.02.2014, este não pode receber ações judiciais ajuizadas até esse dia, sejam de vara estadual, vara federal ou de outro Juizado Especial Federal.

Há que se ressaltar que tal dispositivo legal nunca foi alvo de polêmicas na doutrina. Todos os autores que escreveram sobre a Lei n. 10.259/2001 são uníssomos ao afirmar que a intenção do legislador, no art. 25 é a de *“evitar a sobrecarga da nova justiça especializada que iniciou os seus trabalhos”*<sup>3</sup>, ou seja, *“o objetivo dessa norma é evitar que os juizados especiais já nasçam assoberbados, o que dificultaria sobretudo a sua operacionalidade, por si mesma difícil pela falta de recursos humanos e materiais na Justiça Federal.”*<sup>4</sup> Em suma, *“o legislador, ao que parece, demonstra aqui não querer que os juizados especiais federais já nasçam abarrotados de processos;”*<sup>5</sup> logo, *“somente novas demandas poderão ser processadas nos Juizados Especiais Federais, vedando-se assim o acesso daqueles que já litigavam (com citação válida) no juízo comum (ainda que o processo tenha sido extinto sem julgamento do mérito).”*<sup>6</sup>

Entretanto, mesmo com a redação incisiva do referido art. 25, a jurisprudência, ao contrário da doutrina, nunca foi pacífica, tanto que, no e. Tribunal Regional Federal da 3ª. Região, foi editada a Súmula n. 26, *verbis*, para explicitar o óbvio:

<sup>3</sup> Tourinho Neto & Figueira Junior, 2010, p. 113.

<sup>4</sup> ALVIM, 2010, p. 257.

<sup>5</sup> SILVA, 2003, p. 184.

<sup>6</sup> CHIMENTI, 2012, p. 78.

Não serão remetidas aos Juizados Especiais Federais as causas previdenciárias e assistenciais ajuizadas até a sua instalação, em tramitação em Vara Federal ou Vara Estadual no exercício de jurisdição Federal delegada. (grifos nossos).<sup>7</sup>

Malgrado a clareza hialina do referido art. 25 da Lei n. 10.259/2001, tal discussão jurídica voltou à tona em um ponto específico: a aplicação desse dispositivo entre demandas oriundas de outros Juizados Especiais Federais. A questão é tormentosa, mais uma vez, no Tribunal Regional Federal da 3<sup>a</sup>. Região. A título de exemplo, em 17.12.2013, foi instalado um Juizado Especial Federal na Seção Judiciária de Araçatuba/SP, a qual recebeu, de imediato, 917 (novecentas e dezessete) demandas ajuizadas anteriormente àquela data, advindas de JEFs vizinhos (Andradina/SP, Lins/SP e Catanduva/SP).<sup>8</sup> Suscitado conflito de competência pelo novo JEF de Araçatuba/SP, em todos os referidos processos judiciais (leia-se: demandas), nos termos do art. 108, I, CF, o E. TRF3 passou a proferir decisões totalmente antagônicas, determinando ora a devolução dos processos para os antigos JEFs, ora entendendo que o juízo competente é o do novo JEF de Araçatuba/SP. Celeuma idêntica ocorreu com o novo Juizado Especial Federal de Guarulhos/SP, o qual recebeu mais de quatro mil processos oriundos de outro JEF vizinho (Mogi das Cruzes/SP), acarretando em evidente atraso na apreciação jurisdicional, em prejuízo das partes envolvidas, pois o Tribunal Regional Federal da 3<sup>a</sup>. Região também teve que analisar cada um dos milhares conflitos de competência gerados pela inobservância do art. 25, da Lei n. 10.259/2001.<sup>9</sup>

A questão restou dividida da seguinte maneira: para parte da jurisprudência do TRF3, as demandas ajuizadas anteriormente à instalação de um Juizado Especial Federal, que tenham sido distribuídas anteriormente em outro JEF, podem ser sim redirecionadas

<sup>7</sup> Disponível em: <<http://www.trf3.jus.br/trf3r/index.php?id=31>>. Acesso em: 01.12.2014.

<sup>8</sup> Dados obtidos nas estatísticas do Juizado Especial Federal de Araçatuba/SP.

<sup>9</sup> Dados obtidos nas estatísticas do Juizado Especial Federal de Guarulhos/SP.

ao novo JEF, desde que a situação fática seja mais favorável ao segurado/autor. Tal argumento é voltado principalmente ao domicílio do autor da ação. Se ele reside em local que passou a ser da competência do novo JEF, é possível o encaminhamento da ação judicial (demanda), em benefício do próprio pleiteante. Nesse sentido, CC n. 2014.03.00.002824-9, Rel. Des. Fed. Daldice Santana, j. 27.03.2014.

Ainda segundo essa linha jurisprudencial, a justificativa para a não aplicação do art. 25, da Lei n. 8.213/1991 nas demandas envolvendo JEFs, encontra guarida nos arts. 3º, §3º e 20, ambos da Lei n. 10.259/2001, e de normas internas do próprio TRF3 (Provimento CJF3R n. 397/2013 e Resolução CJF3R n. 486/2012). No que se refere ao artigo 3º, §3º, da Lei 10.259/2001, este estabelece que *“no foro onde estiver instalada Vara do Juizado Especial, a sua competência é absoluta.”* Já o art. 20 dispõe que *“onde não houver Vara Federal, a causa poderá ser proposta no Juizado Especial Federal mais próximo do foro definido no art. 4º da Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, vedada a aplicação desta Lei no juízo estadual”*. Por outro lado, o art. 4º, da Lei n. 9.099/1995 estabelece regras de competência.

Com o devido respeito a tal entendimento jurisprudencial, não há que se falar na aplicação dos arts. 3º, §3º e 20, Lei n. 10.259/2001 para justificar a redistribuição de feitos entre Juizados Especiais Federais, em razão de haver regra expressa no art. 25 do mesmo estatuto legal, que impede de forma inequívoca e clara a remessa aos Juizados Especiais Federais de qualquer demanda ajuizada a partir da data de sua instalação.

Na mesma toada, não há que se falar na aplicação de normas infralegais, de organização administrativa dos Tribunais, para justificar a remessa de processos ajuizados anteriormente à instalação do JEF novo (Resolução n. 486/2012, do E. Conselho da Justiça Federal da 3ª Região), sob pena de ruir o princípio da legalidade (art. 5º, II, CF).

Finalmente, a argumentação de que o art. 25, da Lei nº 10.259/2001 é apenas aplicado para as demandas oriundas de varas federais e estaduais, tal questão já foi explicitada acima,

demonstrando-se que, no momento da publicação da lei, não existiam Juizados Federais Especiais e, conseqüentemente, não havia demandas dessa natureza na estrutura da Justiça Federal. Ademais, não há no vocábulo “demanda” e muito menos na Lei n. 10.259/2001 qualquer diferenciação entre ações ajuizadas nos Juizados Especiais Federais e em Varas Federais ou Estaduais para justificar tal interpretação.

Por outro giro, parcela dos Desembargadores Federais do TRF3, em posição totalmente diversa daquela explicitada acima, tem o entendimento de que o art. 25, da Lei n. 10.259/2001 deve prevalecer inclusive para as demandas ajuizadas anteriormente em outros Juizados Especiais Federais. Nesse sentido, CC n. 0004382-26.2014.403.0000/SP, relator Desembargador Federal Souza Ribeiro, j. 24.07.2014.

Aliás, para essa corrente jurisprudencial, nem precisaria da redação do art. 25, da Lei n. 10.259/2001, pois caberia apenas observar-se, no caso concreto, o princípio da *perpetuatio jurisdictionis* (art. 87 do CPC [art. 43 do NCPC]), que estabelece que a propositura da ação fixa a competência em um determinado órgão jurisdicional, de forma que modificações fáticas ou jurídicas tornam-se irrelevantes, ressalvadas a exceções expressamente previstas no texto legal. Exemplo de modificação fática seria a alteração do endereço da parte; já modificação jurídica, a alteração da competência territorial do juízo. Logo, se não há no caso concreto nem a supressão de Juizado Especial Federal da Subseção Judiciária Federal, nem tampouco a modificação de competência em razão da matéria, não há de se cogitar da possibilidade de redistribuição de processos anteriores à instalação de novo JEF, mesmo que oriundos de outro JEF, sob pena de ferir de morte o princípio da *perpetuatio jurisdictionis*. Por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça, ao editar a súmula n. 33, estabelece que a incompetência relativa não pode ser decretada de ofício pelo Juiz.

Tal imbróglgio processual foi pacificado recentemente pelo Tribunal Regional Federal da 3ª. Região. O seu Órgão Especial,

resolveu colocar uma pá de cal nessa celeuma, no sentido de que a criação de nova vara ou Juizado Especial não autoriza a redistribuição dos processos com fundamento no domicílio do réu.<sup>10</sup> Tal decisão gerou a súmula n. 36 do referido Tribunal, *in verbis* “é incabível a redistribuição de ações no âmbito dos Juizados Especiais Federais, salvo no caso de Varas situadas em uma mesma base territorial.”<sup>11</sup> Em suma, aplica-se o art. 25, da lei n. 10.259/2001 para qualquer demanda, seja ela oriunda de JEF ou de vara (federal ou estadual).

A referida discussão, também foi alvo de debates perante o XI FONAJEF (Fórum Nacional de Juizados Especiais Federais), realizado nos dias 12 a 14 de novembro de 2014, na cidade de Campo Grande/MS, sendo que o plenário aprovou o seguinte enunciado:

Não serão redistribuídas a Juizado Especial Federal (JEF) recém-criado as demandas ajuizadas até a data de sua instalação, salvo se as varas de JEFs estiverem na mesma sede jurisdicional.<sup>12</sup>

A ressalva dada pelo enunciado aprovado no XI FONAJEF não fere o art. 25, da Lei n. 10.259/2001 e muito menos o princípio da *perpetuatio jurisdictionis*, uma vez que é específico para situações que possam, porventura, ocorrer na mesma sede jurisdicional, envolvendo JEFs. Logo, se houver a criação de um novo Juizado Especial Federal em local em que já existe um em funcionamento, como é comum ocorrer em grandes centros, nesse caso excepcional poderá haver o remanejamento dos processos ajuizados anteriormente na mesma localidade, buscando-se, assim, operacionalizar e agilizar a própria distribuição da Justiça, coadunando com os princípios dos juizados especiais.

---

<sup>10</sup> Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-01/criacao-novos-jefs-nao-autoriza-redistribuicao-processos#author>>. Acesso em: 8 dez. 2014.

<sup>11</sup> Disponível em: <<http://www.trf3.jus.br/trf3r/index.php?id=31>>.

<sup>12</sup> Disponível em: <<http://www.ajufe.org/imprensa/noticias/juizes-federais-reunidos-no-xi-fonajef-aprovam-enunciados-e-carta-de-campo-grande/>>. Acesso em: 19 nov. 2014.

Conclui-se, assim, que a aplicação do art. 25, da Lei n.10.259/2001 é de rigor e deve ser observada em toda a Justiça quando da instalação de um novo Juizado Especial Federal, seja pela clareza de sua redação, seja pela observância do art. 87 do CPC [art. 43 do NCPC] e da súmula n. 33, do STJ. Quem ganha com essa interpretação é o próprio jurisdicionado, evitando-se o atraso injustificado da prestação jurisdicional, ainda mais em demandas de pequenas causas, as quais prezam pela celeridade processual.

## REFERÊNCIAS

AJUFE. *Juizes federais reunidos no XI Fonajef aprovam enunciados e Carta de Campo Grande*. Disponível em: <<http://www.ajufe.org/impressao/noticias/juizes-federais-reunidos-no-xi-fonajef-aprovam-enunciados-e-carta-de-campo-grande/>>. Acesso em 19/11/2014.

ALVIM, J. E. Carreira. *Comentários à lei dos juizados especiais federais cíveis*. 4ª. Edição. Curitiba: Juruá, 2010.

BRASIL. Presidência da República. Constituição Federal de 1988, Leis Complementares e Leis Ordinárias Federais. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 03/11/2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 3ª. Região. Disponível em: <http://www.trf3.jus.br>

CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Teoria e prática dos juizados especiais cíveis estaduais e federais*. 13ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

CONSULTOR JURÍDICO. *Competência Absoluta. Criação de novos JEFs não autoriza a redistribuição dos processos*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-01/criacao-novos-jefs-nao-autoriza-redistribuicao-processos#author>>. Acesso em: 8.12.2014.

DICIONÁRIO AURÉLIO. Disponível em: <<http://www.dicionariodoaurelio.com/demanda>>. Acesso em: 09/12/2014.

DIREITONET. Disponível em <<http://www.direitonet.com.br/dicionario/busca?palavras=demanda>> Acesso em 09/12/2014.

SILVA, Bruno Mattos e. *Juizados especiais federais*. Curitiba: Juruá, 2003.

TEIXEIRA, Patrícia Trunfo. *Lei dos juizados especiais federais interpretada*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa. *Juizados especiais federais cíveis e criminais: comentários à Lei n. 10.259, de 12-07-2001*. 3<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.





# JULGAMENTO SUMÁRIO NO JEF: histórico, peculiaridades e perspectiva

---

**Rogério Volpatti Polezze**

Juiz Federal em Lins (SP). Graduado pela Faculdade de Direito da USP. Especialista e Mestrando pela PUC/SP.

---

## RESUMO

O presente artigo discute os requisitos de aplicação do art. 285-A do CPC em geral e especialmente no âmbito dos Juizados Especiais. Sugere uma aplicação com efeitos mais amplos do art. 285-A do CPC em sede de JEF. Discute os requisitos já exigidos segundo jurisprudência do STJ. Analisa o conteúdo respectivo no novo CPC.

**Palavras-chave:** Juizados Especiais Federais, Processo Civil, Artigo 285-A [CPC].

## ABSTRACT

This paper discusses the requirements of the enforcement under article 285-A in general and especially in the Federal Small Courts. It suggests any wider application of article 285-A in the Federal Small Courts. It discusses the standard requirements according to interpretation of the Superior Court Tribunal. It analyses the New Civil Procedure Code Bill.

**Keywords:** Federal Small Claim Courts, Civil Procedure, Article 285-A [CPC].

## INTRODUÇÃO

A massificação (e grande volume) de ações, especialmente, nos Juizados Especiais, justifica lançar mão de um julgamento sumário, mesmo não tendo sido efetivado o contraditório. Em paralelo, o direito de ação não se mostra suficiente ao jurisdicionado, sendo indispensável observar e garantir uma tramitação célere do processo até julgamento final.

No contexto, a prática forense, especialmente, em sede de Juizados Especiais Federais (JEF), permitiu fosse sugerida uma solução pragmática: em casos de notória rejeição do pedido inicial, possibilita-se ao julgador prolatar sentença de maneira sumária.

Tal experiência implicou apresentação de projeto alteração do Código de Processo Civil (CPC), que, então, deu origem ao atual art. 285-A.

Pois bem, o presente ensaio pretende objetivamente sugerir uma aplicação mais ampla do mencionado dispositivo legal, especialmente, tendo em conta os princípios próprios do JEF. Ainda, será observado o conteúdo correspondente no novo CPC.

A propósito, salienta-se o norte a observar-se com força: as regras do CPC aplicam-se em sede de Juizados Especiais por analogia,<sup>1</sup> ou seja, as regras codificadas aplicam-se desde que haja necessidade, que seja possível e na conformidade com as regras especiais. Tal alerta, por mais óbvio que possa parecer, faz-se mister pelo singelo motivo de que, na prática e comumente, o Julgador faz uso e menção de dispositivos do CPC como se tratassem de matéria própria dos Juizados Especiais. Não trata.

---

<sup>1</sup> “A analogia *legis* apoia-se em uma regra existente, aplicável à *hipótese* semelhante na essência; a *analogia juris* lança mão do conjunto de normas disciplinadoras de um *instituto* que tenha pontos fundamentais de contato com aquele que os textos positivos deixaram de contemplar; a primeira encontra reservas de soluções nos próprios repositórios de preceitos legais; a segunda, nos *princípios gerais de Direito*.” (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 171).

Bom de ver que o cuidado e preocupação em relação às ações em sede do JEF justificam-se à medida que os Juizados Especiais Federais são exemplo eloquente de promoção do acesso à justiça (ou seja, ao Poder Judiciário, mas, também, à ciência dos próprios direitos, como consequência da divulgação e função pedagógica da função jurisdicional):

Em primeiro lugar, cabe registrar a franca consolidação da Justiça Federal do projeto que impulsionou os juizados especiais. De um lado, o grande volume de ações que passam por esses órgãos a cada ano, com distribuição anual em torno de 1.2 milhão de demandas no período de 2008-2011, equiparando-os às varas comuns como “portas de entrada” da Justiça Federal, com amplo reconhecimento por parte da sociedade. De outro lado, a crescente ampliação e interiorização da rede de juizados ao longo dos últimos dez anos corrobora a tese de que vieram cumprir um papel singular dentro do sistema de justiça, atendendo uma demanda que esteve repressada durante muito tempo e se encontra espraiada pelo território nacional.<sup>2</sup>

## 1 HISTÓRICO SOBRE O ART. 285-A DO CPC

A solução pelo julgamento sumário adveio de, como já assinalado inicialmente, uma necessidade pragmática:

A aplicação do julgamento do mérito sem citação remonta a 2003, segundo ano de implantação dos Juizados Especiais Federais, quando um número de demandas, muito além da possibilidade de processamento do Judiciário Federal, na maioria repetitivas, foi proposto, com ênfase para as relativas ao reajuste de 39,67% pela aplicação do índice de Reajuste do Salário Mínimo sobre o salário de contribuição de fevereiro de 1994 dos benefícios previdenciários, a qual sobrepunha-se a outras demandas de massa, especialmente, as referentes ao

---

<sup>2</sup> IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Acesso à justiça federal: dez anos de juizados especiais*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012, p. 172.

reajuste dos benefícios previdenciários pelo IGP-DI e ao pagamento à vista da diferença de 3,17% dos servidores públicos civis.<sup>3</sup>

Naquele momento, era tão avassalador o volume das demandas propostas que “determinados magistrados optaram por julgar improcedentes demandas cuja matéria de mérito já havia sido consolidada, criando e desenvolvendo, de forma pragmática, esse instrumento de aplicação de precedentes jurisdicionais.”<sup>4</sup> Portanto, a medida foi concretizada mesmo na ausência de lei que a previsse.

O tema, inclusive, foi objeto do primeiro enunciado de súmula do Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais (FONAJEF): “O julgamento de mérito de plano ou *prima facie* não viola o princípio do contraditório e deve ser empregado na hipótese de decisões reiteradas de improcedência pelo juízo sobre determinada matéria.”<sup>5</sup>

Apenas em 2004, foi apresentado Projeto de Lei n. 4.728/2004, da Câmara dos Deputados, elaborado pelo Poder Executivo, no qual se lê, na exposição de motivos, ter havido participação nas sugestões por várias entidades, inclusive, Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e Associação dos Juizes Federais (AJUFE). O fato incontestável era necessidade de dar vazão à quantidade descomunal de feitos em tramitação, muitos dos quais, já se sabia de antemão, contendo pretensões negadas sistematicamente. Ao final, o projeto, mesmo parcialmente modificado, foi aprovado, dando origem à Lei n. 11.277/2006 (trazendo a redação atual do art. 285-A do CPC).

<sup>3</sup> TARANTO, Caio Márcio Guterres. “Fechamento sistêmico do procedimento dos juizados especiais federais pelos precedentes jurisdicionais”. *Revista da SJRJ*, Rio de Janeiro, n. 24, p. 19-45, 2009.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>5</sup> No XI FONAJEF, realizado em novembro de 2014, em Campo Grande (MS), o enunciado recebeu redação mais esclarecedora, especificando o entendimento próprio do microsistema dos Juizados: “O julgamento liminar de mérito não viola o princípio do contraditório e deve ser empregado na hipótese de decisões reiteradas de improcedência pelo juízo, bem como nos casos que dispensem a fase instrutória, quando o pedido contrariar frontalmente norma jurídica.” (Disponível em: <<http://www.ajufer.org/eventos/fonajef/fonajef/>>. Acesso em: 27. jul.2015)

Bom reforçar, assim, que o art. 285-A pode ser considerado fruto da experiência exitosa e criativa, especialmente, dos Juízes de JEF, que, simplesmente, com base nos princípios legais relacionados (ou seja, mesmo sem regra legal expressa), adotaram a sentença liminar em casos de improcedência.

A novidade, registre-se, não agradou a todos do mundo jurídico, como se comprova pela propositura de ação direta de inconstitucionalidade pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), que defendia, dentre outros argumentos, ofensa pela então novel sistemática do princípio constitucional do contraditório, entendido como uma garantia de participação efetiva das partes no processo.<sup>6</sup> A ação direta, ainda, não teve julgamento.<sup>7</sup> Todavia, improvável seja acolhida a pretensão pela inconstitucionalidade, face ao longo período de aplicação costumeira da regra, e, mais, como se verá adiante, ao detalhamento da matéria pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ).

A própria adoção pelo STF e STJ da sistemática do julgamento unipessoal, conforme previsão do art. 557 do CPC, permitindo ao relator negar seguimento a recurso ou dar provimento, na conformidade de jurisprudência dominante, autoriza a conclusão pelo acerto e constitucionalidade do art. 285-A do CPC. Afinal, a semelhança entre ambos os dispositivos parece evidente.<sup>8</sup>

## 2 REQUISITOS CONFORME STJ PARA APLICAR O ART. 285-A DO CPC

Em sede de recurso especial, o STJ já teve várias oportunidades para analisar e eleger os parâmetros que devem ser observados na aplicação do art. 285-A. Adiante, veremos alguns arestos

---

<sup>6</sup> LAMARÃO, Ronaldo Coelho. "A constitucionalidade do artigo 285-A do Código de Processo Civil". *Revista da SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 31, 2011, p. 104.

<sup>7</sup> STF, ADI 3.695/06, Rel. Min. Teori Zavascki, conforme andamento processual. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3695&classe=ADI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipojulgamento=M>>. Acesso em: 22 out. 2014.

<sup>8</sup> LAMARÃO, *op. cit.*, p. 114.

que clarificam a posição do Tribunal. De qualquer maneira, bom demarcar que tal espécie de julgamento (e análise do dispositivo legal em comento) deu-se com foco no CPC (e não nas Leis ns. 9.099/95 e 10.259/2001). Ou seja, efetivamente, não se analisou – e normalmente não se analisa – qualquer especificidade que fosse relacionada aos Juizados Especiais.

Desde logo, no âmbito do CPC, pode-se dizer que o STJ tem sido rigoroso quanto à observância dos parâmetros legais, constantes do art. 285-A. A título de exemplo:

Processual civil. Concurso público para provimento de cargo de soldado militar do quadro de bombeiro militar. Motorista. Edital que prevê, como requisito para a investidura, a apresentação de carteira nacional de habilitação na categoria “D”. Impedimento de realizar exame prático de direção. Julgamento imediato da lide. Art. 285-A do CPC. Medida excepcional. Cumprimento dos requisitos legais.

1. O julgamento liminar do mérito, previsto no art. 285-A do CPC, é medida excepcional condicionada à existência concomitante dos requisitos elencados no aludido dispositivo. Dessa forma, a aplicação do referido comando legal está ligada às hipóteses em que a matéria controvertida for exclusivamente de direito e de que, no juízo, já tenha sido proferida sentença de total improcedência em casos idênticos. Além disso, não basta a mera menção às sentenças anteriormente prolatadas, sendo necessária a sua reprodução.

2. A Corte de origem, ao entender como válida a sentença, proferida com base no art. 285-A do CPC, que não fez menção às anteriormente prolatadas, contrariou o entendimento desta Corte Superior.

3. Ademais, no caso, trata-se de demanda no qual se discute a manutenção do ora recorrente no concurso para o cargo de Soldado Motorista do Corpo de Bombeiros do Estado do Rio de Janeiro, por ter sido impedido de realizar o exame prático, em razão da não apresentação da Carteira Nacional de Habilitação na categoria “D”. A controvérsia, portanto, não é exclusivamente de direito.

4. A falta de atenção aos requisitos do art. 285-A do CPC impõe a cassação da sentença e a baixa dos autos para regular processamento da ação.

5. Recurso especial provido. (STJ, 2ª T., REsp 1200469, Rel. Min. Eliana Calmon, *DJe* 13.05.2013)

No julgamento acima,<sup>9</sup> o STJ promoveu mera interpretação literal do dispositivo, vez que exigiu julgamento passado idêntico, além de impor reprodução dos fundamentos. Então, caso o julgador de primeira instância tivesse reproduzido integralmente os fundamentos, mesmo assim precisaria identificar o caso mais antigo. Ainda, teceu, uma vez mais, uma leitura literal quanto à discussão, restringindo, apenas, a questão de direito.

Deixou, portanto, de aceitar eventual fato envolvido que não pedisse dilação probatória. E tal dispensa de dilação probatória – apenas – parece coadunar-se com o próprio CPC. Na esteira, aliás, de leitura conjugada do aludido dispositivo com o art. 330, CPC.

O STJ, afora interpretação na literalidade do art. 285-A, tem valorosos precedentes, acrescentando, também, o respeito da sentença liminar de improcedência à jurisprudência sumulada ou dominante do respectivo Tribunal local e dos Tribunais Superiores. A propósito, observe-se trecho do voto da relatora, Min. Nancy Andrichi, como segue:

A interpretação teleológica do art. 285-A do CPC deve ser feita em conjunto com outros dispositivos do CPC, que também se inserem no contexto das técnicas de aceleração da tutela jurisdicional e se apoiam fortemente nos precedentes jurisprudenciais. Nesse sentido, estão as disposições dos arts. 120, parágrafo único, 518, §1º, 527, I, e 557, *caput* e § 1º-A, do CPC. A sentença liminar de improcedência que, a par de estar em consonância com a jurisprudência do STJ, diverge do entendimento do Tribunal local, acaba por fomentar o entendimento da parte vencida e certamente será objeto de apelação, que, por sua vez, será provida. Assim, comprometem-se a celeridade e a economia processual, que se pretendiam alcançar. Por conseguinte, conquanto não seja o Juiz obrigado a proferir sentença de improcedência apenas porque há entendimento consolidado do Tribunal local ou dos Tribunais Superiores a respeito da matéria, não há racionalidade em admitir que ele possa rejeitá-la liminarmente em contrariedade com

---

<sup>9</sup> E tantos outros, v.g.: Primeira Turma, AgRg no REsp 1.307.682-RN, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, *DJe* 03.12.2012.

o entendimento de algum destes tribunais. (STJ, 3ª T., REsp 1.225.227-MS, DJe 12.06.2013)

O precedente acima promove clara interpretação teleológica da regra constante do art. 285-A, parecendo bastante razoável seu posicionamento, vez que fincou os olhos na busca da celeridade da solução final da lide judicial, o que, por evidente, não pode ignorar posicionamentos sedimentados nos Tribunais.

Em suma, a partir de tais precedentes, vê-se que a aplicação do art. 285-A pressupõe: (i) processo anterior — devidamente, identificado —, com citação efetivada, contraditório completo e sentença de rejeição; (ii) reprodução do teor do julgamento pretérito na sentença liminar; (iii) os feitos devem restringir-se à matéria de direito; (iv) ainda, havendo entendimento sedimentado, a sentença liminar não poderá destoar dos posicionamentos superiores.

Pois bem, em linhas gerais, esse é o quadro que se enxerga na sistemática do CPC. Ocorre, entretanto, que, com base nos princípios legais atinentes aos Juizados Especiais Federais, bem como a aplicação dentro do possível das normas do CPC ao JEF, o art. 285-A não poderá — não deverá, na verdade — ter aplicação tão rigorosa (ou literal, para ser mais claro). Vejamos.

### 3 ART. 285-A DO CPC CONJUGADO COM OS PRINCÍPIOS DOS JUIZADOS ESPECIAIS

De início, bom repisar lembrança há muito repetida, mas indispensável: os Juizados Especiais Federais estão previstos na conjugação de duas leis especiais. E, com base nelas, na medida do possível, utiliza-se do CPC. Por que na medida do possível? Pelo singelo motivo de que aplicação estrita do CPC pode gerar formalismo descabido; pode significar tempo adicional na tramitação do processo, em evidente descompasso com as disposições próprias das Leis aplicáveis ao JEF.



A disposição expressa para o JEF, na Lei n. 10.259/2001, é pela aplicação da Lei n. 9.099/95: “São instituídos os Juizados Especiais Cíveis e Criminais da Justiça Federal, aos quais se aplica, no que não conflitar com esta Lei, o disposto na Lei nº 9.099, de 26.09.1995.” (art. 1º) Portanto, não consta previsão na lei especial de aplicação das regras do CPC.

Tal observação reforça a conclusão de que os Juizados Especiais compõem um sistema verdadeiramente à parte do CPC.

Tanto por isso, as soluções, de regra, para tramitação dos feitos nos Juizados devem ser encontradas nas leis especiais. Apenas na hipótese de não ser encontrada norma processual aplicável ao caso concreto, deverá ser buscado o auxílio do CPC, mediante “adoção e compatibilização de normas do Código de Processo Civil”.<sup>10</sup> Desta forma:

A concepção de que a ausência de expressa remissão ao Código de Processo Civil pela legislação que disciplina o microsistema dos Juizados Especiais Federais é insuficiente para afastar a subsidiariedade, sobretudo diante da inconveniência de abrir campo para a criação judicial de inúmeras regras procedimentais sem amparo em lei e com violação do devido processo legal. Além do mais, é perfeitamente viável a compatibilização das regras do processo civil ao rito dos Juizados Especiais quanto se fizer necessária a superação de uma lacuna legal.<sup>11</sup>

Ora, um tanto evidente – inclusive pela prática forense já sedimentada e por ser a própria origem da experiência pioneira do julgamento sumário – o cabimento de fazer uso do comando constante do art. 285-A, também, ao JEF. A explicação vem encontrada na quantidade assustadora de feitos no JEF, repercutindo no tempo já bastante demorado para alcançar-se julgamento, e a preocupação de atender da melhor forma possível tantas outras ações de sentenças possivelmente de procedência:

---

<sup>10</sup> SAVARIS, José Antonio e Flavia da Silva XAVIER. *Manual dos recursos nos juizados especiais federais*. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 39.

<sup>11</sup> Idem.

Contudo, se 624 dias é um tempo médio mais breve que o verificado em outros órgãos do Judiciário, não corresponde exatamente ao que se espera de uma instituição efetivamente célere. Considere-se, ainda que esse tempo dobra quando há recursos, evidenciando que o desempenho no âmbito recursal dos juizados, além de compactar diretamente nos resultados do sistema como um todo, onera sobremaneira a parte autora. Não menos importante, nesse sentido, é ter em conta que os juizados processam basicamente demandas sociais de natureza alimentar: mais de 70% das ações que tramitam nesses órgãos são ações previdenciárias e assistenciais, reforçando a percepção generalizada de que os juizados são um importante meio de acesso à justiça para os cidadãos de baixa renda. Além disso, essas demandas chegam ao Judiciário porque se viram frustradas no âmbito administrativo fundamentalmente em virtude da precariedade ou inexistência de documentação probatória, problema que aparentemente tem sido tratado de modo insuficiente pela administração, requerendo atenção especial da Justiça.<sup>12</sup>

Observe-se redação constante do art. 2º, Lei n. 9.099/95:

*O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.*

Ora, alguns dos princípios expressamente adotados pela Lei de 1995 mostram-se muito importantes na presente discussão. Afóra os princípios da economia processual (comum, também, ao CPC) e oralidade (comum ao CPC, mas, certamente, mais forte nos Juizados), outros devem ser trazidos à reflexão.

O primeiro deles é o princípio da simplicidade:

A simplicidade é o oposto da *complexidade processual*. Portanto, as opções procedimentais do legislador e de todos os operadores do direito devem ser ponderadas a partir da escolha do caminho mais simples para se alcançar o resultado processual almejado.

---

<sup>12</sup> IPEA, p. 175.

O princípio da simplicidade reafirma que o processo, nos Juizados Especiais Federais, não é um fim em si mesmo, mas apenas um instrumento para se atingir o resultado final da pacificação do litígio, preferencialmente pela via conciliatória.<sup>13</sup>

Outro é o da informalidade:

A informalidade processual tem íntima relação com o princípio da simplicidade, mas com ele não pode ser confundida. Enquanto a simplicidade volta-se para o processo, buscando torná-lo menos complexo, a informalidade está relacionada com os atos processuais em si, dispensando formas rígidas para privilegiar a essência do ato.

Nos Juizados Especiais, abre-se mão do apego ao rigor formal, permitindo que os atos processuais sejam praticados sem o cumprimento de formalidades inúteis. Este princípio está fortemente ligado à simplificação processual porque também parte do pressuposto de que o processo não é um fim em si mesmo neste rito menos complexo. Os atos processuais são praticados para alcançar um objetivo determinado dentro do processo, e, sendo esta finalidade cumprida, não pode a forma prevalecer sobre a essência.<sup>14</sup>

E, por fim, destaca-se o da celeridade:

Os Juizados Especiais parecem representar a maior válvula de escape de uma das grandes mazelas do Poder Judiciário: a morosidade. Concede-se um rito procedimental simples informal, eliminando atos desnecessários, com vistas a alcançar uma prestação jurisdicional mais justa e eficaz.

Esta prestação jurisdicional célere foi erigida a direito fundamental pelo art. 5º, da Constituição Federal, o que reforça a necessidade de que todas as medidas sejam tomadas para assegurar a celeridade nos feitos que tramitam perante os Juizados Especiais.<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup> SAVARIS, p. 56.

<sup>14</sup> Idem, p. 58.

<sup>15</sup> Idem, p. 60.

Poder-se-ia imaginar que as Leis em tela não inovaram o panorama jurídico, sendo, afinal, relevante tão somente o princípio da instrumentalidade, já conhecido conforme as regras do CPC. Todavia, não se trata disso. E, para alcançar tal conclusão, bom partir do comando constitucional, prevendo os Juizados Especiais:

O art. 98, ao afirmar que aos Juizados Especiais, se aplicam a oralidade e o rito sumaríssimo, traz luz ao art. 2º da Lei 9.099/95. De forma talvez pouco técnica, quis, o constituinte, que os Juizados se caracterizassem pela celeridade e simplicidade do procedimento.

Pessoalmente, entendo que a aplicação, por exemplo, do princípio da instrumentalidade das formas nos Juizados é diferente da aplicação desse mesmo princípio no processo civil tradicional. A flexibilidade procedimental será muito maior em razão de autorização constitucional para tanto, como já demonstrado.

Não por acaso que a legislação a que se aplica subsidiariamente a Lei 10.259/2001 é a Lei 9.099/1995, e não o Código de Processo Civil. A ideia é evitar, o máximo possível, a denominada “ordinarização” do rito dos Juizados Especiais.<sup>16</sup>

Tendo em mente o destaque dos princípios já referidos, observe-se redação do art. 285-A, *caput*, do CPC:

*Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.*

Pode-se imaginar, afinal, o cabimento de ampliar o regramento comum ao CPC?

Entendo que seja possível.

Discriminam-se, a propósito, os parâmetros, já aceitos pelo STJ - já vistos anteriormente - para aplicação do art. 285-A:

---

<sup>16</sup> CHAMON, Omar. “Os princípios no cotidiano dos juizados especiais federais”. In: (coords.) SERAU JR, Marco Aurélio; DONOSO, Denis. *Juizados especiais federais: reflexões nos dez anos de sua instalação*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 200.

(i) processo anterior — devidamente, identificado —, com citação efetivada, contraditório completo e sentença de rejeição; (ii) reprodução do teor do julgamento pretérito na sentença liminar; (iii) os feitos devem restringir-se à matéria de direito; (iv) ainda, havendo entendimento sedimentado, a sentença liminar não poderá destoar dos posicionamentos superiores.

Enfrentando tais requisitos, o último (“iv”), desde logo, emerge forte, também, nos Juizados. Ou seja, acaso o assunto já tiver posicionamento sedimentado pelo Tribunal local ou Superior, não soa produtivo — indo, afinal, contra o princípio constitucional e legal da celeridade, sob argumento de simplificar tramitação —, desde logo, proferir julgamento em dissonância com tal entendimento. Ou seja, porventura pacificada a discussão favoravelmente à pretensão, mesmo nos Juizados, descabe fazer uso de sentença de improcedência liminar, pelo singelo motivo de acarretar demora injustificada (ou sua simples possibilidade, na verdade) na solução final do feito (indo contra o princípio legal e constitucional da celeridade).

O segundo (“ii”), a meu ver, também, mostra-se indispensável. É que diz respeito à fundamentação do principal ato judicial, que é a sentença. Verdade, como se verá abaixo, que não se verifica exigência de identificação de feito anterior que recebeu mesma sentença. Mas parece evidente que, sendo um caso repetido ou mesmo inédito (por mais simples que seja a discussão trazida, pouco importa), o jurisdicionado terá direito inquestionável de receber a prestação jurisdicional de clareza suficiente para sua análise leiga. E tal dever de prestar a sentença fundamentada, mesmo em feitos repetidos, mostra-se forte e indispensável, também, nos Juizados Especiais.

Os demais requisitos, contudo, podem receber resposta diversa.

A própria exigência de processo mais antigo (“i”), com citação efetivada e julgamento de rejeição de pedido, pode ser desnecessária, especialmente, observando que a dispensa de acompanhamento por advogado e de recolhimento de custas iniciais são fatores que estimulam, às vezes, a apresentação de pedidos, desde logo,

improcedentes. Ou porque a legislação vai ao sentido oposto ao pedido inicial, ou, simplesmente, porque os fatos narrados autorizam não acolhimento, mas, sim, rejeição da pretensão inicial.

E, em tais exemplos, tão comuns nos Juizados, como, então, querer impor efetivação de citação e tramitação normal de feito nitidamente improcedente?

Fácil de ver, portanto, que a exigência de processo mais antigo, com citação efetivada e julgamento de improcedência, não se mostra em conformidade com os princípios dos Juizados. Significaria, na verdade, impor alguma complexidade em causa por demais simples, gerando atraso na resposta devida ao jurisdicionado, bem como provocando acúmulo de feitos em tramitação (com outros, cuja solução, potencialmente, poderá ser pelo acolhimento do pedido).

Neste aspecto, não se estando no sistema do CPC, por que prestigiar uma conduta semelhante ao art. 330 (que, frise-se, não é regra no microsistema dos Juizados), impondo algum atraso na solução óbvia do feito? Por que não, desde logo, a exemplo da sistemática do julgamento de improcedência liminar, não se aproveitar do fato de estar-se no microsistema dos Juizados, lançando mão de norma pertinente e perfeitamente compatível com os princípios dos Juizados?

Afora desnecessidade de haver lide idêntica, com citação efetivada e julgamento de improcedência, da mesma forma, eventual entendimento pela exigência de identificação de tal lide mais antiga cai por terra. Nesse último aspecto, mesmo em casos de fácil identificação de feito mais antigo com julgamento de improcedência, observando a realidade atual de processo digital, tal suposta exigência de identificação torna-se ainda mais sem razão de existir.

Por fim, o requisito “iii”, ou seja, tratar-se de discussão somente de direito, da mesma forma, não pode ser entendido literalmente. É que eventual discussão, com fatos irrelevantes, sem prova necessária, da mesma forma, pode e deve receber sentença de improcedência liminar. Ou, então, estar-se-á impondo formalismo ao processo nos Juizados, com cristalino prejuízo no tempo de condução até solução final.

As observações tecidas acima partem dos princípios já referidos, especialmente: simplicidade, celeridade e informalidade.

Deve-se, repita-se, evitar que os feitos nos Juizados fiquem semelhantes aos do CPC, com prejuízo claro do tempo necessário para prestar a jurisdição, com resposta clara ao pedido levado ao JEF.

Oportuno dizer que a extensão do alcance do julgamento liminar, sem as amarras próprias do CPC, não macula o devido processo legal.

É que se refere apenas a sentenças de improcedência, não levando qualquer prejuízo ao réu não citado.

Ainda, demasiadamente formalista imaginar por amor ao debate que, mesmo e especialmente em sede de discussão travada em Juizados Especiais, devesse efetivar a citação, aguardar-se defesa de tema, mesmo já ciente do resultado desfavorável à pretensão inicial. Pior ainda, lembrando o histórico que originou a alteração do CPC com inclusão do art. 285-A: a experiência inovadora, promovida pelos Juizados, mesmo sem alicerce de regra legal, com previsão de sentença liminar, implicaria, nos dias atuais, uma camisa de força, incidente àquele mesmo Juizado. Um verdadeiro contrassenso.

Cabe o registro de que, na aplicação sugerida do art. 285-A, no âmbito dos Juizados, o autor restaria resguardado em sua garantia constitucional do devido processo legal. É que o juiz, prolator da sentença de improcedência liminar, fará valer tal disposição protetiva constitucional: ou seja, exporá suficiente e claramente os motivos, pelos quais a pretensão inicial foi, liminarmente, rejeitada.

Como bem lembrado na seguinte lição:

Salienta-se, por fim, que a motivação deriva da garantia do devido processo legal. É uma manifestação do Estado de Direito e legítima o exercício do poder (pelo Judiciário) no Estado democrático: ao contrário do Executivo e Legislativo, que são legitimados *a priori*, por meio do voto direto e universal, o Judiciário exerce o poder *a posteriori*, ou seja, por meio de sua própria execução e efetivação.<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> CARDOSO, Oscar Valente. “A motivação das sentenças de improcedência inicial de pedidos repetidos: harmonização do art. 285-A do CPC com o art. 93, IX, da Constituição”. *Revista Dialética de Direito Processual* n. 116, novembro de 2012, p. 99.

Assim, conclui-se pela perfeição da sistemática da sentença de improcedência liminar, que respeita o devido processo legal às partes do processo: ao autor, porque apresentada uma sentença suficientemente fundamentada; ao réu, porque nada foi disposto que lhe pudesse prejudicar sua situação jurídica, diante da rejeição da pretensão inicial.

Por fim, resta inteiramente preservado o direito de ação do autor, que, por óbvio, não enfrentou qualquer obstáculo à apresentação de sua pretensão junto ao Judiciário.

#### 4 SISTEMÁTICA CONSTANTE DO NOVO CPC

No novo CPC,<sup>18</sup> o equivalente da matéria tratada no art. 285-A consta do capítulo III “Da improcedência liminar do pedido”, com o seguinte teor:

*Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:*

*I — enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;*

*II — acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;*

*III — entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;*

*IV — enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.*

*§ 1º O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição.*

*§ 2º Não interposta a apelação, o réu será intimado do trânsito em julgado da sentença, nos termos do art. 241.*

*§ 3º Interposta a apelação, o juiz poderá retratar-se em 5 (cinco) dias.*

*§ 4º Se houver retratação, o juiz determinará o prosseguimento do processo, com a citação do réu, e, se não houver retratação, determinará a citação do réu para apresentar contrarrazões, no prazo de 15 (quinze) dias.*

<sup>18</sup> Lei n. 13.105/2015, que entrará em vigor 17 de março de 2016 (um ano após respectiva publicação, nos termos de seu art. 1.045).



E, de forma a entender bem claramente o novo dispositivo, vejamos o teor que o comando legal (a numeração mudou em projeto, substitutivo e lei, ao final, aprovada) recebeu ao longo da tramitação no Congresso Nacional:

*(a) conforme projeto aprovado pelo Senado Federal:*

*“Art. 307. O juiz julgará liminarmente improcedente o pedido que se fundamente em matéria exclusivamente de direito, independentemente da citação do réu, se este:*

*I – contrariar súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;*

*II – contrariar acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;*

*III – contrariar entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.*

*§ 1º O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência a decadência ou a prescrição.”<sup>19</sup>*

*(b) conforme alterações promovidas pela Câmara dos Deputados, constantes do substitutivo:*

*“Art. 333. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:*

*I – súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;*

*II – acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;*

*III – entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;*

*IV – frontalmente norma jurídica extraída de dispositivo expresso de ato normativo;*

*V – enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.*

*§ 1º O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição.”<sup>20</sup>*

<sup>19</sup> Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/152304.pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2014

<sup>20</sup> Idem.

Fácil de ver que o texto original – projeto do Senado Federal – restringia demasiadamente o alcance o instituto da sentença de improcedência liminar. Mesmo no caso de aplicação para feitos exclusivamente sob as regras do CPC, muito provavelmente, a redação original ia contra o princípio constitucional da celeridade.<sup>21</sup> Aliás, o teor do texto original foi objeto de debates e preocupação.<sup>22</sup> No entanto, do que se lê do substitutivo da Câmara, no ponto, houve grande melhora.

Por isso, em grande medida, na aprovação final do novo CPC, foi mantido o texto da Câmara (exceção eloquente do inciso “IV” da Câmara).

Quanto à previsão do substitutivo da Câmara (ao final, ratificado na lei aprovada) de que seja acompanhada jurisprudência de STJ e STF ou, na ausência, de Tribunal local, não se trata de novidade, mas reconhecimento legal do que já vem sendo exigido pelo próprio STJ (como já se viu antes). Ainda, outra distinção do substitutivo da Câmara (e do novo CPC aprovado) em relação ao do Senado (de novo, demonstrando vantagem sobre o texto original) é a regra do *caput* no sentido de que não se faz necessário que a matéria trazida restrinja-se somente a questão de direito, podendo, também, referir-se a fatos, mas desde que não se mostre necessária dilação probatória.

Por fim, a mudança já referida no texto da Lei n. 13.105/2015 com a subtração do inciso “IV” do artigo do substitutivo da Câmara (“frontalmente norma jurídica extraída de dispositivo expresso de ato normativo”), a meu ver, configura um retrocesso no Código aprovado. Melhor seria se constasse a regra nos termos do inciso inserto no substitutivo da Câmara.

---

<sup>21</sup> “LXXVIII — a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.” (art. 5º, Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 45/2009).

<sup>22</sup> XAVIER, José Tadeu Neves. “Julgamento de improcedência *prima facie* em ações repetitivas na sistemática processual civil atual e no contexto do projeto de novo Código de Processo Civil”. *Revista da AGU* nº 34. Brasília-DF, out./dez. 2012, p. 214.

Com efeito, seria maneira de manter previsão legal, concedendo faculdade ao magistrado de, desde logo (sem citação efetivada), julgar a lide: com base em outras demandas já regularmente processadas (ainda que sem manifestação recursal sobre o tema), especialmente, as repetitivas, ou com base em pretensões, nitidamente, em descompasso com ordenamento jurídico aplicável. Neste aspecto, bom lembrar lição pertinente:

*As normas – não será demasiada a repetição – são produzidas pelo intérprete autêntico, o juiz, no quadro de determinado caso; ao realizar a função que lhe incumbe, de interpretação/aplicação do direito, o intérprete autêntico opera a transformação do texto em norma.*<sup>23</sup>

Noutras palavras, enquanto o substitutivo permitia ao magistrado que exercesse interpretação sobre o texto, extraindo norma relacionada à lide, e, assim, rejeitasse liminarmente uma ação judicial, a lei aprovada não repetiu tal comando. O efeito esperado é possível discussão sobre limitações ao instituto do julgamento de improcedência liminar, que, com base no novo CPC, teria que, rigorosamente, partir de jurisprudência superior. Não poderia, assim, justificar-se somente com base em discussão e conclusão alcançados em feito que tramitou perante o mesmo magistrado.

Ocorre que, se o debate sobre tal questão deverá ganhar força nas lides sob o novo CPC, o mesmo não precisará suceder no microssistema dos Juizados Especiais.

Afinal, se a regra originária do julgamento liminar – art. 285-A – foi editada, partindo de experiência exitosa dos Juizados Especiais Federais (como já vimos), como, agora, querer, na contramão dos princípios legais dos Juizados Especiais, trazer uma amarra tão própria – se é que será ratificada na interpretação judicial – do novo CPC? A meu ver, não é possível, pois, neste ponto, o novo CPC iria contrariamente aos princípios do microssistema dos Juizados

---

<sup>23</sup> GRAU, Eros Roberto. Sobre a produção legislativa e sobre a produção normativa do direito oficial: o chamado efeito vinculante. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 16, 1996. São Paulo: Malheiros, 1996, p.37.

Especiais. Por conseguinte, não haveria fundamento para fazer incidir a regra literal do art. 332, novo CPC, no âmbito dos Juizados Especiais.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do que se viu, mesmo observando as alterações promovidas no instituto do julgamento liminar (conforme comando do art. 332, novo CPC), pode-se defender que, em ações tramitando nos Juizados Especiais, seja possível o julgamento de improcedência liminar: fazendo valer seu descabimento na hipótese entendimento jurisprudencial superior em sentido oposto ao da improcedência (não se prendendo, na literalidade da novel regra, que exigiria posição adotada pelo magistrado de primeiro grau, conforme entendimento superior, não prevendo ausência de manifestação de tribunais superiores ou locais); e, por fim, verificadas as condições já discutidas para CPC antigo acima (“3. Art. 285-A do CPC conjugado com os princípios dos Juizados Especiais”), dever-se-á apresentar a sentença devidamente fundamentada, fazendo valer o respeito amplo ao devido processo legal do autor do pedido rejeitado.

Por óbvio, diante de fundamentação clara e suficiente, e não havendo necessidade de uma ação idêntica mais antiga já julgada improcedente, da mesma forma, não cabe cogitar de identificação da ação idêntica na sentença de improcedência liminar.

Por conseguinte, as Varas dos Juizados poderão perseguir a tramitação mais exitosa de seu acervo processual, dando destaque às lides que, efetivamente, necessitem de dilação probatória e que, potencialmente, permitirem uma sentença de acolhimento do pedido.

Dessarte, a regra, atualmente, prevista no enunciado n. 1/ FONAJEF (com redação dada em 2014), deverá persistir, mesmo após início de vigência do novo CPC:

O julgamento liminar de mérito não viola o princípio do contraditório e deve ser empregado na hipótese de decisões

reiteradas de improcedência pelo juízo, bem como nos casos que dispensem a fase instrutória, *quando o pedido contrariar frontalmente norma jurídica.* (grifou-se)

A consequência imediata da leitura sugerida (fazendo valer os princípios caros do microsistema dos Juizados Especiais) é o melhor aproveitamento da força de trabalho dos juízes e servidores. Mais ainda: diante da ausência de recolhimento de custas nos Juizados, representará alguma economia no erário público, que deixará de realizar atos processuais inutilmente (por exemplo, intimações via telegrama, ainda existentes em processos eletrônicos sem advogados).

## REFERÊNCIAS

CHAMON, Omar. “Os princípios no cotidiano dos juizados especiais federais”. In: (coords.) SERAU JR, Marco Aurélio; DONOSO, Denis. *Juizados especiais federais: reflexões nos dez anos de sua instalação*. Curitiba: Juruá, 2012.

CARDOSO, Oscar Valente. “A motivação das sentenças de improcedência inicial de pedidos repetidos: harmonização do art. 285-A do CPC com o art. 93, IX, da Constituição”. *Revista Dialética de Direito Processual* n. 116, novembro de 2012, p. 99.

GRAU, Eros Roberto. “Sobre a produção legislativa e sobre a produção normativa do direito oficial: o chamado efeito vinculante”. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 16, 1996. São Paulo: Malheiros, 1996.

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Acesso à justiça federal: dez anos de juizados especiais*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012, p. 172.

LAMARÃO, Ronaldo Coelho. “A constitucionalidade do artigo 285-A do Código de Processo Civil”. *Revista da SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 31, 2011, p. 104.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001

SAVARIS, José Antonio e Flavia da Silva XAVIER. *Manual dos recursos nos juizados especiais federais*. 3<sup>a</sup> ed. Curitiba: Juruá, 2012

TARANTO, Caio Márcio Guterres. “Fechamento sistêmico do procedimento dos juizados especiais federais pelos precedentes jurisdicionais”. *Revista da SJRJ*, Rio de Janeiro, n. 24, p. 19-45, 2009.

XAVIER, José Tadeu Neves. “Julgamento de improcedência prima facie em ações repetitivas na sistemática processual civil atual e no contexto do projeto de novo Código De Processo Civil”. *Revista da AGU* n. 34. Brasília-DF, out./dez. 2012, p. 214.

# O PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL NA PRIMEIRA INSTÂNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL

---

**José Renato Rodrigues**

Juiz Federal Substituto – Marília - SP  
Graduado e Mestre em Direito pela Instituição Toledo de Ensino – ITE.

---

## RESUMO

De forma objetiva, tratamos do conteúdo do princípio do juiz natural bem como a sua aplicação na primeira instância da Justiça Federal que, por força de lei, possui dois Juizes Federais em cada vara e, por isso, dois órgãos jurisdicionais distintos com idênticas competências exercidas em acervos processuais separados. Depois disso, sugerimos, para uma maior concretude ao princípio constitucional do juiz natural, a vinculação automática das ações judiciais aos Juizes por sistema informatizado e, ainda, o tratamento igualitário, pela Administração Pública, aos Juizes Federais lotados na mesma vara no que se refere às condições de trabalho.

**Palavras-chave:** Princípio do juiz natural — Justiça Federal — Juiz Federal — Juiz Federal Substituto — Competência — Conflito de competência — Distribuição — Equitativa — Acervo — Divisão — Paritário — Vinculação automática.

O princípio do juiz (e do promotor) natural possui duas faces e está contido em nossa Constituição Federal de 1.988 a qual prevê em seu art. 5º que “não haverá juízo ou tribunal de exceção” (inciso XXXVII) e que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (inciso LIII).

É um direito fundamental de toda pessoa (natural e jurídica) que decorre do princípio da igualdade e consiste “[...] na inarredável necessidade de predeterminação do juízo competente, quer para o processo, quer para o julgamento, proibindo-se qualquer forma de designação de tribunais ou juízos para casos determinados”<sup>1</sup>.

Dizendo de outra forma, é uma garantia constitucional dirigida a “(...) dois destinatários: o cidadão, que deve submeter-se ao juízo aleatório do Estado, sem procurar romper a regra da livre distribuição, e o Estado, que não pode definir o juiz para determinado cidadão ou caso.”<sup>2</sup>

Na sua primeira vertente, podemos dizer que o órgão jurisdicional, responsável pelo processamento e julgamento de determinado caso, deve já estar instituído e em funcionamento em data anterior ao próprio caso a ele submetido, ou seja, os fatos devem ser posteriores à criação e instalação do órgão jurisdicional incumbido de apreciá-los.

Noutra face,

[...] as regras de determinação de competência devem ser instituídas previamente aos fatos e de maneira geral e abstrata de modo a impedir a interferência autoritária externa. Não se admite a escolha do magistrado para determinado caso, nem a exclusão ou afastamento do magistrado competente. Quando ocorre determinado fato, as regras de competência já apontam o juízo adequado, utilizando-se, até, o sistema aleatório do sorteio (distribuição) para que não haja interferência na escolha [...].<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior, *Curso de direito constitucional*, p. 130.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 131.

<sup>3</sup> Vicente Greco Filho, *Direito processual civil brasileiro*, 1º volume, p. 46.



Tendo assento constitucional o princípio do juiz natural e, ao mesmo tempo, estando prevista na mesma Constituição Federal a distribuição das competências do Judiciário (arts. 92 a 126), não pode a legislação infraconstitucional, sob pena de não ter sido recepcionada ou padecer de inconstitucionalidade, afastar ou alterar o que previsto na Carta Magna, inclusive para criar “mais um” juiz natural.<sup>4</sup>

O princípio em tela se aplica a todos os ramos do direito e engloba toda a atividade jurisdicional. “É certo, por outro lado, que tal garantia não impede as substituições previstas em lei, os desaforamentos, a prorrogação de competência devidamente contempladas na legislação.”<sup>5</sup>

Segundo Nelson Nery Júnior, o princípio do juiz natural tem como conteúdo: a) prévia individualização dos juízes por leis gerais; b) independência e imparcialidade dos juízes; c) determinação da competência dos juízes por critérios objetivos; d) divisão funcional interna.<sup>6</sup>

Por óbvio, o juiz natural é aquele que faz parte do Judiciário e, assim, dotado das garantias previstas no art. 95 da Constituição Federal — vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio.<sup>7</sup>

A Lei n. 5.010/66, que organiza a Justiça Federal, prevê a existência de Juízes Federais e Juízes Federais Substitutos, aos quais competem, como órgãos de primeira instância da Justiça Federal (art. 106, CF/88), processar e julgar as causas e os crimes previstos no art. 109 da CF/88.

Assim, em toda Vara da Justiça Federal, há dois cargos de Juízes, criados por lei, sendo um de Juiz Federal (titular) e o outro

---

<sup>4</sup> A lei que estiver afrontando o texto constitucional não pode e não deve ser aplicada. Se a lei violadora for anterior à Constituição Federal, dizemos que a mesma não foi recepcionada, se posterior, ela é tida como inconstitucional.

<sup>5</sup> Gilmar Ferreira Mendes e outros, Curso de direito constitucional, p. 571.

<sup>6</sup> *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 70.

<sup>7</sup> Acerca de tais garantias veja outro artigo de nossa autoria publicado in <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-04/jose-rodrigues-magistratura-federal-deixou-tao-atrativa>>. Acesso em: 04 jun. 2013.

de Juiz Federal Substituto<sup>8</sup>, o que implica dizer que ambos os Juízes são aí lotados, até em decorrência do princípio constitucional da inamovibilidade.<sup>9</sup>

Sobre este ponto, importante consignar a pontual observação feita por Rogério Tobias de Carvalho, Juiz Federal no RJ:<sup>10</sup>

Diferentemente do que ocorre na Justiça estadual, em cada vara da Justiça Federal, há sempre dois cargos de juízes, o de titular e o de substituto. Não há hierarquia entre eles. Ambos detêm a mesma competência e jurisdição específica para processar e julgar as ações que lhes são distribuídas. Nenhum deles pode interferir nos processos um do outro. Enfim, embora dividam a mesma secretaria, como nos tribunais, para efeito de fixar a competência, são dois órgãos judiciários distintos.

Em virtude disto, o acervo de processos que compõe toda Vara Federal é dividido de forma objetiva e equitativa entre os Juízes lotados na respectiva unidade jurisdicional.

Essa é a regra vigente em toda Justiça Federal, possuindo, os cinco Tribunais Regionais Federais, atos normativos editados com este alcance paritário (1ª Região: art. 69 do Provimento/COGER

---

<sup>8</sup> Ao menos desde o advento da Lei n. 5.010/66, há exatamente o mesmo número de cargos de Juízes Federais e Juízes Federais Substitutos em todo o território nacional.

<sup>9</sup> A inamovibilidade implica a impossibilidade de remover o juiz do local onde ele esteja lotado, salvo se ele próprio quiser ser removido quando houver vagas ou se o interesse público assim exigir, desde que isto seja reconhecido pela maioria absoluta do Tribunal a que ele esteja vinculado ou pelo Conselho Nacional de Justiça — CNJ.

<sup>10</sup> *Pode um juiz atuar em processo do outro?*

n. 38/09<sup>11</sup>; 2ª Região: art. 1º da Resolução n. 26/09<sup>12</sup>; 3ª Região: art. 141 do Provimento COGE n. 64/05<sup>13</sup>; 4ª Região: art. 55, *caput*, do Provimento n. 17, de 15 de março de 2013 – Consolidação Normativa da Corregedoria Regional da 4ª Região<sup>14</sup> e; 5ª Região<sup>15</sup>).

Veja-se que a maioria dos Tribunais Regionais Federais adota como critério objetivo e igualitário de divisão do acervo o número final dos processos, cabendo, ao Juiz Federal, os processos de finais pares e os de finais ímpares distribuídos ficam vinculados ao Juiz Federal Substituto.

Nesta toada, é perfeitamente possível haver conflito (positivo ou negativo) de competência entre os Juízes Federais lotados na mesma Vara Federal, cabendo ao respectivo Tribunal Regional Federal decidir eventual conflito (art. 108, I, e, CF/88). “Por óbvio que, se há conflito, não é administrativo, e sim jurisdicional, devendo ser dirimido à luz das normas processuais cogentes que definem e limi-

---

<sup>11</sup> Art. 69. Os processos serão distribuídos ao juiz federal substituto, quando em função de auxílio, na proporção de 50% (cinquenta por cento), observando-se as seguintes regras:

I – em relação aos processos já distribuídos, tocarão ao juiz federal substituto os que tenham terminação ímpar, ressalvados os casos de prevenção, vinculação ou outra causa de reunião a um mesmo julgador;

II – em relação aos processos distribuídos posteriormente, será mantida a mesma forma de distribuição (pares para o juiz federal e ímpares para o juiz federal substituto). Parágrafo único. Havendo mais de dois juízes em exercício permanente em uma vara, a distribuição de processos será equitativa, segundo parâmetros técnicos estabelecidos pela corregedoria-geral.

<sup>12</sup> Art. 1º A divisão de trabalho nas varas das Seções Judiciárias do Rio de Janeiro e do Espírito Santo ocorrerá, segundo as classes processuais, em conformidade com a numeração final dos processos, desconsiderado o dígito verificador, incumbindo aos Juízes Federais Titulares aqueles de final par e aos Juízes Federais Substitutos os de final ímpar.

<sup>13</sup> Art. 141. A distribuição entre os MM. Juízes de uma Vara será de acordo com o número do processo, sendo:

I – pares, para o MM. Juiz Titular da Vara;

II – ímpares, para o MM. Juiz Substituto da Vara.

<sup>14</sup> Art. 55. Os Juízes Federais e Juízes Federais Substitutos têm as mesmas funções jurisdicionais, concorrendo à distribuição em igualdade de condições, estejam os respectivos cargos ocupados ou não; se um desses cargos estiver vago, o Juiz em exercício na vara jurisdicionará todos os processos.

<sup>15</sup> Embora não tenhamos localizado o respectivo ato normativo, sabemos que o E. TRF 5 também adota a distribuição equitativa de processos entre Juízes Federais e Juízes Federais Substitutos, já tendo utilizado, no passado, o critério objetivo por final de processo.

tam a área de atuação de cada juiz, mesmo que lotados no mesmo órgão judiciário.”<sup>16</sup>

O E. TRF da 1ª Região já decidiu, na via judicial, que “[...] às disputas de competência, positivas ou negativas, entre juiz titular e juiz substituto na mesma Vara aplicam-se, por extensão, as normas processuais relativas a conflito de competência.”<sup>17</sup>

Vicente Greco Filho traz a seguinte lição acerca do conflito de competência:<sup>18</sup>

[...] é uma verdadeira ação declaratória sobre competência quando dois ou mais juízes se declaram competentes ou quando dois ou mais juízes se consideram incompetentes, ou ainda, quando entre dois ou mais juízes surge controvérsia acerca da reunião ou separação de processos.

O conflito de competência chama-se *positivo* quando dois ou mais juízes se declaram competentes para determinado processo, e se chama *negativo* quando dois ou mais juízes se declaram incompetentes. O conflito pode ser suscitado por qualquer das partes, pelo Ministério Público ou pelo juiz, e, como se trata de uma verdadeira ação declaratória sobre a competência, o juiz, no caso, torna-se autor da referida ação em situação bastante peculiar.

Em síntese, não pode o Juiz Federal, como regra, atuar em ações atribuídas ao Juiz Federal Substituto e vice-versa. É uma via de mão dupla, na medida em que um não pode processar e julgar processo vinculado ao outro.

<sup>16</sup> Rogério Tobias de Carvalho, ob. cit.

<sup>17</sup> CC 588657020084010000, 3ª Seção, Relator Desembargador Federal João Batista Moreira, e-DJF de 09.10.2009, p. 190. No mesmo sentido e na mesma Seção o CC 672884820104010000, Relator Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro, e-DJF1 de 31.01.2012. Também já decidiu o E. TRF3 pela possibilidade de haver conflito entre Juiz Federal e Juiz Federal Substituto lotados na mesma vara: CJ 00232656020104030000, 1ª Seção, Relator Desembargador Federal Cotrim Guimarães, e-DJF3 Judicial 1 de 11/02/2011; CJ 00126268020104030000, 1ª Seção, Desembargadora Federal Cecilia Mello, e-DJF3 Judicial 1 de 27.09.2010.

<sup>18</sup> Ob. cit., p. 214.

Tal princípio, como quase tudo em Direito, não tem caráter absoluto, podendo ser afastado em face das circunstâncias do caso concreto. Essas circunstâncias a que nos referimos são, na verdade, situações excepcionais expressamente previstas na legislação (ex. afastamento, por qualquer motivo, do Magistrado Federal competente).

Neste contexto, entendemos que viola o princípio do juiz natural todos os processamentos e julgamentos efetivados em afronta ao que foi até aqui externado.

Desta forma, não podem subsistir quaisquer normas que disciplinem a matéria de modo diverso ao regramento antes explicitado.

É por isso que, com o devido respeito, reputamos inaplicável, por exemplo, o disposto no art. 142 do Provimento COGE n.º 64/05<sup>19</sup> (3ª Região) em Vara Federal onde haja Juiz Federal e Juiz Federal Substituto lotados, pois, possibilitando a norma em questão uma divisão de acervos da forma proposta por “Juiz Titular da Vara” e, portanto, havendo a possibilidade de existir proposta de atribuição de processos advinda apenas de um dos dois Juízes lotados na mesma Vara e, pior, de forma diferente do critério objetivo (final de processo) já disciplinado corretamente no âmbito da própria Terceira Região (art. 141 do aludido Provimento COGE n.º 64/05<sup>20</sup>), ocorrerá patente afronta ao princípio do juiz natural, ainda que no mesmo dispositivo esteja previsto a adoção de outro “critério objetivo” e, depois, “aprovado pelo Conselho”.

Também é vedada, à luz do princípio do juiz natural, toda e qualquer designação feita de forma arbitrária e/ou totalmente discricionária para que um determinado Juiz Federal (titular ou substituto)

---

<sup>19</sup> Art. 142. Os processos conclusos para sentença, não havendo vinculação, serão divididos mediante um critério objetivo proposto pelo MM. Juiz Titular da Vara e aprovado pelo Conselho.

Parágrafo único. Os Juízes Titulares encaminharão ao Conselho a proposta de divisão referida no “caput” do artigo.

<sup>20</sup> Art. 141. A distribuição entre os MM. Juízes de uma Vara será de acordo com o número do processo, sendo:

I – pares, para o MM. Juiz Titular da Vara;

II – ímpares, para o MM. Juiz Substituto da Vara.

atue em um caso específico. Em respeito ao importante princípio constitucional, necessário que haja regra anterior com previsão de critérios objetivos a indicar o único juiz natural existente, evitando-se inadmissíveis atos de designações individuais e aleatórias — casuísticas. Exemplos de respeito ao princípio do juiz natural nestas situações é o que consta na recente Resolução n. 378, de 13 de fevereiro de 2014, da Presidência do E. TRF da 3ª Região, que “Dispõe sobre a designação de Magistrados em casos de suspeição ou impedimento”<sup>21</sup> e no Provimento/COGER n. 38/09<sup>22</sup> da Primeira Região.

<sup>21</sup> O PRESIDENTE DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO, no uso de suas atribuições regimentais, Considerando a necessidade de fixação de critérios a serem adotados, quanto à designação de Magistrados para atuar em processos nos quais há declaração de suspeição ou impedimento, Resolve:

Art. 1º. Estabelecer que os processos nos quais o Juiz Federal ou o Juiz Federal substituto tenham se declarado suspeitos ou impedidos serão automaticamente remetidos ao magistrado lotado ou designado na mesma Vara.

Art. 2º. A designação de magistrado para atuar em processos nos quais os Juízes lotados na Vara tenham se declarado suspeitos ou impedidos, obedecerão aos critérios abaixo, observando-se a antiguidade decrescente:

I — Juiz Federal Substituto lotado na mesma subseção;

II — Juiz Federal lotado na mesma subseção;

III — Juiz Federal Substituto designado na mesma subseção;

IV — Juiz Federal designado na mesma subseção.

§1º. Não será designado o Magistrado ausente em razão de licença, férias, convocação ou afastamento.

§2º. Quando o Magistrado já designado se ausentar, o processo poderá ser encaminhado a outro, se necessário for, durante este período, retornando após findo o prazo.

Art. 3º. Na impossibilidade de Juízes Federais e Juízes Federais Substitutos da mesma Subseção atuarem no processo, a designação recairá sobre os Magistrados da Subseção mais próxima, respeitados os critérios fixados no artigo 2º e parágrafos, observando-se a tabela disponibilizada na intranet do TRF3R, na página dos Conselhos de Administração e Justiça.

Parágrafo único. Havendo duas ou mais Subseções com a mesma distância, o processo será remetido ao Magistrado da Subseção instalada por último.

Art. 4º. Nas hipóteses de cessação da atuação do Magistrado, aplicar-se-á os critérios definidos nesta norma.

Art. 5º. Os casos omissos serão encaminhados à Secretaria dos Conselhos de Administração e Justiça somente via *email* institucional e endereçado ao Presidente do Conselho da Justiça Federal da 3ª Região ([conselhos@trf3.jus.br](mailto:conselhos@trf3.jus.br)).

Art. 6º. Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Publique-se. Registre-se. Cumpra-se.

<sup>22</sup> Art. 101. O juiz federal e o juiz federal substituto da mesma seção ou subseção judiciária serão substituídos, automaticamente, na ordem seguinte:

- I – pelo juiz federal substituto ou juiz federal da mesma vara;
- II – pelo juiz federal substituto das varas de numeração ordinal subsequente, observando-se, primeiro, identidade da competência;
- III – pelo juiz federal das varas de numeração ordinal subsequente, observando-se, primeiro, a identidade da competência.

§1º. As substituições automáticas previstas neste artigo serão efetivadas independentemente de designação do Tribunal e ocorrerão nos casos de afastamentos decorrentes de férias, licenças, convocações, compensações, vacâncias, impedimentos ocasionais ou faltas.

§2º. A vara de número inicial é considerada subsequente à de número final. A vara de menor numeração é considerada subsequente à de maior numeração, para efeito de ordenação, nos casos de identidade de competência. Esgotada a possibilidade de substituição automática pelo critério da identidade de competência, será observada, de forma sucessiva, a seguinte ordem desubstituição das varas: execução fiscal, cível, agrária, previdenciária, criminal e JEF.

§3º. O juiz federal somente exercerá a substituição no caso de inexistência de juiz federal substituto em condições de exercer o encargo na mesma seção ou subseção judiciária.

§4º. Na inconveniência de que as secretarias e os gabinetes das varas envolvidas na substituição localizem-se em prédios diferentes, a substituição será feita de modo que a localização física no mesmo prédio prefira à regra de que a vara de menor numeração é considerada subsequente à de maior numeração, prevista no parágrafo segundo, parte inicial. De qualquer modo, prevalecerá à localização física de varas e gabinetes a regra da identidade ou afinidade de competência prevista no parágrafo segundo, parte final.

§ 5º Será evitada a cumulação de substituição, ficando excluído temporariamente do encargo o juiz que já estiver respondendo por outra substituição, salvo se todos os juízes substitutos ou titulares da seção ou subseção judiciária estiverem na mesma situação.

§ 6º Evitar-se-á o adiamento de audiência nos casos de substituição automática, ficando excluído temporariamente do encargo da substituição o juiz que tiver audiência já designada no dia da substituição, salvo se todos os juízes da seção ou subseção judiciária estiverem na mesma situação. O juiz que redesignar audiências de quaisquer das varas durante a substituição automática deverá comunicar à corregedoria-geral, por ofício, a relação das audiências adiadas e o motivo.

§ 7º Se o juiz substituto estiver na titularidade de outra vara criminal, as audiências dos processos ímpares da vara onde é lotado serão realizadas pelo juiz federal.

§8º Se o juiz substituto estiver na titularidade de 2 (duas) varas criminais, as audiências da vara onde estiver respondendo serão realizadas pelo juiz federal substituto da vara subsequente de idêntica competência ou, não havendo, a substituição ocorrerá conforme o critério definido na parte final do § 2º deste artigo.

§9º O juiz a ser substituído deverá informar o motivo e o período de substituição ao juiz diretor do foro da seção judiciária, para que seja encaminhada informação à presidência, a fim de efetuar pagamento de vantagem pecuniária, se for o caso. Esse procedimento não dispensa o pedido de autorização ao presidente do Tribunal quando for necessário.

Analisados alguns pontos do princípio do juiz natural sob o enfoque da sua aplicação na primeira instância da Justiça Federal e, assim, sem a pretensão de esgotar o assunto, finalizamos defendendo a necessidade de se dar e garantir a efetiva concretude ao indispensável e inafastável princípio do juiz natural.

Duas medidas que contribuem para a efetivação, na prática, do princípio do juiz natural na Justiça Federal de primeira instância e, ao mesmo tempo, de outros princípios constitucionais de mesma envergadura, tais como o princípio da igualdade (art. 5º, *caput*), o princípio da duração razoável do processo (art. 5º, inciso LXXVIII<sup>23</sup>) e o da eficiência na Administração Pública (art. 37,

---

§10. As substituições dentro da mesma vara (inciso I) dispensam a comunicação à diretoria do foro, salvo quando implicarem pagamento de diferença remuneratória em razão do exercício da titularidade.

§ 11. É vedado ao juiz fazer indicação do seu substituto com inversão da ordem referida no *caput* deste artigo. A fim de evitar incidentes nas substituições e mediante provocação do interessado, poderá a presidência do Tribunal, ouvida sempre a corregedoria-geral, excluir o juiz de substituição automática em determinadas varas da seção ou subseção judiciária, podendo haver imposição de medida compensatória.

§ 12. Nas subseções onde houver apenas um juiz, ou não houver juiz, a substituição será automática e obedecerá ao disposto nos parágrafos anteriores, no que couber. No tocante à vara subsequente, a substituição ocorrerá pelo juiz federal substituto das varas abaixo indicadas, e, no caso de impossibilidade, pelo juiz federal substituto das varas de numeração ordinal subsequente à vara indicada, observando-se, primeiro, identidade da competência:

(...) [aqui há um extenso e exaustivo rol abarcando todas as Varas integrantes da 1ª Região]

Art. 103. Em caso de impedimento ou suspeição processuais, firmados nos próprios autos pelo juiz federal ou juiz federal substituto, os processos respectivos permanecerão na vara originária e serão remetidos ao seu substituto legal apenas para o fim de despacho, decisão ou sentença, cabendo a movimentação processual à vara de origem.

§1º Salvo a hipótese de designação específica do presidente do Tribunal, o substituto automático, segundo as regras do art. 101 deste provimento, será o substituto legal do juiz impedido ou suspeito.

§2º Nas hipóteses de impedimento ou suspeição de juiz federal ou de juiz federal substituto, os processos serão redistribuídos dentro da mesma vara, efetuando a própria secretaria a devida compensação.

<sup>23</sup> A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.



*caput*), são: (i) fazer constar a observância do princípio de forma automática pelo sistema informatizado de distribuição/acompanhamento processual, vedando-se, com isso, a atribuição (ou escolha) manual dos processos aos Juízes e; (ii) assegurar a mesma condição de trabalho com idêntica estrutura física aos Juízes Federais lotados na mesma Vara Federal, tratando-se igualmente o Juiz Federal e o Juiz Federal Substituto.

Como visto anteriormente, todos os Juízes Federais e Juízes Federais Substitutos possuem a mesma competência jurisdicional e não há hierarquia entre eles, cabendo a ambos, ainda, cumprirem as mesmas e individuais metas traçadas pelos diversos órgãos de controles. Não há, por isso, razão plausível para que os Juízes Federais Substitutos sejam tratados de forma diferente pela Administração no que tange à estrutura de trabalho.

Devem as Administrações nos Tribunais Regionais Federais, além de realizar a vinculação automática dos processos aos Juízes por intermédio de sistemas informatizados, proporcionar aos Juízes Federais Substitutos uma estrutura de gabinete absolutamente igual à dos Juízes Federais (titulares), com quem trabalham diariamente e com idêntica, quantitativa e qualitativamente, carga de trabalho jurisdicional.

Ainda que possa pertencer, fisicamente, ao mesmo gabinete do Juiz Federal, deve o Juiz Federal Substituto poder contar com o mesmo número de servidores/assessores e com as mesmas funções comissionadas, assegurando-se ao Juiz Federal Substituto o poder de indicar seus próprios assessores diretos, bem como o de ser o único responsável pela orientação técnica de seus trabalhos.

Louvável e digno de repetição em toda a Justiça Federal é a justa previsão normativa já existente na saudosa Primeira Região. Estamos nos referindo ao já mencionado Provimento Geral n. 38, de 12 de junho de 2009 da COGER, que assim dispõe no que aqui se refere:

*Art. 62. [...]*

*§1º. Ao juiz federal cabe, com exclusividade, a administração da vara e das demais providências de ordem administrativa, **inclusive***

*a indicação para provimento de cargos e funções comissionadas da secretaria e do seu gabinete. As providências urgentes podem ser adotadas pelo juiz federal substituto na ausência ocasional do juiz federal, e, sendo de natureza administrativa, sujeitam-se a posterior ratificação.*

**§2º. Ao juiz federal substituto cabe a indicação para provimento de cargos e funções comissionadas do seu gabinete, assim como a direção técnica dos trabalhos desses servidores.**

(...)

**§ 10. O espaço físico a ser ocupado pelo juiz federal substituto deve ser condigno e compatível com as instalações ocupadas pelo juiz federal. (Negritamos).**

Isto também acontece, exemplificativamente, no pujante Tribunal Regional Federal da 4ª Região, conforme previsto no Provimento n. 17/13 – Consolidação Normativa da Corregedoria Regional da 4ª Região, *in verbis*:

Art. 56. [...]

**§4º Compete ao Juiz Federal Substituto a indicação de servidores da unidade judiciária para funções comissionadas de sua assessoria. Se na unidade não houver Juiz Substituto lotado, as funções comissionadas poderão ser ocupadas por servidores indicados por Juiz Federal. (Negritamos).**

Em prol dos Juízes, dos servidores<sup>24</sup> e, principalmente, da própria Justiça Federal e de seus jurisdicionados, urge a implementação uniforme em toda primeira instância da Justiça Federal destas duas simples regras ora referidas que, indubitavelmente, dão maior concretude a vários princípios constitucionais e, em especial, ao princípio do juiz natural.

---

<sup>24</sup> Os servidores que assessoram diretamente os Juízes devem, até em razão da necessária observância da eficiência no serviço público, estar vinculados ao Juiz Federal ou ao Juiz Federal Substituto, pois ao se permitir que eles assessoram, indistinta e concomitantemente, a ambos, acabam ficando sobrecarregados de trabalho e, ao mesmo tempo, angustiados na busca incessante da melhor forma de como devem trabalhar para atender, simultaneamente, os dois Juízes, diante da natural diferença de atitudes e pensamentos dos Juízes Federais e dos Juízes Federais Substitutos.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*, 4ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

CARVALHO, Rogério Tobias. *Pode um juiz atuar em processo do outro?* In: <<http://www.conjur.com.br/2014-out-25/rogerio-tobias-carvalho-juiz-atuar-processo-outro>>. Acesso em: 23.11.2014.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro – 1º. Vol.*, 17ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*, 15ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*, 2ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*, 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 6ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*, 10ª ed., atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO, Gabinete da Revista. *A Constituição no atual entendimento dos Tribunais Federais*. Brasília: Tribunal Regional Federal Da Primeira Região, 2009.



# CONFISCO DE BENS COMO INSTRUMENTO DE COMBATE À CRIMINALIDADE ORGANIZADA: análise dos regimes estrangeiros e de sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro

---

João Felipe Menezes Lopes

Juiz Federal Substituto

---

## RESUMO

A sociedade mundial moderna vivencia um contexto de hipercomplexidade nas relações patrimoniais e interpessoais já assimilado há tempos pela criminalidade organizada, o que exige do Estado a qualificação dos instrumentos de combate ao crime, sob pena de perda da efetividade de sua função de pacificação social. No entanto, apesar de necessária, a qualificação tendente ao aumento do poder de repressão ao crime organizado, em especial a seu braço financeiro, entra em choque com direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. A partir da análise dos ordenamentos estrangeiros e em atenção à necessidade de repressão eficiente ao poder econômico do crime, buscou-se apreciar de

que forma seria possível implantar um regime mais efetivo de confisco de bens no ordenamento brasileiro, sem que este regime afronte os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

**Palavras-chave:** Crime organizado — Confisco de bens — Direitos fundamentais.

## INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é analisar a possibilidade de implantação no Brasil de um regime mais efetivo de combate ao poder financeiro das organizações criminosas, fazendo frente ao atual quadro de sofisticação e de integração dos agentes criminosos entre si e com as vias lícitas de circulação de riquezas.

Para tanto, inicialmente, procedeu-se à análise dos regimes de confisco de bens vigentes em países que tiveram de enfrentar mais incisivamente sociedades criminosas organizadas, como a Espanha, a Colômbia e a Itália.

Num segundo momento, as regras sobre o confisco de bens no ordenamento jurídico brasileiro foram abordadas e submetidas a uma análise crítica. Nesta abordagem, a leitura dos direitos fundamentais à luz de distintos paradigmas foi apresentada, assim como seus reflexos sobre os axiomas do garantismo penal. A partir de então, apresentou-se como a jurisprudência nacional vem assimilando determinados conceitos surgidos a partir da reinterpretação do Direito Penal à luz de novos paradigmas.

Em arremate, formulou-se uma abordagem crítica a respeito da viabilidade da promoção de algumas alterações legislativas, tendentes a tornar mais efetivo o combate ao poder econômico das organizações criminosas que atuam no Brasil, bem como a compatibilidade destas alterações com o sistema de direitos e garantias fundamentais previstos no ordenamento jurídico brasileiro.

### 1 CONFISCO DE BENS: NORMATIVA INTERNACIONAL

O fenômeno da globalização pode ser conceituado como o processo de integração do espaço mundial, por meio do qual se opera um fluxo intenso de capitais, serviços, produtos e tecnologias entre os países, resultando em um mundo interligado por transações econômicas que movimentam capitais volumosos.

Apesar da inexistência de consenso a respeito de quando surgiu a globalização, estudiosos defendem ter ocorrido nos anos 1980, com a implantação de um modelo econômico neoliberal que permitia uma maior circulação de capital e mercadorias entre os países.

A abertura formal dos mercados, porém, foi precedida por uma circulação paralela de recursos, serviços e produtos entre países pela via criminosa, na qual a informalidade permitia uma metamorfose capaz de adequar as ações dos agentes às demandas do “mercado criminoso”.

Exemplo disso são as máfias italianas que, muito antes da “globalização oficial” dos mercados, já operacionalizavam grande quantidade de recursos e mercadorias (em sua maioria ilícitas) entre continentes, fartando seus cofres com dinheiro proveniente de atividades criminosas como o tráfico de drogas e de armas, a corrupção, contrabando e o sequestro, dentre outros.

É o que se extrai de trecho do interrogatório de Antonino Giuffrè, *capomafia* de Caccamo e componente da cúpula da organização mafiosa italiana Cosa Nostra, prestado na Procuradoria da República de Palermo em 27 de novembro de 2002:

[...] não é que os americanos se levantaram uma manhã e fizeram a globalização [...] e os outros ficaram ali olhando [...] os outros também a observam, senhor procurador, e trocam gentilezas no âmbito empresarial [...] porque assim como aqui, na Alemanha e na Bélgica também há pacotes de ações [...] e lá vocês também encontram grupos que já não são os mesmos de antigamente, dos imigrantes com a maleta de papelão [...] não [...] esses têm maleta, mas uma maleta cheia de dólares [...] <sup>1</sup>

Tal constatação parte também das autoridades públicas italianas, conforme se denota do excerto abaixo, extraído de mandado de prisão provisória expedido pelo Tribunal de Palermo em 26 de maio de 2003, no âmbito da operação *Igres*:

---

<sup>1</sup> FORGIONE, Francesco. *Máfia export: como a 'Ndrangheta, a Cosa Nostra e a Camorra colonizaram o mundo*. Tradução de Karina Jannini. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011, p. 136-137.

Assumindo características de um modelo de empresa de sucesso e seguindo as mesmas lógicas de especialização, crescimento e expansão nos mercados internacionais, as organizações criminosas complexas como a Cosa Nostra e a “ndrangheta” demonstraram possuir estruturas flexíveis e aptidão para a transformação, capacidade de adaptar-se às exigências do mercado, tendência a maximizar as oportunidades e a minimizar os riscos mediante a comum programação e planificação das atividades ilícitas.<sup>2</sup>

Diante do quadro de “globalização criminosa”, no qual as organizações operam vultosas quantias de recursos tanto no mercado informal como formal, gerando prejuízos diretos à ordem econômica e ao sistema financeiro, dentre outros bens jurídicos de igual ou maior relevância, vários países — *principalmente aqueles afetados diretamente por grupos ou organizações criminosas, como é o caso da Espanha, da Colômbia e da Itália* — mobilizaram-se para atualizar seus ordenamentos jurídicos, com o fim de atingir o lastro financeiro do crime, responsável pela reciclagem e a continuidade das atividades destas organizações.

São estas alterações legislativas que serão analisadas a seguir.

## 1.1 Espanha

No ordenamento espanhol, o confisco de bens em decorrência da prática de condutas criminosas é previsto como uma *consequência acessória* (e não uma pena), seguindo a disciplina prevista principalmente no art. 127 do Código Penal Espanhol, cujos principais aspectos passo a destacar:

TÍTULO VI.  
DE LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS.  
Artículo 127.

1. Toda pena que se imponga por un delito o falta dolosos llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos provengan y de los

---

<sup>2</sup> Idem, p. 55.



bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito o falta, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar. Los unos y las otras serán decomisados, a no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente.

**El Juez o Tribunal deberá ampliar el decomiso a los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o de un delito de terrorismo. A estos efectos se entenderá que proviene de la actividad delictiva el patrimonio de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización o grupo criminal o terrorista o por un delito de terrorismo cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por cada una de dichas personas.**

[...]

3. Si por cualquier circunstancia **no fuera posible el comiso de los bienes señalados en los apartados anteriores de este artículo, se acordará el comiso por un valor equivalente de otros bienes que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho.**

4. **El Juez o Tribunal podrá acordar el comiso previsto en los apartados anteriores de este artículo aun cuando no se imponga pena a alguna persona por estar exenta de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido, en este último caso, siempre que quede demostrada la situación patrimonial ilícita.**

5. Los que se decomisan se venderán, si son de lícito comercio, aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades civiles del penado si la Ley no previera otra cosa, y, si no lo son, se les dará el destino que se disponga reglamentariamente y, en su defecto, se inutilizarán. [...] (sem grifos no original)

A primeira constatação a ser feita, a partir da análise da legislação espanhola, é que a capitulação do confisco de bens como uma *consequência acessória* tem o efeito de permitir sua decretação mesmo nos casos em que, por exemplo, haja extinção da punibilidade do delito (art. 127.4).

Este regime indica que, apesar da forma como é intitulado (*consequência acessória*), o confisco de bens pode ser decretado inclusive nas hipóteses em que não haja a aplicação de uma “pena

principal”, o que eleva a efetividade do processo penal, permite o aproveitamento dos atos processuais já praticados e reduz os custos decorrentes de eventual nova ação cível tendente à repatriação de bens (algumas vezes adquiridos pelo agente criminoso com o produto de crimes praticados contra a Administração Pública).

Além disso, no sistema espanhol, o confisco de bens é visto como uma medida de caráter real, que se dirige contra o bem em si mesmo, razão pela qual é legítima esta autonomia entre sua aplicação e eventual condenação penal do acusado no processo penal.

Um segundo ponto de destaque da legislação refere-se ao fato de o confisco no direito espanhol poder incidir sobre bens lícitos do condenado, nos casos em que os instrumentos, produtos ou proventos auferidos pelo agente, com a prática do fato criminoso, não puderem ser confiscados.

Por fim, o Código Penal Espanhol prevê ainda que quando o crime for praticado em um contexto de *organização ou grupo criminoso ou terrorista*, o juiz deverá ampliar o confisco, a fim de que ele atinja todos os membros da organização. Para tanto, o art. 127.1 dispõe que será considerada proveniência ilícita, a parcela do patrimônio daqueles que forem condenados por delitos cometidos no seio de organização ou grupo criminoso, cujo valor seja desproporcional com os respectivos ingressos obtidos legalmente por cada uma destas pessoas.

O aludido dispositivo permite, após a condenação dos acusados pela prática de delitos, em um contexto de organização ou grupo criminoso, a inversão da presunção que vigorou durante o curso do processo penal. Desta forma, o confisco pode incidir sobre todo o lastro patrimonial, que se apresente desproporcional com os ingressos obtidos de forma lícita pelos autores do delito, cabendo, a eles, a demonstração da compatibilidade de seu patrimônio com as receitas que tenham auferido mediante o exercício de atividades lícitas.

## 1.2 Colômbia

A necessidade de enfrentamento direto da criminalidade organizada levou o Estado Colombiano a promover reformas recentes

em seu ordenamento jurídico, com o fim de atingir mais fortemente o aporte econômico do crime e, por conseguinte, dismantlar os grupos criminosos organizados com atuação em seu território.

Para tanto, foi editada a *Ley 793 de 2002 (diciembre 27)*, criando um sistema de confisco de bens cujas características passo a resumir:

(i) criou-se um rol extenso de situações que justificam a extinção do domínio sobre bens criminosos, o qual abrange inclusive o “incremento patrimonial injustificado”, assim entendido aquele que não puder ter sua origem comprovada (artigo 2.1 a 2.7), imputando-se ao interessado a prova, por meios idôneos, da origem lícita do patrimônio afetado pela medida;

(ii) estipulou-se os crimes e demais atividades ilícitas que podem dar azo à aplicação daquele regime confiscatório, dentre os quais se incluem as condutas cometidas em prejuízo do Erário, da Saúde Pública, da Ordem Econômica e Social, do Meio Ambiente e da Seguridade Social, dentre outras;

(iii) possibilitou-se que o confisco incidisse sobre bens lícitos de valor equivalente ao dano causado pela conduta lesiva, nos casos em que os instrumentos, produtos ou proveitos auferidos pelo agente com a prática do fato criminoso não pudessem ser confiscados.

A respeito da ação de extinção do domínio, dispõe o art. 4º da Lei 793/2002:

*Artículo 4º. De la naturaleza de la acción. La acción de extinción de dominio de que trata la presente ley es de naturaleza jurisdiccional, de carácter real y de contenido patrimonial, y procederá sobre cualquier derecho real, principal o accesorio, independientemente de quien los tenga en su poder, o los haya adquirido y sobre los bienes comprometidos. Esta acción es distinta e independiente de cualquier otra de naturaleza penal que se haya iniciado simultáneamente, o de la que se haya desprendido, o en la que tuviera origen, sin perjuicio de los terceros de buena fe exentos de culpa.*

*Procederá la extinción del derecho de dominio respecto de los bienes objeto de sucesión por causa de muerte, cuando dichos bienes*

*correspondan a cualquiera de los eventos previsto en el artículo 2º.  
(sem grifos no original)*

O procedimento de confisco no regime colombiano é jurisdicional e as decisões são tomadas pelos juizes com jurisdição penal, mas não no bojo de um processo penal (art. 11 da Lei 793/2002). O *caráter real* da ação é expreso para realçar a inexistência de pretensão punitiva nestas espécies de demanda, dirigindo-se contra os bens em si, com quem quer que eles estejam.

Disso decorre um importante efeito, a saber, a possibilidade de afetação de terceiros (pessoas físicas ou jurídicas) que estejam no entorno do agente criminoso, salvo quando de boa-fé e isentos de culpa.

De qualquer forma, o mesmo regime de presunção já observado no sistema espanhol é previsto no ordenamento colombiano (cabendo ao afetado a prova da origem lícita dos bens), com a diferença de que não se exige (pelo menos de forma expressa), neste último, a existência de anterior condenação penal do agente.

A alteração legislativa na Colômbia, em especial no ponto em que desvinculou o procedimento de confisco de bens a uma condenação penal do agente criminoso, eclodiu em parte para fazer frente a um expediente em que as organizações criminosas daquele país passaram a pretender adotar como estratégia de manutenção de seu patrimônio, consistente em assassinar o agente criminoso processado criminalmente para evitar o prosseguimento do processo penal e, com isso, impedir o confisco dos bens da quadrilha adquiridos com a prática dos delitos.

Portanto, a mudança demonstra que as autoridades colombianas se deram conta do conceito de valores vigentes dentro de grupos criminosos, já conhecidos pelas autoridades públicas responsáveis pelo combate e repressão da criminalidade no Brasil: o patrimônio das facções criminosas tem valor axiológico maior do que a vida de seus componentes.

### 1.3 Itália

Um dos principais instrumentos de combate às organizações criminosas italianas foi a *Ley Rognoni-La Torre* (Lei n. 646, de 13 de setembro de 1982), que incluiu o art. 416 bis ao Código Penal Italiano para tipificar o crime de “associação de tipo mafioso”.

A par da tipificação do crime de associação mafiosa, o legislador italiano preocupou-se em atingir o braço financeiro dessas organizações, levando em conta a importância não só da repressão penal ao crime, mas também da confiscação de seus bens como forma de impedir a perpetuação desses grupos criminosos organizados.

E não sem razão. Segundo dados levantados por Francesco Forgione,<sup>3</sup> o faturamento anual das três principais máfias italianas (‘Ndragueta, Cosa Nostra e Camorra) gira em torno de 130 bilhões de Euros. Deste montante, metade é aplicado na própria atividade criminosa, sendo a outra metade direcionada ao mercado formal, desestabilizando a economia e estimulando práticas anticoncorrencias, face à enxurrada de recursos criminosos nos meios formais de circulação de riquezas.

Em vista desse quadro, há muito presente naquele país, a população mobilizou-se e o parlamento aprovou importantes instrumentos legislativos tendentes a viabilizar o confisco de bens provenientes da prática dos crimes levados a efeito no contexto de organizações mafiosas.

Com esse propósito, foram editadas a *Legge 13 agosto 2010, n. 136*, que delegou ao Governo a compilação do regramento normativo antimáfia, a *Legge 31 maggio 1965, n. 575*, prevendo a possibilidade de confisco de bens independentemente da instauração de processo penal, e o *Decreto Legislativo 6 settembre 2011, n. 159*, que codificou a legislação antimáfia, dentre outros.

---

<sup>3</sup> Ex-deputado que figurou como presidente da extinta Comissão Parlamentar Antimáfia italiana e autor da obra *Máfia Export: como a ‘Ndrangheta, a Cosa Nostra e a Camorra colonizaram o mundo*. Tradução de Karina Jannini. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011.

As principais características do regime italiano de confisco são: a independência entre a instância administrativa e a penal,<sup>4</sup> viabilizando o perdimento mesmo em caso de morte do investigado/acusado/condenado;<sup>5</sup> a possibilidade de a medida confiscatória abranger terceiros cujos nomes tenham sido utilizados para camuflar os bens do investigado/acusado /condenado;<sup>6</sup> investigação do patrimônio adquirido pelo investigado/acusado/condenado nos últimos cinco anos anteriores à atuação estatal; possibilidade de arresto cautelar na via administrativa; restrição da cognição horizontal do Judiciário nas ações que questionam as medidas administrativas de confisco (que só podem ser questionadas no Judiciário sob o ponto de vista da legalidade, e não quanto ao mérito).

## 2 CONFISCO DE BENS: CARACTERÍSTICAS DA LEGISLAÇÃO NACIONAL

Após breve análise dos regimes de confisco de bens vigentes em países que tiveram de combater incisivamente associações criminosas organizadas (algumas vezes com braços estabelecidos em diferentes continentes), é o momento de analisar as normas existentes no ordenamento jurídico brasileiro para o enfrentamento da temática.

---

<sup>4</sup> Decreto Legislativo 6 settembre 2011, n. 159: [...]

Capo IV - Rapporti con i procedimenti penali

Art. 29 - Indipendenza dall'esercizio dell'azione penale

1. L'azione di prevenzione può essere esercitata anche indipendentemente dall'esercizio dell'azione penale.

<sup>5</sup> Art. 2º-ter, L. 31 maggio 1965, n° 575: [...] La confisca può essere proposta, in caso di morte del soggetto nei confronti del quale potrebbe essere disposta, nei riguardi dei successori a titolo universale o particolare, entro il termine di cinque anni dal decesso. [...]

<sup>6</sup> Decreto Legislativo 6 settembre 2011, n° 159: Art. 18. Applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali. Morte del proposto

[...] 3. Il procedimento di prevenzione patrimoniale può essere iniziato anche in caso di morte del soggetto nei confronti del quale potrebbe essere disposta la confisca; in tal caso la richiesta di applicazione della misura di prevenzione può essere proposta nei riguardi dei successori a titolo universale o particolare entro il termine di cinque anni dal decesso.

O mais elementar regramento está previsto na Constituição da República, e trata do confisco de glebas onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas, assim como de todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes, nos seguintes termos:

*Art. 243. As glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.*

*Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins será confiscado e reverterá em benefício de instituições e pessoal especializados no tratamento e recuperação de viciados e no aparelhamento e custeio de atividades de fiscalização, controle, prevenção e repressão do crime de tráfico dessas substâncias.*

Por outro lado, a norma geral de disciplina do perdimento de bens relacionados à prática de crimes em geral está inserida no Código Penal Brasileiro, especificamente em seu art. 91, que trata dos efeitos da condenação criminal:

*Art. 91. São efeitos da condenação:*

*I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;  
II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé:*

*a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito;*

*b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso. [...].*

Também, no bojo do Código Penal, especificamente no capítulo referente à regulação das penas restritivas de direito, há disposição que, apesar de muito pouco mencionada quando se trata da temática relativa ao confisco de bens, também pode cumprir a missão de atingir o braço financeiro do crime.

Trata-se da possibilidade, prevista no inciso II do art. 43 e no §3º do art. 45 daquele *Codex*, de se imputar a penalidade de perda de bens e valores (ainda que lícitos) pertencentes aos condenados, estabelecendo, como teto do perdimento, o montante do prejuízo causado ou do proveito objetivo pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime. Nesse caso, o perdimento é aplicado como pena principal, em substituição à pena privativa de liberdade, o que diferencia esse regime dos expostos anteriormente.

Apesar de digno de nota, por não exigir prova da ilicitude dos bens sob perdimento, sua aplicação fica bastante prejudicada nos casos que envolvem a prática de crimes em um contexto de organização criminosa, que na maioria das vezes não comportam a substituição de pena corporal por restritivas de direito.

Afora estas disposições, algumas normas específicas foram editadas para tratar de delitos com significativa repercussão patrimonial, disciplinando não só o confisco dos bens, mas também medidas cautelares que visem à sua apreensão no curso do processo.

Nesse sentido, a Lei n. 9.613/1998 prevê, em relação aos crimes de lavagem de dinheiro, a inversão do ônus da prova sobre a licitude da origem de bens apreendidos no curso desses processos (art. 4º, §2º).<sup>7</sup> O dispositivo comporta distintas interpretações,

---

<sup>7</sup> Art. 4º O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou representação da autoridade policial, ouvido o Ministério Público em vinte e quatro horas, havendo indícios suficientes de infração penal, poderá decretar medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores do investigado ou acusado, ou existentes em nome de interpostas pessoas, que sejam instrumento, produto ou proveito dos crimes previstos nesta Lei ou das infrações penais antecedentes. (Redação dada pela Lei n. 12.683, de 2012) [...]

§ 2º O juiz determinará a liberação total ou parcial dos bens, direitos e valores quando comprovada a licitude de sua origem, mantendo-se a constrição dos bens, direitos e valores necessários e suficientes à reparação dos danos e ao pagamento de prestações pecuniárias, multas e custas decorrentes da infração penal. (Redação dada pela Lei n. 12.683, de 2012).



prevalecendo, na doutrina<sup>8</sup> e na jurisprudência,<sup>9</sup> a de que a presunção circunscreve-se apenas à apreensão ou sequestro dos bens no curso do processo, não se estendendo ao seu perdimento.

Por fim, cabe o registro de que o Brasil é signatário de convenções internacionais que dispõem sobre a apreensão e o confisco de bens oriundos de práticas criminosas, dentre as quais se destacam a Convenção de Viena,<sup>10</sup> a Convenção de Mérida<sup>11</sup> e a Convenção de Palermo.<sup>12</sup>

Algumas das disposições constantes destas convenções assemelham-se com regimes vigentes em países estrangeiros, tais como os analisados no capítulo anterior, a exemplo do disposto no art. 12.7 da Convenção de Mérida, dispondo no sentido de que:

*Artigo 12*

*Confisco e apreensão*

[...]

*7. Os Estados Partes poderão considerar a possibilidade de exigir que o autor de uma infração demonstre a proveniência lícita do presumido produto do crime ou de outros bens que possam ser objeto de confisco, na medida em que esta exigência esteja em conformidade com os princípios do seu direito interno e com a natureza do processo ou outros procedimentos judiciais. [...].*

Apesar de estabelecida a possibilidade de inversão do ônus da prova em relação à licitude dos bens sujeitos à medida de confisco ou perdimento, a ressalva constante da parte final do dispositivo

<sup>8</sup> BALTAZAR JR., José Paulo. *Crimes federais: contra a administração pública, a previdência social, a ordem tributária, o sistema financeiro nacional, as telecomunicações e as licitações, estelionato, quadrilha ou bando, moeda falsa, abuso de autoridade, tráfico internacional de drogas, lavagem de dinheiro*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 521-522.

<sup>9</sup> TRF4: ACR 2004.71.00.029403-0, 8ª T., Relator Élcio Pinheiro de Castro, DJ 25/05/2005; ACR 2005.71.00.019916-5, 8ª T., Relator Paulo Afonso Brum Vaz, DJ 05/04/2006; ACR 2004.71.00.031800-9, 8ª T., Relator Élcio Pinheiro de Castro, DJ 23/02/2005.

<sup>10</sup> Promulgada pelo Decreto n. 154/1991.

<sup>11</sup> Promulgada pelo Decreto n. 5.687/2006.

<sup>12</sup> Promulgada pelo Decreto n. 5.015/2004.

demonstra, claramente, o impasse jurídico a ser resolvido caso se pretenda a aplicação de tais dispositivos no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro.

Este impasse é indicativo de que qualquer pretensão séria de alteração do regime jurídico de confisco de bens no ordenamento pátrio deve, preliminarmente, enfrentar a questão à luz do princípio da presunção de inocência e dos demais axiomas que compõem o garantismo penal cunhado por Luigi Ferrajoli,<sup>13</sup> erigidos à condição de direitos fundamentais do cidadão pela Constituição da República.

Tal enfrentamento, porém, não prescinde da abordagem, ainda que superficial, sobre a evolução da teoria dos direitos fundamentais, de modo a demonstrar que o dinamismo das previsões que veiculam tais direitos é diretamente vinculado às alterações sociais havidas no mundo fenomênico desde a origem das constituições escritas até os dias atuais.

## 2.1 Evolução dos direitos fundamentais

Sem pretensão de esgotamento da matéria, destaca-se que os direitos fundamentais sempre estiveram ligados ao propósito, ínsito ao próprio constitucionalismo, de delimitar o poder estatal. Sua evolução foi cunhada por diversos fenômenos de causas sociais, econômicas e pelo que parte da doutrina identifica como *crise das liberdades*. Percuciente, o apontamento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho a respeito dessa evolução:

A doutrina dos direitos fundamentais revelou uma grande capacidade de incorporar desafios. Sua primeira geração enfrentou o problema do arbítrio governamental, com as *liberdades públicas*, a segunda, o dos extremos desníveis sociais, com

---

<sup>13</sup> São eles, resumidamente: a) princípio da retributividade; b) princípio da legalidade; c) princípio da necessidade ou subsidiariedade do Direito Penal; d) princípio da lesividade; e) princípio da materialidade; f) princípio da culpabilidade; g) princípio da jurisdicionalidade; h) princípio acusatório; i) princípio do encargo da prova e j) princípio do contraditório. (FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, 4ª ed. Madri: Trotta, 2000, p. 93. Tradução livre)

os *direitos econômicos e sociais*, a terceira, hoje, luta contra a deterioração da qualidade de vida humana e outras mazelas, com os *direitos de solidariedade*.<sup>14</sup>

Os direitos fundamentais de primeira dimensão,<sup>15</sup> portanto, são marcados pela característica de resistência ao poder estatal, tendo sido declarados no contexto histórico da Revolução Liberal do século XVIII, em que o principal objetivo era a restrição do poder absoluto do monarca. São, entre outros, o direito à liberdade, à igualdade perante a lei, à propriedade e à intimidade. O papel do Estado na defesa dos direitos de primeira dimensão é acentuatadamente passivo (abstenção de violação), já que, para os olhos da sociedade, ele é visto com desconfiança, como uma ameaça aos direitos dos indivíduos. Sem prejuízo, incumbia-lhe, já naquele tempo, a adoção de medidas tendentes a salvaguardar os direitos de liberdade nos casos em que a violação provinha de agente estranho ao poder estatal.

De seu turno, os direitos fundamentais de segunda dimensão surgem em um cenário social de modificação do papel do Estado. Quando a tensão entre o trabalho e o capital chega a seu ápice, em razão da implantação de regimes desumanos impostos aos trabalhadores por força da eclosão da Revolução Industrial, a própria sociedade roga pela atuação proativa do Estado como instrumento de defesa do indivíduo contra o próprio indivíduo. Antes essencialmente liberal, o Estado passa a desempenhar papel ativo na consecução do bem-estar social (*welfare state*). A Constituição mexicana de 1917 e a alemã de Weimar de 1919 foram as primeiras a prever em seu rol direitos fundamentais de segunda dimensão. São exemplos

---

<sup>14</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 15

<sup>15</sup> O termo “geração” de direitos fundamentais é criticado por parte da doutrina por transmitir, de forma errônea, uma ideia de sucessão de uma geração por outra, enquanto na verdade elas se complementam, por força da indivisibilidade dos direitos fundamentais. Por isso, neste artigo opta-se pelo termo “dimensão” dos direitos fundamentais.

dos assim chamados *direitos de igualdade*, o direito à saúde, ao trabalho digno, à educação e à previdência social, dentre outros.

Já os direitos de terceira dimensão (ou *direitos de solidariedade*), nas palavras de André de Carvalho Ramos,<sup>16</sup> *são frutos da descoberta do homem vinculado ao planeta Terra, com recursos finitos, divisão absolutamente desigual de riquezas em verdadeiros círculos viciosos de miséria e ameaças cada vez mais concretas à sobrevivência da espécie humana*. Deles são exemplos o direito à paz, à autodeterminação e ao meio ambiente equilibrado. Para sua promoção, Estado e sociedade aliam-se e passam a implementar medidas conjuntas e interligadas.

Alguns doutrinadores, a exemplo de Paulo Bonavides, defendem o nascimento de uma quarta dimensão de direitos fundamentais, que, apesar de relevante, não será aqui tratada em razão de sua impertinência para com os propósitos deste trabalho.

## 2.2 Garantismo penal integral

A evolução da teoria dos direitos fundamentais ocorreu em um contexto no qual se verificou, além da mudança do papel do Estado na promoção dos direitos — *com o conseqüente reflexo nos textos constitucionais da época* —, a emersão de um novo paradigma jurídico. Nas palavras de Dirley da Cunha Júnior:<sup>17</sup>

[...] até a Segunda Guerra Mundial, a teoria jurídica vivia sob a influência do *Estado Legislativo de Direito*, onde a Lei e o Princípio da Legalidade eram as únicas fontes de legitimação do Direito, na medida em que uma norma jurídica era válida não por ser justa, mas sim, exclusivamente, por haver sido posta por uma autoridade dotada de competência normativa. O neoconstitucionalismo, ou o novo direito constitucional como também é conhecido, destaca-se, nesse contexto, como uma *nova teoria jurídica* a justificar a mudança de paradigma, de *Estado Legislativo de Direito*, para *Estado Constitucional de*

<sup>16</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2005, p. 85.

<sup>17</sup> *Curso de direito constitucional*. Salvador: Ed. Jus Podivm, 3ª ed., 2009, p. 39.

*Direito*, consolidando a passagem da Lei e do Princípio da Legalidade para a *periferia* do sistema jurídico e o trânsito da Constituição e do Princípio da Constitucionalidade para o *centro* de todo o sistema, em face do reconhecimento da Constituição como verdadeira norma jurídica, com força vinculante e obrigatória, dotada de supremacia e intensa carga valorativa.

Praticamente, todos os ramos do Direito sofreram os reflexos desta mudança de paradigma jurídico, passando a assimilar os valores albergados na Constituição da República. Foi assim com o Direito Civil, que incorporou, por exemplo, a função social dos contratos e da propriedade, bem como os deveres anexos às obrigações formalmente pactuadas; com o Direito Administrativo e sua releitura do Princípio da Supremacia do Interesse Público; e até mesmo com o Direito Processual Civil, que acolheu a boa-fé objetiva como norte para a disciplina das relações processuais.

Apesar disso, o Direito Penal continua relativamente imune a esses novos influxos. O garantismo penal continua sendo interpretado à luz de um paradigma essencialmente liberal, ignorando completamente as mudanças sociais havidas desde o início do século passado. Resultado disso é uma significativa perda de efetividade do Direito Penal, em prejuízo a direitos fundamentais caros ao constituinte, os quais deveriam ser resguardados por esta que é a última trincheira tendente à manutenção da ordem e da paz sociais.

A teoria do garantismo penal foi desenvolvida levando em consideração um contexto histórico de repressão, no qual era premente a imposição de barreiras à atuação estatal. Ocupando o Estado o papel de vilão social, a consequência advinda é a de que, pelos ideais liberais, o Direito Penal era quase sempre um mal para a sociedade, o braço mais forte do ente a ser contido.

Entretanto, na atualidade, esta ideia comporta algumas contensões.

A evolução social testemunhou a modificação do papel do Estado, em razão da qual ele passou a assumir uma *função de garante*

na promoção dos direitos fundamentais, com a incumbência de impedir a violação desses direitos, pelos meios de que dispunha. Dentre estes meios, está o Direito Penal, a via mais áspera para a punição daqueles que atentam duramente contra direitos de significativa relevância jurídica.

Logo, não se pode ignorar o papel do Direito Penal como um dos instrumentos mais efetivos de proteção de direitos fundamentais. Nesse sentido, merece destaque o voto proferido pelo eminente Min. Luiz Fux, no julgamento conjunto da ADI 4424/DF e ADC 19/DF, no qual teceu considerações sobre o papel do Direito Penal como promotor dos direitos fundamentais das mulheres sujeitas à violência doméstica:

A partir do Estado Social de Direito, cujo marco é o conhecido *welfare state*, percebeu-se que a atitude negativa dos poderes públicos era insuficiente para promover, de fato, a igualdade entre as pessoas. Exige-se uma atitude positiva, através de políticas públicas e da edição de normas que assegurem igualdade de oportunidades e de resultados na divisão social dos bens escassos. Na lição de Canotilho, não há igualdade no não direito (*Direito constitucional e teoria da constituição*. Almeida, 7.<sup>a</sup> ed., 2003. p. 427).

[...]

*Sendo estreme de dúvidas, a legitimidade constitucional das políticas de ações afirmativas, cumpre estabelecer que estas se desenvolvem também por medidas de caráter criminal. Uma abordagem pós-positivista da nossa Carta Magna infere dos direitos fundamentais nela previstos deveres de proteção (Schutzpflichten) impostos ao Estado. Como o Direito Penal é o guardião dos bens jurídicos mais caros ao ordenamento, a sua efetividade constitui condição para o adequado desenvolvimento da dignidade humana, enquanto a sua ausência demonstra uma proteção deficiente dos valores agasalhados na Lei Maior.*

[...]

Uma Constituição que assegura a dignidade humana (art. 1º, III) e que dispõe que o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito das suas relações (art. 226, §8º), não se compadece com a realidade da sociedade brasileira, em que salta aos olhos a alarmante cul-

tura de subjugação da mulher. A impunidade dos agressores acabava por deixar ao desalento os mais básicos direitos das mulheres, submetendo-as a todo tipo de sevícias, em clara afronta ao princípio da proteção deficiente (*Untermassverbot*). (sem grifos no original)

No mesmo sentido, recente julgamento proferido pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal nos autos do *Habeas Corpus* n. 104.410/RS, relatado pelo Min. Gilmar Mendes:

*Habeas Corpus*. Porte ilegal de arma de fogo desmuniada. (A) Tipicidade da conduta. Controle de constitucionalidade das leis penais. Mandatos constitucionais de criminalização e modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal. Crimes de perigo abstrato em face do princípio da proporcionalidade. Legitimidade da criminalização do porte de arma desmuniada. Ordem denegada. 1. Controle de constitucionalidade das leis penais. 1.1. *Mandatos Constitucionais de Criminalização: A Constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas* (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, §4º). *Em todas essas normas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente.* 1.2. Modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal, baseado em níveis de intensidade: Podem ser distinguidos 3 (três) níveis ou graus de intensidade do controle de constitucionalidade de leis penais, consoante as diretrizes elaboradas pela doutrina e jurisprudência constitucional alemã: a) controle de evidência (*Evidenzkontrolle*); b) controle de sustentabilidade ou justificabilidade (*Vertretbarkeitskontrolle*); c) controle material de intensidade (*intensivierten*

*inhaltlichen Kontrolle*). O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens. Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (*Übermassverbot*) e como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) –, deverá o Tribunal exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais. [...] 3. Legitimidade da criminalização do porte de arma. Há, no contexto empírico legitimador da veiculação da norma, aparente lesividade da conduta, porquanto se tutela a segurança pública (art. 6º e 144, CF) e indiretamente a vida, a liberdade, a integridade física e psíquica do indivíduo etc. Há inequívoco interesse público e social na proscrição da conduta. É que a arma de fogo, diferentemente de outros objetos e artefatos (faca, vidro etc.) tem, inerente à sua natureza, a característica da lesividade. A danosidade é intrínseca ao objeto. A questão, portanto, de possíveis injustiças pontuais, de absoluta ausência de significado lesivo deve ser aferida concretamente e não em linha diretiva de ilegitimidade normativa. 4. Ordem denegada. (HC 104410, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, 2ª T., j. 06.03.2012, Acórdão eletrônico DJe-062 Divulg 26.03.2012 Public 27.03.2012).

No plano internacional, também se observa esta releitura do Direito Penal como instrumento de defesa de direitos fundamentais. Exemplo disso foi a condenação proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Gomes Lund e Outros (“Guerilha do Araguaia”) vs. Brasil, em cuja sentença ficou consignado que o país feriu o direito à integridade pessoal dos familiares das vítimas, em sua vertente moral e psíquica, ao entendimento de que a afronta a este direito deveu-se à *falta de investigações efetivas para o esclarecimento dos fatos, à falta de iniciativas para sancionar os responsáveis, à falta de informação a respeito dos fatos, bem como à impunidade em que permanece o caso, que neles provocou sentimentos de frustração, impotência e angústia.*



O reposicionamento do Direito Penal como um instrumento de proteção de direitos fundamentais é uma legítima alteração de paradigma a ser assimilada pelos operadores do Direito. Do contrário, a evolução social rumará, inevitavelmente, para uma cristalização da ineficiência deste ramo do Direito, gerando proteção deficiente dos valores que visa a resguardar. Nesse sentido, são as lições de Ingo Wolfgang Sarlet:<sup>18</sup>

[...] cumpre sinalar que a crise de efetividade que atinge os direitos sociais, diretamente vinculada à exclusão social e falta de capacidade por parte dos Estados em atender as demandas nesta esfera, acaba contribuindo como elemento impulsionador e como agravante da crise dos demais direitos, do que dão conta – e bastariam tais exemplos para comprovar a assertiva – os crescentes níveis de violência social, acarretando um incremento assustador dos atos de agressão a bens fundamentais (como tais assegurados pelo direito positivo), como é o caso da vida, integridade física, liberdade sexual, patrimônio, apenas para citar as hipóteses onde se registram maior número de violações, isto sem falar nas violações de bens fundamentais de caráter transindividual como é o caso do meio ambiente, o patrimônio histórico, artístico, cultural, tudo a ensejar uma constante releitura do papel do Estado democrático de Direito e das suas instituições, também no tocante às respostas para a criminalidade num mundo em constante transformação.

A partir destes exemplos e das alarmantes estatísticas em termos de avanços na criminalidade, percebe-se, sem maior dificuldade, que **à crise de efetividade dos direitos fundamentais corresponde também uma crise de segurança dos direitos, no sentido do flagrante déficit de proteção dos direitos fundamentais assegurados pelo poder público, no âmbito dos seus deveres de proteção [...]**. Por segurança no sentido jurídico (e, portanto, não como equivalente à noção de segurança pública ou nacional) compreendemos aqui – na esteira de Alessandro Baratta – um atributo inerente a todos os titulares

---

<sup>18</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. “Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência”. In: *Revista de Estudos Criminais* n. 12, ano 3, 2003. p. 86 e segs.

de direitos fundamentais, a significar, em linhas gerais (para que não se recaia nas noções reducionistas, excludentes e até mesmo autoritárias, da segurança nacional e da segurança pública) a efetiva proteção dos direitos fundamentais contra qualquer modo de intervenção ilegítimo por parte de detentores do poder, quer se trate de uma manifestação jurídica ou fática do exercício do poder. (sem grifos no original)

A interpretação sistemática do próprio rol de direitos fundamentais, previsto no art. 5º da Constituição, aponta para a necessidade desta mudança de paradigma. Ao lado de alguns dos mais importantes axiomas do garantismo penal, o legislador constituinte estabeleceu claros mandados de criminalização, com ordem para punição de qualquer discriminação contra os direitos fundamentais (art. 5º, XLI), do racismo (art. 5º, XLII), da tortura, do terrorismo, do tráfico de drogas e de outros crimes hediondos (art. 5º, XLIII), de modo a deixar claro que valores que visem à preservação da segurança da sociedade (art. 5º, *caput*) devem ser igualmente tutelados pelo Estado.

Como consequência, a interpretação do garantismo à estrita luz dos ideais liberais deve ser revista, sob pena de institucionalização do fenômeno jurídico que se convencionou denominar *garantismo hiperbólico monocular*. A expressão é definida nos seguintes termos: *evidencia-se desproporcionalmente (hiperbólico) e de forma isolada (monocular) a necessidade de proteção apenas dos direitos fundamentais individuais dos cidadãos, o que, como visto, não é e nunca foi o propósito único do garantismo penal integral*.<sup>19</sup>

Neste ponto, é bom que fique claro: a teoria de Ferrajoli, em si, não está a merecer críticas, na medida em que garante ao cidadão sob repressão estatal a garantia de respeito às *regras do jogo*, como de fato deve ocorrer em um Estado de Direito. As críticas, em verdade, recaem sobre as interpretações dadas à teoria no Brasil, pelas

---

<sup>19</sup> FICHER, Douglas. “O que é garantismo penal (integral)?” *In Garantismo Penal Integral: questões penais e processuais penais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2010, p. 25 e ss.

quais se erigem os axiomas do garantismo à condição de direitos quase absolutos, ignorando a existência de outros interesses postos em conflito, tão ou mais caros à sociedade.

Se ao tempo da institucionalização do liberalismo, o Estado era o repressor social mais incisivo e os crimes comumente praticados não tinham traços significativos de complexidade, nos dias atuais, o Estado passou a desenvolver fortemente um papel proativo em defesa dos direitos da sociedade e a criminalidade se organizou e passou a operar de forma simbiótica e metamórfica, exigindo dos poderes estatais (em sentido amplo) a mesma capacidade de adaptação.

Estas adaptações só serão válidas na medida em que respeitem os limites estabelecidos pelos direitos individuais e, por outro lado, atentem para a necessidade de proteção de todos os demais bens jurídicos garantidos na Constituição da República e em Tratados Internacionais dos quais o Brasil é signatário. Pendendo excessivamente para um dos lados, institui-se um quadro de proteção social deficiente, com perda da efetividade do Direito Penal e sua conseqüente repercussão sobre a manutenção da paz social; rumando desproporcionalmente para outro, corre-se o risco de instalação de um estado policialesco, no qual as *regras do jogo* passam a constituir mera formalidade e as garantias individuais são solenemente ignoradas.

Cabe ao Poder Judiciário, nos casos concretos, definir o perfeito equilíbrio destas forças. E ao fazê-lo, deve levar em conta o princípio da proporcionalidade em sua dupla perspectiva, quais sejam, a da proibição do excesso e a da proibição de proteção deficiente ou insuficiente, de modo a não impor restrições inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais aos direitos fundamentais do acusado, sem deixar, por outro lado, de promover a proteção eficiente e completa dos demais direitos fundamentais previstos na Constituição da República.

Passa-se, então, ao exame de precedentes que retratam como o Judiciário vem se desincumbindo de sua missão de equilibrar tais vetores axiológicos.

## 2.3 Precedentes jurisprudenciais

A análise de precedentes jurisprudenciais tende a demonstrar que a assimilação dos conceitos expostos neste trabalho é bastante incipiente no Brasil e que a interpretação liberal do garantismo penal ainda é predominante.

Como expressão desta exegese é possível citar o julgamento proferido pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça no *Habeas Corpus* 76.686/PR, cujo acórdão foi assim ementado:

Comunicações telefônicas. Sigilo. Relatividade. Inspirações ideológicas. Conflito. Lei ordinária. Interpretações. Razoabilidade.

1. É inviolável o sigilo das comunicações telefônicas; admite-se, porém, a interceptação “nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer”.

2. Foi por meio da Lei n. 9.296, de 1996, que o legislador regulamentou o texto constitucional; é explícito o texto infraconstitucional – e bem explícito – em dois pontos: primeiro, quanto ao prazo de quinze dias; segundo, quanto à renovação – “renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova”.

3. Inexistindo, na Lei n 9.296/96, previsão de renovações sucessivas, não há como admiti-las.

4. Já que não absoluto o sigilo, a relatividade implica o conflito entre normas de diversas inspirações ideológicas; em caso que tal, o conflito (aparente) resolve-se, semelhantemente a outros, a favor da liberdade, da intimidade, da vida privada etc. É que estritamente se interpretam as disposições que restringem a liberdade humana (Maximiliano).

5. Se não de trinta dias, embora seja exatamente esse, com efeito, o prazo de lei (Lei n. 9.296/96, art. 5º), que sejam, então, os sessenta dias do estado de defesa (Constituição, art. 136, §2º), ou razoável prazo, desde que, é claro, na última hipótese, haja decisão exaustivamente fundamentada. Há, neste caso, se não explícita ou implícita violação do art. 5º da Lei n. 9.296/96, evidente violação do princípio da razoabilidade.

6. Ordem concedida a fim de se reputar ilícita a prova resultante de tantos e tantos e tantos dias de interceptação das comunicações telefônicas, devendo os autos retornar às mãos do Juiz originário para determinações de direito.

(HC 76.686/PR, Rel. Ministro Nilson Naves, 6ª T., j. 09.09.2008, DJe 10.11.2008).

Neste julgamento, a Turma anulou as provas produzidas durante um procedimento apuratório criminal que investigou, nos dizeres do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, uma *intrincada rede de atividades ilícitas* que envolvia a prática de crimes contra a Administração Pública e contra o Sistema Financeiro Nacional, em um contexto de organização criminosa.

No curso desta intrincada investigação, o juízo monocrático autorizou a interceptação telefônica dos aparelhos de telefonia móvel utilizados pelos investigados por cerca de dois anos, antes de deflagrar a operação que resultou na prisão dos componentes do suposto grupo criminoso.

A legalidade das interceptações foi questionada perante o Tribunal Regional Federal da 4ª Região e, mantida a decisão de primeiro grau, o debate foi levado ao Superior Tribunal de Justiça que, por seu turno, entendeu pela *evidente violação do princípio da razoabilidade* em decorrências das sucessivas prorrogações das interceptações telefônicas.

Por ocasião do julgamento, mesmo levando em consideração a complexidade das relações criminosas supostamente travadas pelos pacientes, a Turma adotou interpretação restritiva do art. 5º da Lei n. 9.296/96,<sup>20</sup> no sentido de não admitir mais de uma prorrogação de interceptações telefônicas, sob pena de nulidade processual.

Sem analisar amiúde os fundamentos que serviram de base para uma ou outra interpretação, é possível afirmar que a decisão da Turma do Superior Tribunal de Justiça parte de um pressuposto de difícil consecução fática: o de que seria viável que investigações criminais envolvendo organizações criminosas pudessem ultimar-se dentro do reduzidíssimo prazo de 30 (trinta) dias.

Como exposto, a evolução do Direito mantém estrita relação com a própria evolução da sociedade, cujo contexto atual de

---

<sup>20</sup> Art. 5º. A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de 15 (quinze dias), renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

hipercomplexidade não pode ser ignorado, sob pena de descompasso entre o mundo do ser e o do dever-ser. Ante a impossibilidade de os meios formais de produção legislativa acompanharem o ritmo da evolução social, nesse contexto de complexidade, cabe ao operador do Direito (e ao Poder Judiciário, portanto) assimilar a função de oxigenar o ordenamento jurídico.

Ao restringir o uso de determinadas técnicas de investigação criminal a períodos de tempo desproporcionais ao contexto de complexidade das organizações criminosas, o próprio Estado estará inviabilizando a defesa de determinados direitos fundamentais da sociedade, ao permitir que grupos criminosos organizados aumentem sua capacidade de atuação à medida em que consigam implementar traços de complexidade em suas organização e estrutura, violando, assim, o princípio da proporcionalidade em sua vertente positiva, de proibição de proteção insuficiente ou deficiente.

Há exemplos, porém, de contextualização dos postulados garantistas em pelos menos um julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal, o qual representa, de certa forma, uma mudança paradigmática na interpretação de dispositivos legais e constitucionais afeitos ao Direito Penal.

Trata-se do julgamento da ADI 4424/DF, no qual o Supremo atribuiu interpretação conforme a Constituição aos arts. 12, inciso I, 16 e 41, todos da Lei 11.340/2006<sup>21</sup> (Lei Maria da Penha), assentando a natureza incondicionada da ação penal em caso de lesão

---

<sup>21</sup> Art. 12. Em todos os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, feito o registro da ocorrência, deverá a autoridade policial adotar, de imediato, os seguintes procedimentos, sem prejuízo daqueles previstos no Código de Processo Penal:

I — ouvir a ofendida, lavrar o boletim de ocorrência e tomar a representação a termo, se apresentada;

[...]

Art. 16. Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.

Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995.

corporal praticada mediante violência doméstica e familiar contra a mulher.

Os dispositivos legais impugnados eram expressos ao condicionar, à representação da vítima, a instauração e o processamento de ação penal pela prática de crime de lesão corporal mediante violência doméstica e familiar. Havia, portanto, em favor do investigado ou acusado pela prática de tais crimes, a garantia de que seu processamento só teria curso, caso a vítima assim desejasse.

Por ocasião do julgamento, o STF analisou dados estatísticos alarmantes que espelhavam um retrato do problema social vivido por mulheres submetidas à violência doméstica e familiar, os quais demonstravam que, na grande maioria dos casos, a vítima acabava por não representar contra seu agressor ou por afastar a representação anteriormente formalizada. Observou, ainda, que tal fenômeno tinha o efeito de estimular a reiteração criminosa por parte do agente, inclusive com o incremento de sua agressividade, como meio de intimidação de novas representações.

Com isso, o Tribunal concluiu que a proteção dada pelos dispositivos questionados ao direito fundamental à proteção da família (que tem a mulher como uma de suas células básicas) era deficiente e que, por isso, violava o princípio da proporcionalidade em sua dimensão positiva.

É de se ressaltar que a interpretação reputada inconstitucional veiculava genuína garantia ao devido processo penal em favor do acusado, um dos postulados básicos do garantismo penal. Sob a ótica liberal, dificilmente haveria espaço para qualquer concessão que visasse à diminuição do espectro de incidência desse postulado. Apesar disso, o intérprete maior da Constituição sinalizou no sentido de que o Direito Penal deve sim ser visto como um instrumento de defesa de direitos fundamentais e, mais do que isso, de que os direitos individuais do investigado/acusado no processo penal devem ser sopesados com todos os demais interesses envolvidos na persecução penal, sob pena de perda de efetividade do próprio instrumento repressor do Estado.

### 3 IMPLANTAÇÃO DE REGIMES ALIENÍGENAS DE CONFISCO DE BENS NO BRASIL

Conforme abordado, alguns países promoveram alterações importantes em seus ordenamentos jurídicos com a finalidade de atingir o lastro financeiro do crime organizado. Assim agiram para fazer frente ao crescimento vertiginoso do poder econômico destas organizações, que repercutia diretamente em sua capacidade de reorganizarem-se, infiltrarem-se nas esferas públicas de poder e perenizar suas atividades criminosas. Em suma, as alterações foram promovidas quando aqueles Estados atentaram-se para a necessidade de enfrentamento efetivo do poder paralelo em que havia se transformado as organizações criminosas espanholas, colombianas e italianas.

Neste tópico, não se pretende indicar especificamente os regimes de confisco de bens a serem *importados* para o Brasil, mas analisar a viabilidade da promoção de algumas alterações legislativas tendentes tornar mais efetivo o combate ao poder econômico das organizações criminosas que aqui atuam, bem como a compatibilidade destas alterações com o sistema de direitos e garantias fundamentais previsto no ordenamento jurídico brasileiro.

A prática forense revela que a regra inserta no art. 91 do Código Penal não permite que, no curso do processo penal brasileiro, haja uma efetiva reparação do dano causado pelo agente condenado pela prática de ilícitos penais. Apesar de a perda dos instrumentos do crime ocorrer com relativa frequência, é raríssima a hipótese em que, na sentença condenatória penal, haja disposição sobre o perdimento do *produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso*.

A prova de que determinado bem de titularidade do condenado é fruto da conversão de outros bens ou valores auferidos pelo agente com a prática criminosa já era complexa ao tempo em que a regra foi prevista na legislação penal, no longínquo ano de 1940,<sup>22</sup>

---

<sup>22</sup> A regra já estava inserida no art. 74, inciso II, alínea b, da Parte Geral do Código Penal, antes da reforma promovida pela Lei 7.209/84.



quando inexistentes as vias informatizadas de fluxos de capital. Com o advento da informatização e da globalização, o dispositivo tornou-se inócuo, na medida em que as transações tendentes a converter os bens ou valores espúrios obtidos com o crime são, cada dia mais, operadas de modo a apagar os rastros de sua transformação.

Não se ignora a existência de regramentos específicos na Lei n. 9.613/98, que preveem a inversão do ônus da prova da (i)licitude do bem objeto de sequestro ou apreensão judicial e a possibilidade de decretação de perdimento dos bens objeto da lavagem de capitais.

De qualquer modo, já foi exposto que a posição dominante na doutrina e na jurisprudência tende a limitar a abrangência da regra de inversão do ônus da prova ao sequestro ou apreensão do bem, não admitindo sua aplicação para fins de decretação do perdimento em si. Por outro lado, a aludida regra tem aplicação para os crimes de lavagem de dinheiro, o que a torna bastante limitada em face à generalidade dos crimes previstos na legislação.

Denota-se, por conseguinte, a insuficiência do regramento pátrio a respeito do confisco de bens auferidos pelas organizações criminosas direta ou indiretamente com a prática delitiva. No particular, é de se registrar que o legislador infraconstitucional perdeu uma grande oportunidade de regular a temática com a edição da Lei n. 12.850/2013, a qual, editada para *definir organização criminosa e dispor sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova e infrações penais correlatas*, não previu qualquer disposição relativa ao confisco de bens pertencentes a estas organizações.

Da legislação estrangeira é possível extrair regras passíveis de remediar a falta de efetividade do sistema penal brasileiro quanto ao tema, dentre as quais se destacam: *i)* a possibilidade de o confisco incidir sobre bens lícitos do condenado, nos casos em que os instrumentos, produtos ou proveitos auferidos pelo agente com a prática do fato criminoso não puderem ser confiscados; *ii)* a possibilidade de ampliação do confisco, quando o crime sob apuração for praticado em contexto de *organização ou grupo criminoso ou terrorista*, a fim de que ele atinja todos os membros da organização;

*iii*) a desvinculação do processo de perdimento de bens ao processo penal, permitindo que sua decretação ocorra em um feito autônomo, alheio à pretensão punitiva do agente; *iv*) inversão do ônus da prova da (i)licitude dos bens do condenado e dos demais integrantes das organizações criminosas, para que o confisco possa incidir sobre todo o lastro patrimonial que se apresente desproporcional com os ingressos obtidos de forma comprovadamente lícita pelos autores do delito.

As medidas que implicam inversão do ônus probatório (itens *i* e *iv* supra) devem ser analisadas à luz do princípio constitucional da presunção de inocência, pelo qual se garante que *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória* (art. 5º, inciso LVII, CF/88).

É crucial em um ordenamento jurídico minimamente preocupado com a defesa dos direitos fundamentais a garantia de que todo aquele que for processado criminalmente tenha em seu favor o benefício da dúvida, de modo a impor, ao órgão estatal acusatório, o ônus de comprovar a prática delitiva imputada.

Por outro lado, pondera-se que as medidas de inversão do ônus probatório previstas na legislação estrangeira poderiam ser trazidas para o ordenamento jurídico pátrio de forma adaptada, impondo ao acusado a comprovação da origem lícita de seu patrimônio somente após sua condenação penal transitada em julgado. De qualquer modo, para garantir um resultado final útil, necessário seria que as atuais disposições sobre a apreensão e sequestro de bens previstas na Lei de Lavagem fossem estendidas para todos os demais delitos, evitando manobras tendentes à dilapidação do patrimônio por parte do acusado que vislumbrasse possível condenação penal a porvir.

Por óbvio que tais modificações implicariam abrandamento da força axiológica do direito à propriedade e do princípio da presunção de inocência, que cederiam espaço, proporcional e razoavelmente, a outros direitos alcançados pelas normas penais de interesse da sociedade (nos quais se incluem os das vítimas dos delitos

praticados). Tratando-se de direitos relativos, é razoável a previsão de que percam espaço na medida em que o processo penal avança (desde o recebimento da denúncia até a prolação da sentença condenatória).

Aliás, esta diminuição gradual da força axiológica do princípio da não culpabilidade já esteve sob análise do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Lei da Ficha Limpa (Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 29, 30 e 4.578).

Apesar de não tratar diretamente de medidas de natureza penal (mas das implicações destas sobre os direitos políticos dos candidatos), o abrandamento progressivo da condição absoluta de inculpabilidade do acusado com condenação penal proferida em segunda instância parece bastante claro. Afinal, a migração dos efeitos de decisões condenatórias colegiadas não transitadas em julgado para o âmbito eleitoral, impedindo os candidatos de exercerem seus direitos políticos fundamentais, sob o fundamento de que tais condenações maculam a vida pregressa do pretendente ao cargo público, sem dúvida parte de uma presunção legítima de que as condenações penais de segunda instância têm força o bastante para restringir proporcionalmente o âmbito de alcance daquela garantia individual. O julgamento dá azo a interpretações no sentido de que, depois de vencidas as vias nas quais se permite reapreciação de fatos e provas a respeito da pretensão punitiva, o princípio da presunção de inocência é ombreado com outros direitos fundamentais. Mais do que isso, admitir que esse efeito é possível a partir de um julgamento de segunda instância, mas não de um julgamento monocrático, importa em reconhecimento de eficácia distinta e gradual do princípio da não culpabilidade à medida em que se avançam as etapas no curso do processo penal.

Logo, alteração legislativa que viesse a contemplar regras como as descritas nos itens *i* e *iv* acima não afrontariam as garantias individuais dos indivíduos, desde que estas fossem interpretadas a partir dos paradigmas expostos no curso deste trabalho.

De outro vértice, a possibilidade de ampliação do confisco, quando o crime sob apuração for praticado em contexto de

*organização ou grupo criminoso ou terrorista*, a fim de que ele atinja todos os membros da organização (item *ii*) e a desvinculação do processo de perdimento de bens ao processo penal, permitindo que sua decretação ocorra em um processo autônomo, alheio à pretensão punitiva do agente (item *iii*), são medidas de mais difícil compatibilização ao ordenamento jurídico brasileiro.

Quanto à possibilidade de ampliação do confisco, quando o crime sob apuração for praticado em contexto de *organização ou grupo criminoso ou terrorista* (a fim de que ele atinja todos os membros da organização criminosa), para que pudesse ser implementada, no Brasil, seria necessária a sistematização de um procedimento no qual houvesse previsão acerca da natureza real da medida restritiva, de modo a vinculá-la especificamente ao bem objeto da restrição (e não à pretensão punitiva do agente), o que significaria uma modificação completa do regime hoje vigente. Além disso, a definição prefacial de quais seriam os *membros ocultos* da organização criminosa, bem como sua diferenciação em relação a terceiros de boa-fé, exigiria concessões maiores com o princípio da presunção de inocência, de mais difícil consecução no Brasil.

Por outro lado, a desvinculação do processo de perdimento à esfera penal até seria viável, desde que não implicasse uma atuação exclusivamente administrativa por parte do Estado (como ocorre na Itália), inviabilizando, ao Judiciário, a análise do mérito das medidas restritivas ao direito de propriedade. Havendo garantia expressa da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, inciso XXXV, da CF/88), seria difícil visualizar de que forma esse regramento poderia ser incorporado ao ordenamento jurídico pátrio sem afrontar a aludida garantia constitucional. Afinal, os operadores do Direito sempre vincularam o conceito de *mérito administrativo* a atividades típicas do Poder Executivo (tenham elas cunho político ou técnico), sobre as quais havia limitação de apreciação judicial, não se enquadrando as medidas de confisco de bens nesse nicho de exclusão (ou severa limitação cognitiva horizontal) de apreciação judicial.

## CONCLUSÃO

Da análise dos regimes jurídicos vigentes em países estrangeiros e da sistemática de confisco de bens existente no Brasil, chega-se à conclusão de que, atualmente, o universo normativo que regula a repressão do poder econômico das organizações criminosas atuantes em nosso país é insuficiente, infringindo o princípio da proporcionalidade em sua dimensão positiva, de proibição de proteção deficiente.

Desse modo, tornam-se necessárias alterações legislativas que busquem à retomada da efetividade do Direito Penal como instrumento de prevenção e de repressão às atividades criminosas, levadas a efeito não apenas por meio da aplicação de penas corporais, como também pela derrocada de um de seus mais importantes pilares de sustentação: sua saúde financeira.

Sem a pretensão de apresentar a solução para os problemas da legislação nacional, este trabalho buscou levar ao conhecimento do leitor regimes jurídicos distintos dos nossos, assim como apontar a forma como tais regimes poderiam compatibilizar-se com o ordenamento jurídico pátrio, sem infringir direitos e garantias dos cidadãos.

## REFERÊNCIAS

BALTAZAR JR., José Paulo. *Crimes federais: contra a administração pública, a previdência social, a ordem tributária, o sistema financeiro nacional, as telecomunicações e as licitações, estelionato, quadrilha ou bando, moeda falsa, abuso de autoridade, tráfico internacional de drogas, lavagem de dinheiro*. 3ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, 557 p.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, 809 p.

CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Org.). *Garantismo Penal Integral*. Salvador: JusPodivm, 2010, 430 p.

CUNHA JR., Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 3ª ed.. Salvador: JusPodivm, 2009, 1183 p.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2ª edição. São Paulo: Ed. RT, 2006, 925 p.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, 156 p.

FORGIONE, Francesco. *Máfia Export: como a 'Ndrangheta, a Cosa Nostra e a Camorra colonizaram o mundo*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil Ltda, 2011, 364 p.

FICHER, Douglas. "O que é garantismo penal (integral)?" *In Garantismo Penal Integral: questões penais e processuais penais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2010.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, 823 p.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008, 782 p.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. São Paulo: Renovar, 2005, 261 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. "Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência". *In: Revista de Estudos Criminais* n. 12, ano 3, 2003.

\_\_\_\_\_. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, 503 p.

STRECK, Lenio Luiz. *O princípio da proibição de proteção deficiente (untermassverbot) e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico*. Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/1.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2011.

# DIREITO PENAL MÍNIMO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: as ideias abolicionistas e alguns pontos de reflexão

---

Carolina Souza Malta

Juíza Federal da 36ª Vara de Pernambuco (Especializada Criminal).  
Mestre em Direito Público pela UFPE. *E-mail: carolina.malta@jffe.jus.br*

---

## RESUMO

Este artigo tem por objetivo trazer algumas reflexões sobre o Direito Penal atual. A partir da análise de algumas ideias abolicionistas, busca-se a crítica ao sistema punitivo atual como forma de ressaltar a sua essência. A reflexão sobre mecanismos de aprimoramento do sistema penal se faz necessária e urgente, para ensejar o seu próprio fortalecimento, reservando a aplicação do Direito Penal para os casos em que a intervenção se faça realmente necessária.

**Palavras-chave:** Direito Penal Mínimo — Abolicionismo — Prisão — Impunidade — Sistema Punitivo.

## ABSTRACT

This article aims to give some reflections on the current Criminal Law. From the analysis of some abolitionist ideas, this paper seeks to critique the current punitive system as a way to highlight the essence. Reflection about mechanisms to improve the criminal justice system is necessary and urgent to give rise to its own strength, reserving the application of criminal law to cases in which the intervention is actually required.

**Keywords:** Minimal Criminal Law — Abolitionism — Prison — Impunity. Punitive System.

## INTRODUÇÃO

O Direito Penal é, sem dúvida, o ramo do Direito mais mencionado nos veículos de comunicação atualmente. Diariamente, são praticados crimes e uma proporção muito pequena destes é objeto de notícias, gerando a contínua manifestação de jornalistas e operadores do Direito sobre os rumos do Direito Penal e sobre mecanismos de prevenção.

Também os leigos, de uma forma geral, possuem opiniões formadas e consolidadas sobre os métodos mais eficazes de combate à criminalidade. No entanto, suas sugestões, na quase totalidade dos casos, implicam: majoração ou agravamento das penas; aplicação da prisão provisória como regra; expansão da aplicação das penas privativas de liberdade; diminuição da maioridade penal; afastamento das possibilidades de progressão das penas; entre outros.

Sobretudo em relação aos crimes de maior repercussão midiática, vê-se que ainda está bastante arraigado, na coletividade, o íntimo desejo de vingança em face dos que descumprem as normas legais. De tal forma, não há que se falar em ressocialização senão como um efeito indireto, decorrente da aplicação de penas severas, em que o infrator se “arrepende” do que fez, a partir das consequências suportadas, e decide não mais atingir o bem jurídico tutelado.

Paradoxalmente, porém, o recrudescimento das penas e a expansão do Direito Penal não têm implicado diminuição da criminalidade. Por outro lado, a efetiva aplicação da pena não cumpre qualquer objetivo de ressocialização, eis que muitas vezes os indivíduos ingressos no Sistema Penitenciário saem de lá mais habilidosos e propensos ao cometimento de crimes.

Por tais aspectos, a análise do papel atual do Direito Penal se faz necessária e possui fundamental importância, sendo relevante apresentar o conteúdo do movimento abolicionista e seu caráter utópico, apresentando, porém, críticas que induzem a uma necessária reflexão.



## 1 A UTOPIA DA TESE ABOLICIONISTA

A partir da deslegitimação do poder punitivo e de sua incapacidade para resolver conflitos, o abolicionismo surgiu como um movimento que propõe o próprio desaparecimento do sistema penal e sua substituição por modelos de solução de conflitos alternativos, preferencialmente informais. Seus mentores partem de diversas bases ideológicas, podendo ser assinalada de modo prevalente a fenomenológica, de Louk Hulsmann; a marxista, da primeira fase de Thomas Mathiesen; a fenomenológico-histórica, de Nils Christie; e, embora não tenha fortemente integrado o movimento, a estruturalista, de Michel Foucault.<sup>1</sup>

Não é possível falar em abolicionismo sem falar em Louk Hulsmann, falecido em janeiro de 2009, que foi, sem dúvida, o seu maior expoente. A leitura da sua obra *Penas Perdidas – o sistema penal em questão*<sup>2</sup> e o acesso a obras de outros autores abolicionistas ou tendentes ao que poderíamos chamar de um “minimalismo exacerbado” nos faz concluir que as ideias são, sem dúvida, utópicas, máxime se abordamos o abolicionismo neste momento em que predomina justamente a expansão do Direito Penal.

Todos os dias, defende-se criminalizar novas condutas através de tipos penais específicos. Os tipos penais gerais não servem, só parecendo haver proteção de qualquer direito se, junto com a previsão, for criado um tipo penal específico.<sup>3</sup> Por exemplo, hoje em dia, toda lei de Direito Administrativo é assim, sendo necessário caçar os tipos penais que geralmente estão incluídos na parte final.

Dispor do Direito Penal, assim, está fora de questão, o que mostra que a utopia é manifesta. Não é preciso, porém, concordar com o abolicionismo. No entanto, o estudo das ideias abolicionistas

---

<sup>1</sup> BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. v. I. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 648.

<sup>2</sup> HULSMAN, Louk; DE CELIS, Jacqueline Bernart. *Penas perdidas – O Sistema penal em questão*. Niterói: Luam, 1997.

<sup>3</sup> PALADINO, Carolina Freitas. “Política criminal: Direito Penal Mínimo x Direito Penal Máximo”. *Revista SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 29, dez. 2010. p. 62.

possui uma importância fundamental, por trazer, de forma extremamente lúcida, um legado de críticas ao sistema punitivo atual, propiciando a reflexão.

## 2 AS CRÍTICAS AO SISTEMA PENAL FORMAL E OS CRITÉRIOS DE ABOLIÇÃO

Segundo a corrente abolicionista mais radical, a pena e o próprio Direito Penal possuem efeitos mais negativos que positivos. Busca-se, por isso mesmo, a eliminação total de qualquer espécie de controle “formal” do delito, que deveria dar lugar a outros modelos informais de solução de conflitos.

Dentre os problemas apresentados, que imporiam a extinção do sistema penal formal, é citada, inicialmente, a sua face maniqueísta. Como ressalta Hulsman, o policial, o juiz, o legislador, mesmo sendo frequentemente questionados em suas práticas pessoais e coletivas, geralmente são vistos como representantes da ordem e, portanto, do bem.<sup>4</sup> E, em face destes símbolos da justiça, do direito e da consciência reta, os “delinquentes” são vistos como pertencentes a uma espécie à parte, como anormais sociais que deveriam ser facilmente identificáveis, já que não seriam como os outros.<sup>5</sup>

No mesmo sentido, expõe Francesco Carnelutti:

A primeira coisa que ensina a experiência penal é que a penitenciária não é de fato diferente do resto do mundo, tanto no sentido que também o resto do mundo é uma grande casa de pena. A ideia de dentro estarem apenas canalhas e fora somente honestos não é mais que uma ilusão; aliás, ilusão é que um homem possa ser todo canalha ou todo honesto.<sup>6</sup>

<sup>4</sup> HULKSMANN, Louk; DE CELIS, Jacqueline Bernart. *Penas perdidas – O Sistema penal em questão*. Niterói: Luam, 1997, p. 56-57.

<sup>5</sup> MARQUES, Bráulio. “A mídia como filtro do fato social”. In: FAYET JÚNIOR, Ney (Org.). *Ensaio em homenagem ao Professor Alberto Rufino Rodrigues de Sousa*. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2003, p. 164.

<sup>6</sup> CARNELUTTI, Francesco. *As Misérias do processo penal*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002. p.82.

Por outro lado, o sistema punitivo constituiria uma “máquina desconexa” e burocratizada, uma vez que suas instâncias polícia, Ministério Público, magistratura, agentes penitenciários atuam de forma compartimentada e desconexa.

Um dos aspectos sobre o qual recaem as maiores críticas consiste na prisão. Considera-se que a prisão não é útil e despersonaliza e dessocializa o preso, sendo a porta de entrada para um mundo artificial onde tudo é negativo, constituindo uma violência em si mesma e um mal social, sem qualquer efeito positivo.<sup>7</sup> Sobre isso, Paulo Cesar Busato expõe:

É comum que se identifique, na população em geral, uma opinião de que o condenado deve permanecer o máximo possível de tempo em compressão máxima do seu espaço, como modo de cumprir a pena. O que estas pessoas não percebem é que, cumprida a pena, os condenados voltarão ao seu convívio com todas as marcas e heranças adquiridas no cárcere. Tudo o que a prisão lograr produzir nele de ruim será manifestado em seguida, nas relações sociais que certamente guardará com aquele que quer vê-lo detido.<sup>8</sup>

Não haveria, ainda, qualquer atenção à complexidade dos fatos e situações e à complexidade das pessoas, de forma que o sistema penal se interessa por um fato isolado, um “flash”, desprezando todas as circunstâncias que o norteiam. Ademais, não permite uma aproximação psicológica entre o juiz e o acusado, predominando a máxima “eu não sou como ele”.<sup>9</sup> Como ressalta Hulsman:

[...] a desumanidade do sistema penal está, em parte, na situação em que reciprocamente se colocam o imputado e os agentes que tratam com ele. No contexto deste sistema, onde

---

<sup>7</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

<sup>8</sup> BUSATO, Paulo César. “O preso como inimigo: a destruição do outro pela supressão da existência comunicativa”. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XVI, n. 57, maio/ago. 2012. p. 99.

<sup>9</sup> CARNELUTTI, Francesco. *As Misérias do processo penal*. 2. ed. Campinas: Book-seller, 2002. p. 13.

aquele que é acusado não pode verdadeiramente falar, onde não tem a oportunidade de se expressar, o policial ou o juiz, mesmo que queiram escutá-lo, não podem fazê-lo. É o tipo mesmo de relações instituídas por este sistema que cria situações desumanas [...].

[...] Todos nós existimos juntos numa espécie de comunhão cósmica. Quando se tem consciência disso, desenvolve-se uma espécie de respeito, de delicadeza, de ajuda mútua. Isto implica (*sic*) num sentimento de responsabilidade, numa especial atenção para com os mais fracos, os que estão em dificuldades.<sup>10</sup>

Em adição, o sistema deveria ser abolido por só contar com a reação punitiva, apurando-se, igualmente, que poucos são os que ingressam no sistema formal, acarretando uma disparidade entre as condutas praticadas e a efetiva incriminação, o que Hulsman chama de cifra negra.<sup>11</sup> De acordo com Hassemer e Francisco Muñoz Conde, se o Direito penal é arbitrário, não castiga igualmente todas as infrações delitivas, independentemente do *status* de seus autores, e quase sempre recai sobre os extratos economicamente mais desfavorecidos,<sup>12</sup> provavelmente o melhor que se poderia fazer seria acabar de uma vez por todas com este sistema de reação social frente à criminalidade, que tanto sofrimento acarreta sem produzir qualquer benefício.<sup>13</sup>

Sobre a questão, Zaffaroni faz referência a uma “*utópica legitimidade do sistema penal*”, ressaltando que, embora o sistema penal “formal” não seja mais do que o apêndice justificador do verdadeiro exercício de poder dos órgãos do sistema penal, a legalidade nem mesmo é respeitada em sua operacionalidade social, sob o

<sup>10</sup> HULSMAN, Louk; DE CELIS, Jacqueline Bernart. *Penas perdidas – O Sistema penal em questão*. Niterói: Luam, 1997. p. 13-17.

<sup>11</sup> HULSMAN, Louk; DE CELIS, Jacqueline Bernart. *Penas perdidas – O Sistema penal em questão*. Niterói: Luam, 1997. p. 64-65.

<sup>12</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 12.

<sup>13</sup> HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, p. 147-148.

seguinte aspecto: o discurso jurídico-penal programa um número incrível de hipóteses em que, segundo o “dever-ser”, o sistema penal intervém repressivamente de modo automático. No entanto, as agências do sistema penal dispõem apenas de uma capacidade operacional ridicularmente pequena se comparada à magnitude do que foi planejado.<sup>14</sup>

Relata o autor, assim, que a disparidade entre o exercício do poder programado e a capacidade operativa dos órgãos é abissal, mas, se por uma circunstância inconcebível, este poder fosse incrementado a ponto de chegar a corresponder a todo o exercício programado legislativamente, produzir-se-ia o indesejável efeito de se criminalizar várias vezes toda a população.

Assim, diante da absurda suposição de criminalizar reiteradamente toda a coletividade, o sistema penal estaria estruturalmente montado para que a legalidade processual não opere e, sim, para que exerça seu poder com altíssimo grau de arbitrariedade seletiva dirigida, naturalmente, aos setores vulneráveis.<sup>15</sup>

A crítica abolicionista advém justamente do questionamento dos critérios,<sup>16</sup> bem como da necessidade do tipo penal incriminador, passando pela escolha das pessoas que, efetivamente, sofrerão os rigores da lei penal, eis que a “clientela” do Direito Penal é constituída pelos pobres, miseráveis, desempregados, estigmatizados por questões raciais, relegados em segundo plano pelo Estado, que deles somente se lembra no momento crucial de exercitar sua força como forma de contenção das massas, em benefício de outra classe, considerada superior, que necessita desse “muro divisório” para que tenha paz e tranquilidade.<sup>17</sup>

---

<sup>14</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 26.

<sup>15</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 27.

<sup>16</sup> GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 29-30.

<sup>17</sup> GRECO, Rogério. *Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal*. 7. ed. Niterói: Impetus, 2014, p. 9.

A meta do abolicionismo é, portanto, o desaparecimento do sistema penal, mas isso não significa abolir todas as formas coercitivas de controle social. O desaparecimento do sistema punitivo estatal “abriria os caminhos de uma nova justiça”,<sup>18</sup> da seguinte forma:

- Mudando a linguagem e aceitando a relatividade do conceito de crime. Não se deve falar em crime senão em “situação problemática” ou “acidente”, em razão de sua natureza estigmatizante. A questão da relatividade do conceito de infração diz respeito à sua variação no tempo e no espaço, de tal modo que o que é “delituoso” em um contexto é aceitável em outro. De tal forma, conforme você tenha nascido em um lugar ao invés de outro, ou numa determinada época e não em outra, você é passível de ser encarado pelo que fez, ou pelo que é.
- Aceitando e incrementando as regras civis de indenização, as quais seriam muito melhores “que trabalhar com o conceito metafísico de culpabilidade”, eis que a maioria dos fatos criminalizáveis já são resolvidos pela sociedade de maneira informal.<sup>19</sup>
- Adaptando a resposta estatal punitiva para as situações problemáticas, respeitando as diversidades pessoais, pois muitas vezes o que a vítima deseja não é a punição formal do culpado, mas a reparação dos seus danos e prejuízos.
- Com enfoque na solidariedade e aproximação das pessoas, abrindo espaço para o consenso e para os contatos “cara a cara”.

A sociedade, assim, contaria com inúmeras formas não penais de solução de conflitos (reparação civil, acordo, perdão, arbitragens, mediação etc.) e poderia desenvolver muitas outras.

Não há definição, porém, sobre a forma com que o Direito Administrativo ou o Direito Civil poderiam reagir, de modo eficaz,

---

<sup>18</sup> HULSMAN, Louk; DE CELIS, Jacqueline Bernart. *Penas perdidas – O Sistema penal em questão*. Niterói: Luam, 1997. p. 62.

<sup>19</sup> GOMES, Luiz Flávio. *O que sobrou do abolicionismo? Homenagem póstuma a Louk Hulsmann*. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 15 abr. 2009.

em face de estupradores, homicidas, entre outros. As ideias também não consideram as hipóteses de perigo abstrato; os casos em que a vítima é a própria sociedade, de forma difusa, impossibilitando a análise do desejo da vítima ou a composição; os casos de grande apropriação financeira etc.

Principalmente, o abolicionismo parece não considerar o fato de que é o risco de prisão que faz com que muitos aceitem a possibilidade de reparação do dano ou de indenização à vítima, submetendo-se a toda sorte de acordos como forma de se esquivar da pena privativa de liberdade.

Convém expor a opinião de Edmundo Oliveira:

Abolir as prisões: será essa lógica possível?

Em nível institucional, não vemos como esse fenômeno possa ser concretizado, sobretudo na América Latina, onde as estruturas do Poder Executivo e do Poder Judiciário não propiciam condições plausíveis para a adoção de experiências *abolicionistas*. Advogar a abolição da instituição carcerária pode ser um nobre desejo, mas utópico.

Além desses aspectos, por maiores que sejam as contradições que a pena privativa de liberdade encerre; por mais negativos que sejam seus efeitos; por mais altos que sejam seus custos sociais, nenhum país tem procurado o caminho de aboli-la do arsenal punitivo, especialmente porque ainda prevalece a crença, no seio da coletividade, de que a prisão representa melhor resposta para as inquietações engendradas pelos comportamentos delinquentes.<sup>20</sup>

A tese abolicionista sempre foi duramente criticada. Entre os próprios abolicionistas, a exemplo de um grande expoente, Thomas Mathiesen, reconhece-se a impossibilidade de se dispor do sistema penal. Ao questionar se o abolicionismo seria um sonho impossível, ele admite a possibilidade de se encarcerar alguns indivíduos,

---

<sup>20</sup> OLIVEIRA, Edmundo. *O futuro alternativo das prisões*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 85.

embora defenda uma reforma plena da estrutura atual de encarceramento.<sup>21</sup>

### 3 O DIREITO PENAL MÍNIMO COMO PONTO DE EQUILÍBRIO

Quando tratamos do Direito Penal Mínimo, estamos falando de um ponto de equilíbrio entre posições extremas, que seriam justamente o abolicionismo e, de outra banda, o Direito Penal Máximo, ambos utópicos.

Apesar das críticas dirigidas ao abolicionismo, muitos dos seus postulados merecem reflexão e as ideias, embora inaplicáveis à risca, trouxeram certa luz para a análise do Direito Penal. É preciso às vezes desconstruir para ressaltar a essência.

É relevante trazer à baila a manifestação de Paulo César Busato:

Sustenta-se que o Direito Penal é um instrumento jurídico configurado pelos que detêm o poder de representação da sociedade no legislativo e que se aplica àqueles que o contrariam. De outro lado, isso não significa admitir que esse estado de coisas está legitimado, que as penas aplicadas são acertadas, que servem para a efetiva convivência social, que respeitam a dignidade da pessoa humana, que se aplicam atendendo a critérios de igualdade, que as penas resultam proporcionais à gravidade das agressões, que as penas se estabelecem atendendo ao critério de merecimento de pena etc. Estas todas questões constituem justamente o pano de fundo sobre o qual se desenvolve a aplicação do Direito penal e que devem vir à tona em contraste com os resultados práticos que resultam de seu emprego.<sup>22</sup>

Falar em Direito Mínimo, assim, não implica pregar o abolicionismo, mas, sim, trazer o questionamento, na criação das leis e

<sup>21</sup> MATHIESEN, Thomas. *A caminho do século XXI – Abolição, um sonho impossível? – Conversações Abolicionistas*. São Paulo: IBCCRIM, 1997, p. 277.

<sup>22</sup> BUSATO, Paulo César. *Fundamentos para um direito penal democrático*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 3.



na aplicação ao caso concreto, para os pontos fundamentais: a fragmentariedade e a subsidiariedade.

A partir da fragmentariedade, se o Direito Penal é a *ultima ratio*, não é para todo bem jurídico que ele deve ser dirigido. O Direito Penal não deve intervir de modo indistinto, ou seja, deve ser reservado para as hipóteses excepcionais, como forma de expressão da sua força. Muito Direito Penal equivale a Direito Penal nenhum.

Temos visto, porém, que, via de regra, o aparato estatal punitivo está voltado para os crimes menores, que poderiam ser resolvidos de outra forma. Sem questionar a aplicação do princípio da insignificância, que atinge a própria tipicidade, deveria também haver uma ampliação no cabimento da transação penal ou suspensão condicional do processo em casos de tentativa ou quando o bem jurídico é atingido de forma não relevante, ainda que a pena prevista *in abstracto* não a admita.

Como exemplo, menciono um caso em que o acusado era um feirante com idade superior 70 anos, que vinha da CEASA (Centro de Abastecimento e Logística de Pernambuco), com um pequeno caminhão com frutas e verduras para vender na feira do Município de Vitória de Santo Antão/PE. Ao passar pela Polícia Rodoviária Federal, o Policial determinou que ele apresentasse as notas fiscais das frutas e verduras, sob pena de o caminhão ficar apreendido durante três dias. Com o risco de perder as mercadorias perecíveis, o cidadão implorou pela liberação e ofereceu ao policial o “almoço”. Ocorreu, então, a voz de prisão, ele passou três dias preso até conseguir a liberdade provisória, e acabou denunciado por corrupção ativa. O curioso é que, logo após a prisão, o caminhão foi liberado pelos policiais ao irmão do acusado, sem qualquer problema, sem qualquer exigência.

A corrupção ativa, como é o conhecimento geral, não admite a aplicação do princípio da insignificância, bem como não admite transação penal ou suspensão condicional do processo. Em um caso idêntico ao narrado no parágrafo anterior, é ínfima a agressão ao bem jurídico e todo o aparato do sistema punitivo penal, que

deveria estar dedicado aos verdadeiros casos de corrupção ativa, é movimentado por anos.

Identificar o bem jurídico merecedor da proteção penal é a principal questão, pois a Constituição não apresenta um conceito, servindo apenas como limite negativo de valoração. A partir da teoria monista personalista, os interesses gerais só se podem reconhecer legitimamente na medida em que sirvam aos interesses pessoais.<sup>23</sup> Assim, o Direito Penal, como mecanismo de controle social, só deve atuar quando se produzam lesões ou perigos de lesão intoleráveis contra os bens jurídicos essenciais ao desenvolvimento do ser humano em sociedade.

A subsidiariedade, por outro lado, condiciona a intervenção do Direito Penal à incapacidade de os demais mecanismos de controle social resolverem, adequadamente, o problema. Com efeito, se o conflito pode ser resolvido por outra instância que não penal, esta não deve ser utilizada.

Para Roxin, o Direito Penal é a última dentre todas as medidas protetoras que se devem considerar. Por isso, a pena é denominada como *ultima ratio* da política social e se define sua missão como proteção subsidiária de bens jurídicos.<sup>24</sup> Segundo Paulo de Souza Queiroz, a intervenção do Direito Penal há de pressupor o insucesso das instâncias primárias de prevenção e controle social, família, escola, trabalho etc., e de outras formas de intervenção jurídica, civil, trabalhista, administrativa, somente se justificando a sua aplicação concreta se e quando seja realmente imprescindível e insubstituível.<sup>25</sup>

Silva Sánchez leciona:

Deve-se prescindir da cominação e sanção penal sempre que, no caso em questão, caiba esperar efeitos preventivos

<sup>23</sup> HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001. p. 109.

<sup>24</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal – parte general*. t. I. Madrid: Civitas, 1997, p. 65.

<sup>25</sup> QUEIROZ, Paulo de Souza. *Funções do direito penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 125.

similares (ou superiores) da intervenção de outros meios menos lesivos, como, por exemplo, medidas estatais de política social, sanções próprias do Direito Civil, do Direito Administrativo, ou inclusive meios não jurídicos de controle social.<sup>26</sup>

Cabe, então, uma reflexão: nos casos de apropriação indébita previdenciária, crimes contra a ordem tributária e sonegação de contribuição previdenciária, se o bem jurídico é relevante a ponto de demandar a intervenção do Direito Penal, por que o lançamento definitivo do crédito é condição para a tipicidade, conforme a Súmula vinculante n. 24? Principalmente, por que o pagamento extingue a punibilidade?

E o art. 1º da Lei n. 8.137/90 fala em prestar declaração falsa, fraude à fiscalização tributária, entre outras condutas. Esta opção por extinguir a punibilidade pelo pagamento ou a dependência da constituição definitiva do crédito revela, infelizmente, que este bem jurídico não impõe a intervenção do sistema penal através de um tipo penal específico, sob pena de desvirtuamento. Bastaria incriminar pelo uso de documento falso ou pela falsificação material ou ideológica.

No entanto, se uma conduta dessa natureza é praticada, a punibilidade se converte em moeda de troca. Se o tributo é pago, a ação penal se extingue. É importante a reflexão: como pode a consequência do descumprimento da legislação sem realizar o pagamento a que o contribuinte estava obrigado desde o início? Assim, a incriminação acaba não passando de um mecanismo de cobrança, o que é um absurdo.

José Paulo Baltazar Júnior, sobre o tema, expõe:

Está atualmente pacificado o entendimento de que há necessidade de lançamento definitivo para o oferecimento de denúncia em crime de sonegação fiscal, como consolidado na Súmula Vinculante 24 do STF, do seguinte teor: “Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no

---

<sup>26</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosh, 1992, p. 247.

art. 1º, incisos I a IV, da Lei n. 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo”.

[...]

Do ponto de vista dogmático, essa decisão está sujeita às críticas de ignorar a diferença entre obrigação e crédito tributário, sendo este, e não aquela, constituída pelo ato administrativo do lançamento. Demais disso, subordina a consumação do delito a um fato externo ao agente. É conveniente, por outro lado, na medida em que evita decisões conflitantes entre a administração tributária e o Poder Judiciário.

Também do ponto de vista político à posição tomada pelo STF pode ser contraposto o argumento de que as instâncias julgadoras no contencioso administrativo-tributário são compostas também por representantes dos contribuintes que são, em regra, bons advogados tributaristas, hábeis a fazer vencedoras suas teses, ao lado de servidores que, embora muito qualificados, atuam desprovidos das garantias asseguradas à Magistratura, a quem caberia dar a palavra final sobre a existência ou não de crime, independentemente da solução adotada pela administração.<sup>27</sup>

Além disso, existem inúmeras normas incriminadoras absolutamente sem qualquer aplicação. O Direito Penal reluta em abandonar antigas incriminações em que a intervenção já não faz muito sentido:<sup>28</sup> lei de contravenções penais; os arts. 161 e 162, com os crimes de alteração de limites, usurpação de águas, esbulho possessório, supressão ou alteração de marca em animais, entre outros.<sup>29</sup>

Temos visto uma mesma conduta replicada em uma série de tipos penais, com o intuito de especializá-los, mas a complexidade nesse enquadramento da conduta acaba gerando a impunidade.

---

<sup>27</sup> BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 541-542.

<sup>28</sup> BUSATO, Paulo César. *Fundamentos para um direito penal democrático*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 172.

<sup>29</sup> Como expõe Rogério Greco, incontáveis infrações penais deverão ser retiradas de nosso ordenamento jurídico-penal, permitindo que aquelas condutas que afetem bens jurídicos de relevo recebam, com a agilidade necessária, a punição do Estado (GRECO, Rogério. *Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal*. 7. ed. Niterói: Impetus, 2014. p. 3).

Como leciona Rogério Greco, o número excessivo de leis penais, que apregoam a promessa de maior punição para os delinquentes infratores, somente culmina por enfraquecer o próprio Direito Penal, que perde seu prestígio e valor, em razão da certeza, quase absoluta, da impunidade.<sup>30</sup>

Por outro lado, há imensa ilusão em se supor que o agravamento das penas previstas, por si só, trará reflexão e prevenção de novos crimes. Cesare Beccaria já advertiu que uma efetiva punição produz melhores resultados que o aprofundamento de sua gravidade.<sup>31</sup>

As verdadeiras e endêmicas causas de criminalidade não são alcançáveis pela via da incriminação ou da repressão com Direito Penal, mas sim pelo trabalho no âmbito social, cada vez mais abandonado.<sup>32</sup> É da ausência do Estado que se alimenta o poder paralelo e da interferência do crime nas instâncias de poder – leia-se, passividade para com o crime organizado propriamente dito – que deriva a impunidade.<sup>33</sup>

De um lado, a população em geral não conhece as penas dos delitos, nem quando possuem formação jurídica. Por outro lado, as pessoas, pelas mais diversas circunstâncias ou de forma cada vez mais sofisticadas, realizam infrações penais com a certeza de que nunca serão pegos ou punidas.

Sobre o simbolismo do Direito Penal:

Para a lei penal não se reconhece outra eficácia senão a de tranquilizar a opinião pública, ou seja, um efeito *simbólico*, com o qual se desemboca em um Direito Penal de risco simbólico, ou seja, os riscos não se neutralizariam, mas ao induzir as pessoas a acreditarem que eles não existem, abrandam-se a

<sup>30</sup> GRECO, Rogério. *Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal*. 7. ed. Niterói: Impetus, 2014. p. 17.

<sup>31</sup> BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martin Claret, 2005. p. 27.

<sup>32</sup> Delmanto aponta como maior causa do aumento da criminalidade violenta o fato de o Brasil se enquadrar, segundo levantamento da ONU, como um dos países de pior distribuição de renda. (DELMANTO, Roberto. "Da máfia ao RDD". *Boletim do IBCCRIM*, n. 163, São Paulo, jun. 2006. p. 5).

<sup>33</sup> NAHUM, Marco Antônio Rodrigues. "A repressão ao crime e o antiterrorismo". *Boletim do IBCCRIM*, n. 128, São Paulo, jul. 2003, p. 2.

ansiedade ou, mais claramente, mente-se, dando lugar a um Direito Penal promocional, que acaba se convertendo em um mero difusor de ideologia.<sup>34</sup>

Os exemplos de punições anteriores ou a gravidade da pena não se têm mostrado eficazes para inibir novos comportamentos delituosos. Basta citarmos crimes de grande repercussão que se repetem anualmente, independentemente da gravidade da pena aplicada no caso anterior. Sobre a questão, Louk Hulsman, ao ser indagado sobre as utopias do abolicionismo, assim expressou: “a minha utopia não é maior que a do sistema penal”.<sup>35</sup>

## CONCLUSÕES

Por todo o exposto, verifica-se que a reflexão sobre mecanismos de aprimoramento do sistema penal se faz necessária e urgente, para ensejar o seu próprio fortalecimento, reservando a aplicação do Direito Penal para os casos em que a intervenção se faça realmente necessária.

A abordagem acerca do Direito Mínimo, nessa ordem de ideias, não implica pregar o abolicionismo, mas, sim, trazer o questionamento, na criação das leis e na aplicação ao caso concreto, para os pontos fundamentais que devem nortear a sua aplicação: a fragmentariedade e a subsidiariedade.

A criação desmedida de novos tipos penais e o agravamento das penas não têm contribuído para o alcance de qualquer ideal de prevenção de novos delitos ou inibição da reincidência. Muito Direito Penal, de fato, corresponde a Direito Penal nenhum.

Portanto, impõe-se: o respeito aos postulados da subsidiariedade e da fragmentariedade; a aferição do efetivo abalo ao bem

<sup>34</sup> BATISTA, Nilo; ZAFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. v. I. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 631.

<sup>35</sup> HULSMAN, Louk; DE CELIS, Jacqueline Bernart. *Penas perdidas – O Sistema penal em questão*. Niterói: Luam, 1997, p. 151.

jurídico; a ampliação das possibilidades de transação penal e suspensão condicional do processo, independentemente da pena prevista em abstrato, para as hipóteses de lesão ínfima ao bem jurídico, tentativa e crimes de perigo abstrato; repensar o sistema penitenciário atual, em termos estruturais e quanto à finalidade; entre outros.

O combate à impunidade demanda, assim, temperamento na definição dos rumos do Direito Penal, a fim de que a sua ampliação desmedida não comprometa a sua efetividade e, conseqüentemente, não afaste o respeito da população aos seus ditames.

## REFERÊNCIAS

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. v. I. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martin Claret, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BUSATO, Paulo César. *Fundamentos para um direito penal democrático*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

BUSATO, Paulo César. "O preso como inimigo: a destruição do outro pela supressão da existência comunicativa". *Revista CEJ*, Brasília, Ano XVI, n. 57, maio/ago. 2012.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002.

DELMANTO, Roberto. Da máfia ao RDD. *Boletim do IBCCRIM*, n. 163, São Paulo, jun. 2006. p. 5.

GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. "O que sobrou do abolicionismo? Homenagem póstuma a Louk Hulsman". Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>> Acesso em: 15 abr. 2009.

GRECO, Rogério. *Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal*. 7. ed. Niterói: Impetus, 2014.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

HULSMAN, Louk; DE CELIS, Jacqueline Bernart. *Penas perdidas – O Sistema penal em questão*. Niterói: Luam, 1997.

MARQUES, Bráulio A mídia como filtro do fato social. In: FAYET JÚNIOR, Ney (Org.). *Ensaíos em homenagem ao Professor Alberto Rufino Rodrigues de Sousa*. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2003.

MATHIESEN, Thomas. *A caminho do século XXI – Abolição, um sonho impossível? – Conversações Abolicionistas*. São Paulo: IBCCRIM, 1997.

NAHUM, Marco Antônio Rodrigues. "A repressão ao crime e o antiterrorismo". *Boletim do IBCCRIM*, n. 128, São Paulo, jul. 2003.

OLIVEIRA, Edmundo. *O futuro alternativo das prisões*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PALADINO, Carolina Freitas. "Política criminal: Direito Penal Mínimo x Direito Penal Máximo". *Revista SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 29, dez. 2010.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Funções do direito penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal – parte general*. t. I. Madrid: Civitas, 1997.



SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: Bosh, 1992.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

\_\_\_\_\_. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.



# NOVOS CONTORNOS INTERPRETATIVOS NO DIREITO TRIBUTÁRIO: da necessidade de revisão das normas que dispõem sobre interpretação e integração da legislação tributária

---

**Stefan Espirito Santo Hartmann**

Juiz Federal Substituto na 4ª Região. Ex-Procurador da Fazenda Nacional.  
Ex-Advogado da União. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela  
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

*E-mail: hartmannstefan@hotmail.com*

---

## RESUMO

Este artigo possui dois objetivos: (a) demonstrar invalidade/ineficácia das normas previstas no Código Tributário Nacional que dispõem sobre interpretação e integração da legislação tributária; e (b) propor alternativas às suas disposições, a fim de que o intérprete, ao se deparar com uma questão tributária, possa subsídios para desempenhar a sua atividade de forma satisfatória.

Inicialmente, tratar-se-á de alguns aspectos gerais da hermenêutica, notadamente em relação à superação do conceito tradicional, construído à época do positivismo jurídico. Logo depois, estabelecer-se-ão os principais métodos interpretativos postos à disposição do intérprete, os quais se constituem em importantes ferramentas postas à sua disposição. Posteriormente,

demonstrar-se-á que o Código Tributário Nacional, quando pretendeu regular a interpretação das normas tributárias, o fez equivocadamente, sendo que os respectivos artigos são inválidos e ineficazes. Far-se-á uma crítica pormenorizada de alguns desses dispositivos, apontando-se quais são e onde incidem as suas inconsistências, para, depois, postular a sua revisão e/ou revogação. Por fim, o trabalho apontará algumas conclusões, bem como algumas alternativas interpretativas. Espera-se, com isso, fomentar o debate sobre a interpretação e integração das normas tributárias, matéria que ainda carece de maior aprofundamento teórico por parte da doutrina e da jurisprudência.

**Palavras-chave:** Direito Tributário – Interpretação – Integração – Métodos interpretativos – Legislação tributária – Revisão – Hermenêutica jurídica.

## INTRODUÇÃO

A interpretação jurídica, também conhecida como hermenêutica, é atividade que cada vez mais vem ganhando importância na prática jurídica moderna. Com efeito, com a superação dos paradigmas do positivismo jurídico, aliado à adoção de modelos neoconstitucionalistas, a exemplo das cláusulas gerais, dos conceitos jurídicos indeterminados, e da força normativa dos princípios, verifica-se que os textos jurídicos devem ser interpretados corretamente, a fim de que deles se extraia a norma jurídica pertinente, seja ela uma regra, seja ela um princípio.

No direito tributário, segundo Becker,<sup>1</sup> os estudiosos antigos imaginavam que as leis tributárias deveriam ser interpretadas de modo diferente e com método especial. Talvez tenha sido por isso que o legislador dedicou um capítulo próprio, no Código Tributário Nacional, à interpretação e à integração da legislação tributária. Modernamente, no entanto, chegou-se à conclusão, tão verdadeira quanto simples, de que as leis tributárias são regras jurídicas com estrutura lógica e atuação dinâmica idênticas às das demais regras jurídicas, e, portanto, interpretam-se como qualquer outra lei, admitem todos os métodos de interpretação jurídica e não existe qualquer princípio peculiar de interpretação das leis tributárias.

Partindo-se dessa premissa, percebe-se que os dispositivos legais em matéria tributária também não dispensam acurado exame por parte do intérprete, sendo certo que a atividade interpretativa, na seara tributária, ainda tem muito a evoluir. Isso porque, além de a hermenêutica ter alcançado especial relevância nos últimos anos, é possível notar que a legislação tributária, que dispõe sobre interpretação e integração, é ultrapassada, na medida em que o Código Tributário Nacional é de 25 de outubro de 1966, ou seja, conta com quase 50 (cinquenta) anos.

---

<sup>1</sup> BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2007, p. 171.

Destarte, diante dessas duas circunstâncias – o desenvolvimento da interpretação jurídica nas últimas décadas, e a inidoneidade atual das normas tributárias que dispõem sobre interpretação e integração –, justifica-se a busca de novos contornos interpretativos no direito tributário.

Sucedem que, antes de examinar a hermenêutica no campo tributário, é preciso delinear alguns aspectos gerais da interpretação jurídica, bem como apresentar, ainda que sucintamente, os principais métodos de interpretação. Isso porque as premissas interpretativas no direito tributário não diferem, em substância, daquelas que regem os demais ramos do direito, o que significa dizer que as linhas gerais da hermenêutica jurídica também podem ser aplicadas à seara tributária.

## 1 A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA: BREVES APONTAMENTOS

Para a doutrina tradicional, representada pelo modelo dogmático – escolas exegética, histórica, o primeiro período de Ihering e a jurisprudência dos conceitos, acrescidos de Kelsen –, interpretar significa extrair os significados pré-existentes à atividade interpretativa. Com efeito, nas palavras de Vigo,<sup>2</sup> citando Savigny e Ihering, a interpretação jurídica consistiria na reconstrução do pensamento ínsito da lei, sendo certo que seria uma jurisprudência inferior, tendo em vista que ela não criaria nada novo, nem poderia fazer mais do que esclarecer os elementos jurídicos substanciais já existentes. Seria uma atividade menor, sem relevância jurídica, já que se limitava a repetir a lei sem trazer nada de novo.

No mesmo sentido, Barroso<sup>3</sup> afirma que, do ponto de vista da dogmática jurídica tradicional, a interpretação jurídica passa

<sup>2</sup> VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretação jurídica: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas*. São Paulo: Ed. RT, 2005, p. 37-38.

<sup>3</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 314-315.

pelo processo silogístico de subsunção dos fatos à norma, sendo que ao juiz caberia revelar as verdades abrigadas no comando geral e abstrato da lei. Sendo o intérprete refém da separação dos Poderes, não lhe é dado, portanto, desempenhar qualquer tipo de papel criativo no que tange à sua atividade.

Assim, fica claro que a doutrina tradicional conferia menor importância à atividade interpretativa, porque o modelo juspositivista, consolidado a partir da obra de Kelsen, atribuía, à lei, o protagonismo do sistema, eliminando qualquer possibilidade de interpretação dissociada das intenções do legislador. Deveria o órgão jurisdicional, por isso, apenas extrair o significado da norma do texto a ser apreciado, cuja existência pré-existiria à própria atividade interpretativa.

Nada obstante, tais premissas restaram superadas com o advento do neoconstitucionalismo, razão pela qual é preciso construir um conceito de interpretação mais consentâneo com a realidade atual. Antes, porém, faz-se necessário ressaltar e enfatizar a importância da interpretação no ordenamento jurídico, considerando que a construção de um conceito adequado depende, necessariamente, da consciência do intérprete acerca da relevância da sua atividade.

Nessa perspectiva, percebe-se que a interpretação está intimamente atrelada à ideia de segurança jurídica. A atividade interpretativa, estruturada de forma racional e lógica, tem como objetivo principal restringir a liberdade do intérprete, diminuindo a sua discricionariedade, a fim de evitar arbitrariedades. Em outras palavras, as regras interpretativas são uma ferramenta que funciona como uma contenção, impedindo que o intérprete pratique abusos na sua atividade.

Nas palavras de Ávila,<sup>4</sup> a segurança jurídica, entendida como norma princípio – art. 5º, XXXVI, da CF –, é uma prescrição, dirigida aos três Poderes da República, que determina a busca de um estado

---

<sup>4</sup> ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 110-112.

de confiabilidade e de calculabilidade do ordenamento jurídico, com base na sua cognoscibilidade. De um lado, a segurança jurídica é um dever decorrente do direito posto, e, de outro, ela significa uma reconstrução de sentidos normativos por meio de estruturas argumentativas e hermenêuticas, não sendo possível afirmar que ela advém da mera descrição imparcial de significados externos ao sujeito cognoscente.

Verifica-se que a busca da segurança jurídica, por meio da interpretação, passa, necessariamente, pela observância de três aspectos fundamentais, ligados à aferição da objetividade das decisões judiciais: (a) a independência de quem julga relativamente ao que é julgado, (b) a correção, e (c) a invariância.

O julgador deve atuar de maneira independente em relação aos critérios e ao objeto da interpretação, sem interferências nocivas. Essa necessidade de independência decorre de princípios fundamentais insculpidos na Constituição Federal, tais como o estado de direito, a legalidade, o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, a imparcialidade, a isenção e a impessoalidade. Não é à toa que o símbolo da justiça é uma mulher cega, a qual representa a independência e a imparcialidade no ato de julgar.

Além disso, o órgão jurisdicional deve atuar de forma objetiva, adotando critérios de correção que permitam aos jurisdicionados se defender de modo eficaz e articulado. Por fim, deve o julgador utilizar os mesmos critérios interpretativos para um mesmo caso concreto, o que possui relação com o postulado da isonomia.

Ante os argumentos acima expostos, não restam dúvidas de que é preciso construir um novo conceito de interpretação, mais consentâneo com as necessidades impostas atualmente pela prática jurídica. Além disso, a nova definição da atividade interpretativa deve ser construída à luz do postulado da segurança jurídica, a fim de que seja garantida a independência do intérprete em relação ao objeto a ser interpretado, bem como a correção e a invariância dos critérios adotados na interpretação do texto juridicizado.

Nessa perspectiva, forçoso concluir que a interpretação ensaja, muitas vezes, a existência de dois ou mais sentidos possíveis. Em outras palavras, a hermenêutica jurídica não trabalha com apenas um sentido interpretativo para determinado texto, mas com vários, a depender de quais sejam os critérios adotados pelo intérprete. Mais uma vez, Ávila<sup>5</sup> confirma esse entendimento, ao afirmar que o intérprete não atribui determinado significado correto aos termos legais, mas tão só constrói exemplos de uso da linguagem ou versões de sentido.

Carvalho<sup>6</sup> sustenta, inclusive, que há dois princípios que guiam a interpretação: (a) a intertextualidade e (b) a inesgotabilidade. O primeiro princípio diz respeito à junção do ato de fala a outros textos. É o contato de um com outro que propicia a troca de informações inerentes à intertextualidade. Já a inesgotabilidade é a ideia de que toda a interpretação é infinita, nunca circunscrita a determinado campo semântico. Isso significa, portanto, que um texto poderá sempre ser reinterpretado. E, se toda atividade interpretativa é inesgotável, certo é que poderá existir mais de um sentido possível para o texto.

Admitindo-se, portanto, que há mais de um sentido possível para o texto, cabe ao intérprete decidir em relação a algum deles, bem como estabelecer uma relação de meios e fins entre os diversos sentidos possíveis. A concretização dos princípios jurídicos, por exemplo, demanda processo por meio do qual algumas regras implícitas são retiradas de regras explícitas.

Interpretar, então, não corresponde apenas ao processo de extrair os significados pré-existentes à atividade interpretativa. A interpretação também envolve um processo decisório, por meio do qual o intérprete irá escolher qual dentre os vários significados possíveis irá prevalecer em relação ao objeto interpretado. Não é outro o

---

<sup>5</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 52.

<sup>6</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2011, p. 461.



entendimento de Freitas,<sup>7</sup> quando refere que a tarefa hermenêutica é alcançar o irrenunciável e prioritário melhor significado a partir de uma dada escolha axiológica, em atenção aos princípios, regras e valores, devidamente hierarquizáveis e nunca inteiramente hierarquizados de modo prévio. Ora, se interpretar é alcançar o *melhor* significado possível, não há dúvidas que a atividade interpretativa envolve um processo de escolha.

Contudo, não há de se olvidar que existem significados que não podem ser afastados pelo intérprete, pois dizem respeito a uma espécie de *núcleo duro* do texto jurídico objeto da interpretação. Nesses casos, pode-se dizer que interpretar também inclui a descoberta de significados, sem prejuízo de situações em que a atividade interpretativa envolve a decisão acerca dos muitos significados possíveis, decidindo-se a respeito de qual deles é o mais adequado para incidir no caso concreto. Por isso, construções como aquela exposta na tradicional obra de Maximiliano<sup>8</sup> — no sentido de que o executor (intérprete) extrai da norma tudo o que nela se contém, ou seja, determina o sentido e o alcance das expressões jurídicas — não podem ser consideradas de todo erradas, apenas devendo ser readequadas, com o objetivo de adicionar a este conceito novos contornos hermenêuticos.

Demais disso, em outras situações, interpretar também significa criar uma nova norma, a qual não possui previsão expressa no ordenamento jurídico. Por exemplo, na seara do direito previdenciário, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região vem decidindo que o acréscimo de 25%, previsto no art. 45 da Lei 8.213/91, é devido também aos segurados aposentados por idade que necessitarem de assistência permanente de terceiros, ainda que a referida norma preveja o benefício apenas para a aposentadoria por invalidez.

---

<sup>7</sup> FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 67.

<sup>8</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 1.

Portanto, conclui-se que interpretar é descrever, decidir e criar. Trata-se, assim, de atividade complexa, tendo em vista que envolve processos distintos, submetidos a critérios de objetividade diversos. Nas palavras de Streck,<sup>9</sup> interpretar não conduz ao conhecimento de algo que pertence a um texto intrinsecamente, pelo que cabe ao intérprete, a partir de uma atividade descritiva e criativa, escolher o *melhor* significado que irá constituir a norma jurídica, a partir do texto jurídico a ser interpretado.

## 2 MÉTODOS INTERPRETATIVOS

Depois de afirmado que o conceito clássico de interpretação não mais atende às necessidades da prática jurídica moderna, bem como construída, então, uma nova definição da atividade interpretativa, é chegada a hora de delinear, ainda que brevemente, quais instrumentos o intérprete pode utilizar no desenrolar interpretativo. Mister, portanto, descrever os métodos interpretativos mais aceitos na doutrina e na jurisprudência – os quais, inclusive, também são aplicáveis ao direito tributário –, a fim de que se possa compreender, de forma clara, a complexidade inerente à hermenêutica jurídica.

Pois bem.

Segundo Ferraz Jr.<sup>10</sup>, os métodos de interpretação (métodos hermenêuticos) constituem regras técnicas que visam à obtenção de um resultado, buscando-se orientações para os problemas de decidibilidade dos conflitos. São problemas de ordem sintática, semântica e pragmática, os quais, embora não possam ser circunscritos rigorosamente no direito, podem ser esquematizados para fins didáticos.

---

<sup>9</sup> STRECK, Lênio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 323.

<sup>10</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 252.

Partindo-se da esquematização proposta por Ferraz Jr., é possível distinguir os métodos interpretativos em (a) interpretação gramatical, lógica e sistemática; (b) interpretação histórica, sociológica e evolutiva, e (c) interpretação teleológica e axiológica. Existem, ainda, os tipos de interpretação (interpretação especificadora, restritiva e extensiva), os quais não se confundem com métodos hermenêuticos, mas que, dado o objetivo deste trabalho, não serão aqui descritos. Fica, porém, o registro acerca de tal classificação, que aponta a existência de métodos hermenêuticos e tipos de interpretação.

Os métodos sistemáticos, na orientação do referido autor,<sup>11</sup> dizem respeito a problemas sintáticos, os quais podem referir-se (a.1) a questões de conexão das palavras nas sentenças – questões léxicas (interpretação gramatical), (a.2) à conexão de uma expressão com outras expressões dentro de um contexto – questões lógicas (interpretação lógica), bem como (a.3) à conexão das sentenças num todo orgânico – questões sistemáticas (interpretação sistemática).

Segundo o autor,<sup>12</sup> a interpretação gramatical parte do pressuposto de que a ordem das palavras, bem como o modo como elas estão concatenadas, são importantes para que se obtenha o correto significado da norma. Logo, a interpretação gramatical faz com que o intérprete tome consciência da letra da lei, e esteja atento às equívocos proporcionadas pelo uso das línguas naturais e suas falhas regras de conexão lógica.

Ferraz Jr.<sup>13</sup> afirma que a interpretação lógica parte do pressuposto de que a conexão de uma expressão normativa com as demais do contexto em que está inserida é importante para a obtenção do seu correto significado. Esse método hermenêutico, assim, busca evitar e solucionar as incompatibilidades lógicas existentes entre o texto a ser interpretado e o seu contexto.

Ressalta-se que o surgimento da interpretação lógica, como categoria interpretativa, decorre, fundamentalmente, do positivismo

---

<sup>11</sup> Idem, p. 252.

<sup>12</sup> Ibidem, p. 252-253.

<sup>13</sup> Ibidem, p. 253-256.

lógico, na perspectiva da investigação acerca dos problemas epistemológicos da linguagem. Na visão de Warat,<sup>14</sup> o positivismo lógico salienta a importância fundamental da linguagem para a ciência do direito, pois esta deve, sobretudo, construir seu objeto sobre dados que são expressos pela própria linguagem, isto é, a linguagem do direito fala sobre algo que já é linguagem anteriormente a esta fala.

De seu turno, a interpretação sistemática, segundo o Ferraz Jr.,<sup>15</sup> parte da pressuposição hermenêutica de unidade do sistema jurídico do ordenamento. Correspondentemente à organização hierárquica das fontes do direito, emergem recomendações sobre a subordinação e a conexão das normas do ordenamento num todo que culmina pela primeira norma-origem de todo o sistema, a Constituição. Assim, a interpretação sistemática demanda do intérprete noções profundas de validade, vigência, eficácia e vigor/força das normas jurídicas, com o objetivo de evitar antinomias normativas.

Observa-se que, na interpretação sistemática, o intérprete constrói o sentido da norma com um olhar global, a partir do sistema jurídico como um todo. Nesses casos, pode o intérprete examinar o dispositivo a partir do que dispõe a Constituição Federal, valendo-se da técnica da interpretação conforme. Além disso, ele também pode comparar o objeto interpretativo com os demais dispositivos legais de mesma hierarquia, verificando o local onde está inserido (em qual capítulo da lei, por exemplo), quando entrou em vigor etc. Ademais, pode o intérprete reunir vários dispositivos, examinando-os em conjunto, e, por meio de raciocínio indutivo, chegar a apenas um significado.

Prossigue o autor<sup>16</sup> esclarecendo que a teoria dogmática da interpretação distingue conceitos jurídicos indeterminados, conceitos valorativos e conceitos discricionários. Os conceitos indeterminados são aqueles que admitem uma determinação, ou seja, são

---

<sup>14</sup> WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995, p. 38.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 256-257.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 261.

presumidamente determináveis. Já os conceitos valorativos manifestam uma imprecisão de sentido não quanto ao objeto abarcado (denotação), mas quanto à intenção (conotação), ou seja, uma imprecisão quanto aos atributos que os definem. Finalmente, os conceitos discricionários apresentam uma imprecisão que nunca se fecha genericamente, mas que se renova em cada uso concreto.

Para enfrentar tais situações de adversidade, o autor<sup>17</sup> sugere que o intérprete utilize os métodos sociológicos e históricos de interpretação (b), os quais podem ser distinguidos conforme se leve em consideração a estrutura momentânea da situação ou sua gênese no tempo. Na prática, porém, inviável sustentar tal diferenciação.

Com isso, o intérprete pode levantar as condições históricas da edição da norma, o que, segundo Ferraz Jr.,<sup>18</sup> pode ser feito por meio dos precedentes normativos, ou seja, de normas que vigoraram no passado e que antecederam à nova disciplina, a fim de que, por comparação, possa entender as razões condicionantes de sua gênese. Investiga-se o momento anterior à criação do dispositivo legal, recompondo-se o contexto histórico em que ele foi editado.

Demais disso, pode o intérprete, também, levantar as condições atuais do contexto em que editado o objeto a ser interpretado, checando as funções do comportamento e das instituições sociais na sociedade em que ocorrem. O já citado autor<sup>19</sup> aponta, como exemplo, o disposto no art. 5º, I, da Constituição Federal (*homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos da Constituição*), sendo que a interpretação deve buscar no contexto real os traços que tornam significativa a igualdade, ainda que a realidade apresente outros traços até mais significativos para a apreensão do modo como a sociedade vivencia tal relação.

Por fim, pode o intérprete valer-se da interpretação teleológica e axiológica (c), a qual, segundo Ferraz Jr.,<sup>20</sup> ataca os problemas

---

<sup>17</sup> Ibidem, p. 261-264.

<sup>18</sup> Ibidem, p. 261-264.

<sup>19</sup> Ibidem, p. 261-264.

<sup>20</sup> Ibidem, p. 265-267.

pragmáticos *stricto sensu*. Se todo ato interpretativo tem, primariamente, uma qualidade pragmática, isto é, deve ser entendido numa relação de comunicação entre emissores e receptores das mensagens normativas, então é certo que, em um sentido estrito, as relações entre tais comunicadores implica problemas peculiares que a hermenêutica enfrenta por meio dos métodos teleológico e axiológico.

Nesse sentido, o autor<sup>21</sup> afirma que a interpretação teleológica e axiológica ativa a participação do intérprete na construção do sentido, na perspectiva de que seu momento interpretativo, inversamente ao da interpretação sistemática – que também postula uma cabal e coerente unidade do sistema –, parte de consequências avaliadas das normas e retorna para o interior do sistema. Busca o intérprete, então, entender qual a finalidade do dispositivo legal.

Nota-se que o órgão jurisdicional, ao desempenhar a atividade interpretativa, por meio do método teleológico e axiológico, pode utilizar técnicas extensivas ou restritivas de sentido, aumentando ou diminuindo a eficácia do sentido por ele construído. Por exemplo, o STF ampliou o conceito de casa, previsto no art. 5º, XI, da Constituição Federal, estabelecendo que a proteção do instituto também se estende ao local onde o indivíduo exerce a sua atividade profissional.

É dado ao intérprete, também, investigar o sentido do dispositivo com base no caso concreto, decidindo qual será o sentido prevalente com base em argumentos equitativos. Nos procedimentos de jurisdição voluntária, por exemplo, há previsão nesse sentido (art. 1.109 do CPC [art. 723 do NCPC]).

Portanto, a interpretação, além de ser uma atividade descritiva, decisionista e criativa, utiliza como base argumentos linguísticos, históricos, genéticos, teleológicos, sistemáticos, e consequencialistas, mediante técnicas e regras de prevalência entre os argumentos trazidos à baila pelo intérprete. Assim, é certo que a interpretação deve utilizar os métodos interpretativos como ferramentas na

---

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 266.

construção dos significados, o que significa dizer, ao cabo, que a hermenêutica exige que o intérprete, para o bom desempenho de sua atividade, esteja atento a todas essas circunstâncias.

É preciso mencionar, também, que o sentido de um determinado dispositivo não é algo que esteja incorporado definitivamente ao texto, ainda que se possa admitir a existência de núcleos duros de significação. É possível, exemplificadamente, que o intérprete, ao longo do tempo, modifique a sua estrutura interpretativa, ou seja, ele pode encontrar sentidos diferentes, em um determinado espaço temporal, para o mesmo texto jurídico.

Ante todas essas premissas, e determinadas as bases do raciocínio interpretativo – na perspectiva de que a interpretação é uma atividade criativa, baseada em métodos racionais de interpretação –, passa-se, no próximo item, ao exame das disposições previstas no Código Tributário Nacional a respeito da interpretação e da integração da legislação tributária.

### 3 O CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL E A HERMENÊUTICA

O Capítulo IV, do Título I, do Livro Segundo, do Código Tributário Nacional, intitulado “interpretação e integração da legislação tributária”, traz, em 6 (seis) artigos, regras direcionadas ao intérprete da legislação tributária, as quais deverão ser por ele seguidas no desenrolar da sua atividade. Entretanto, considerando o que foi exposto nos dois primeiros capítulos – sobretudo a construção de um novo conceito de interpretação, superando-se os paradigmas interpretativos até então vigentes –, este trabalho irá examinar 4 (quatro) destes 6 (seis) dispositivos, propondo alternativas hermenêuticas às suas disposições, mais consentâneas com o contexto atual do tema. Busca-se, com isso, fomentar o debate a respeito da atividade interpretativa no direito tributário, a fim de proporcionar maior segurança jurídica aos sentidos conferidos à legislação tributária pelos órgãos encarregados de interpretá-la, quais sejam, as instâncias administrativas e jurisdicionais.

Aliás, acerca da inidoneidade e inadequação das normas do Código Tributário Nacional, que dispõem sobre interpretação e integração, Torres<sup>22</sup> entende que, da ambiguidade, insuficiência e redundância das normas sobre interpretação e integração resulta a sua própria invalidade, na medida em que elas são inúteis e carentes elas próprias de interpretação. Além disso, tais normas tornam-se inválidas, pois têm sua eficácia comprometida pelo caráter ideológico que possuem, e por terem sua legitimidade conspurcada pelo desequilíbrio que introduzem nos sistemas de valores jurídicos e dos poderes estatais.

Prossegue o autor<sup>23</sup> sustentando que, nas codificações mais modernas, as normas sobre interpretação e integração não vinculam o intérprete. Isso porque a imensa maioria da doutrina lhes nega caráter vinculante, ou lhes reserva o papel de mero cânone ou diretiva não obrigatória. Destarte, inclusive no direito tributário, inexistente a vinculação do juiz e do intérprete a tais normas.

Pois bem.

Passa-se, agora, ao exame individual de cada uma das normas sobre interpretação e integração da legislação tributária. Começa-se, então, pelo art. 108 do CTN, que assim dispõe:

*Art. 108. Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada:*

*I — a analogia;*

*II — os princípios gerais de direito tributário;*

*III — os princípios gerais de direito público;*

*IV — a equidade.*

*§1º. O emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei.*

*§2º. O emprego da equidade não poderá resultar na dispensa do pagamento de tributo devido.*

<sup>22</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Normas de interpretação e integração do direito tributário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 317.

<sup>23</sup> *Idem*, p. 318.



Referido dispositivo, partindo-se de uma análise mais acurada, mostra-se ambíguo, confuso e contraditório. A par de diversas críticas que poderiam ser dirigidas ao art. 108 do CTN – não define convenientemente as lacunas, restringe os destinatários da norma –, nota-se que o seu principal equívoco é traçar uma hierarquia entre os métodos de integração da legislação tributária.

Segundo Torres,<sup>24</sup> o dispositivo sofreu direta influência da legislação italiana. No entanto, não há fundamento jurídico, lógico ou filosófico para que o legislador hierarquize métodos de integração, porque as fronteiras entre cada um dos métodos é tênue, bem como porque, globalmente, eles não podem se ordenar segundo as regras da indução ou da dedução.

O autor<sup>25</sup> aponta que o raciocínio analógico postula variações e apreciações ligadas aos princípios gerais do direito ou à *ratio* que serve de elo para a comparação. Além disso, a equidade abrange os princípios gerais do direito, na medida em que consiste na aplicação da justiça ou de seus princípios específicos aos casos concretos. Ademais, a diferenciação entre princípios gerais do direito público e do direito tributário é infundada, já que qualquer princípio, ainda que se aplique a determinado ramo da ciência jurídica, constitui emanação ou modificação dos princípios gerais do direito.

Ressalta-se, também, que, no contexto atual do neoconstitucionalismo, os princípios jurídicos possuem força normativa, devendo ser aplicados independentemente da presença ou não de regras expressas, mesmo no direito tributário. Em outras palavras, deve o intérprete valer-se dos princípios jurídicos, aplicando-os aos casos postos à sua apreciação, ainda que inexista regra positivada para tanto, se assim entender pertinente. O art. 108 remonta à época em que os princípios jurídicos não detinham a envergadura e a força normativa que hoje possuem, razão pela qual o dispositivo não possui mais razão de ser.

---

<sup>24</sup> Ibidem, p. 100-103.

<sup>25</sup> Ibidem, p. 101-103.

Após o exame do *caput* do art. 108, e seus incisos, é chegada a hora de tecer comentários sobre os seus dois parágrafos, os quais trazem,

O §1º traz a (a) proibição de analogia, ao dispor que *o emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei.*

De início, conforme ressalta Torres,<sup>26</sup> percebe-se que a norma coincide com o próprio princípio da legalidade (art. 5º, I, e 150, I, ambos da Constituição Federal). Contudo, não é possível erigi-la em dogma ou em regra de clareza indiscutível. A tese fundamental do dispositivo está ligada à defesa do liberalismo individualista, no sentido de que é absoluta a proibição da analogia na exigência de tributos. Entretanto, a partir da década de 1980, passaram a surgir opiniões favoráveis à analogia para a criação de crédito tributário, o que colocou em xeque a teoria positivista antes predominante.

Na verdade, ainda que o princípio da legalidade seja uma garantia fundamental do contribuinte, inexistente impossibilidade total de fechamento das normas tributárias e da adoção de enumerações casuísticas e exaustivas de fatos geradores. Isso significa que a norma tributária também pode sofrer alguma indeterminação e imprecisão, porque também se utiliza de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, que são abertos por definição. Assim, o importante, para que não haja burla ao postulado constitucional da legalidade, é que exista uma estrutura normativa apta a gerar a exigência do tributo, ainda que ela contenha alguma lacuna ou indeterminação. Nesses casos, a incompletude da norma será suprida por métodos de integração, como a analogia, o que não significará, necessariamente, violação ao princípio da legalidade.

Por outro lado, o §2º do art. 108 traz a (b) proibição de equidade, dispondo que *o emprego da equidade não poderá resultar na dispensa do pagamento do tributo devido.* De acordo com Torres,<sup>27</sup> a regra é contraditória e redundante, porque, se a equidade é forma

---

<sup>26</sup> Ibidem, p. 120-133.

<sup>27</sup> Ibidem, p. 133.

de preenchimento de lacuna, dela logicamente não poderia resultar a dispensa do tributo. Assim, não casos de lacuna, não há tributo, pelo que não cabe, obviamente, falar de sua dispensa.

Dito isso, veja-se o que reza o art. 109 do CTN:

*Art. 109. Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários.*

O mesmo Torres<sup>28</sup> tece diversas críticas ao dispositivo – mistura de posições teóricas divergentes, filiação a correntes doutrinárias conflitantes, confusão das relações entre o direito tributário e o privado e entre as diversas fontes do direito –, mas, dentre todas, destacam-se a falta de uma opção clara entre os métodos sistemáticos ou teleológicos, e a pretensão de hierarquizar tais métodos.

Com efeito, o referido artigo pretende traçar uma hierarquia entre métodos de interpretação, a exemplo do que já havia feito o art. 108, especialmente entre o sistemático e o teleológico. Devido à ambiguidade da norma, duas interpretações são possíveis: se lido conjuntamente com o art. 110, o art. 109 pode ser interpretado no sentido de que privilegia o método sistemático, quando estiverem em jogo institutos e conceitos utilizados pela Constituição Federal; por outro lado, se lido isoladamente, o art. 109 dá a entender que o método teleológico deve prevalecer (consideração econômica do fato gerador), pelo menos quando não haja a constitucionalização dos conceitos.

Continua o autor<sup>29</sup> afirmando que o problema dos métodos de interpretação se relaciona intimamente com o das fontes do direito e com o equilíbrio entre o direito tributário e o direito privado, bem como com a licitude da escolha das formas jurídicas ou da ilicitude da elisão. Por isso, duas conclusões são possíveis: prevalecendo o

---

<sup>28</sup> Ibidem, p. 136-153.

<sup>29</sup> Ibidem, p. 137-138.

método sistemático, haverá exclusividade da legislação como fonte do direito, subordinação do direito tributário ao privado e liberdade na eleição da forma dos negócios jurídicos; de outra banda, prevalecendo o método teleológico, haverá inclusão da jurisprudência entre as fontes, autonomia do direito tributário e ilicitude da elisão.

Diante disso, forçoso concluir pela impertinência do dispositivo, sendo certo que a melhor opção seria extirpá-lo do ordenamento jurídico.

Outro artigo que merece destaque é o 110, cuja redação é a seguinte:

*Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.*

Na linha do que afirma Torres,<sup>30</sup> o art. 110 do CTN, além de ser ambíguo e contraditório – ao admitir diferentes leituras de seu significado, bem como ao separar os métodos de interpretação de acordo com a natureza constitucional ou meramente legal da norma a ser interpretada –, apresenta, também, as seguintes inconsistências: (a) (im)possibilidade de o CTN introduzir normas sobre a interpretação da Constituição; (b) alcance da eficácia do dispositivo – se abrange, ou não, a discriminação de rendas; (c) (im)possibilidade de existir identidade entre conceitos constitucionais e conceitos de direito privado; e (d) conflito entre o pluralismo metodológico e a interpretação meramente literal. A seguir, enfrentar-se-á cada um desses problemas.

Inicialmente, destaca o autor<sup>31</sup> que não cabe ao Código Tributário Nacional, como lei complementar (assim recepcionado pela Constituição Federal, tendo em vista o disposto no art. 146), impor

---

<sup>30</sup> Ibidem, p. 171-172.

<sup>31</sup> Ibidem, p. 172-173.

limites à interpretação constitucional. Parece claro que, em virtude do princípio da supremacia da Constituição, não são válidas normas previstas em diplomas infraconstitucionais que pretendam interpretar dispositivos constitucionais. Assim, verifica-se que não andou bem o legislador ao editar o art. 110 do CTN, nos termos em que foi redigido, porque a sua ambiguidade enseja a conclusão de que uma norma infraconstitucional pretende, de forma indevida, interpretar a Constituição.

Torres<sup>32</sup> afirma, também, que o dispositivo é insuficiente e lacunoso, pois, em sua origem, seu objetivo foi afastar da interpretação teleológica os conceitos utilizados no sistema de discriminação de rendas. Ocorre que a hermenêutica constitucional não se restringe ao federalismo fiscal, mas abrange também o sistema tributário nacional, independentemente da titularidade do tributo. Nessa situação, a interpretação não visa à harmonia entre os diversos entes da Federação, mas sim à esfera dos direitos fundamentais dos contribuintes.

Ademais, como lembra o autor,<sup>33</sup> a interpretação da Constituição e da lei ordinária, ainda que cada uma possua as suas peculiaridades, se aproximam, sob um primeiro ponto de vista, tendo em vista que a lei ordinária, sendo ela própria fruto do programa constitucional ou da atualização da Constituição, não pode ficar à margem do processo de compreensão desta. Além disso, as peculiaridades da interpretação constitucional não significam o afastamento dos métodos hermenêuticos referidos alhures, nem interrompem a comunicação com as leis ordinárias e com a própria vida social, sob pena de violação ao próprio princípio da unidade.

Assim, é certo que a constitucionalização dos conceitos do direito privado lhes confere dimensão pluralista e lhes publiciza a compreensão, o que torna supérfluos e dispensáveis dispositivos, como o art. 110 do CTN. Conclui-se, por isso, que é plenamente possível a identidade entre os conceitos do direito privado e os conceitos constitucionais.

---

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 174.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 175-177.

Finalmente, o autor<sup>34</sup> esclarece que, a exemplo do dispositivo anterior, o art. 110 pode ser lido de duas formas: em conjunto com o art. 109, ou isoladamente. Conforme a escolha do intérprete, duas possibilidades se abrem, quais sejam: a interpretação sistemática, ou a adesão do método literal.

Se lido em conjunto com o art. 109, o dispositivo em comento sinaliza no sentido da superioridade do método sistemático sobre o teleológico, bifurcando-se a interpretação dos conceitos tributários expressos na lei ordinária e na Constituição Federal. Tem-se, nesse caso, a hermenêutica constitucional-tributária sob o prisma do pluralismo metodológico, na medida em que os conceitos de direito tributário e civil, ainda que projetados para o direito constitucional, subordinam-se ao princípio da unidade.

Por outro lado, se lido de forma isolada, o art. 110 conduz ao distanciamento entre a temática dos direitos fundamentais do contribuinte e a interpretação do direito constitucional tributário, aderindo-se à interpretação literal. Sucede que esse tipo de interpretação, no caso, radicaliza a contradição ente a interpretação do sistema de discriminação de rendas e do sistema tributário, que leva em consideração a base econômica, conferindo aos conceitos do direito privado, em sua concepção mais apertada, a primazia hermenêutica, ainda que não estejam em jogo os problemas relativos à distribuição de competência impositiva. Não é, como visto, a opção mais adequada, pelo que poderá trazer problemas ao intérprete.

Destaca-se, ainda sobre a utilização, pelo direito tributário, de conceitos e institutos de outros ramos do direito, que, segundo Becker,<sup>35</sup> a regras jurídicas que dispõem sobre as relações jurídicas tributárias podem ser organicamente enquadradas num único sistema que constitui o ordenamento jurídico emanado de um Estado. Desta homogeneidade decorre a consequência de que a regra

---

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 178-180.

<sup>35</sup> *Idem*, p. 132.

tributária, ao fazer referência a conceito ou instituto de outro ramo do direito, assim o faz aceitando o mesmo significado jurídico daquela expressão, no momento em que ela entrou para o mundo jurídico naquele outro ramo do direito. Fica claro, portanto, que o art. 110 do CTN é dispensável, porque traz regra ínsita à própria construção de um ordenamento jurídico lógico e coerente.

Nesse diapasão, mister analisar, por último, o que dispõe o art. 111 do CTN:

*Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:*

*I – suspensão ou exclusão do crédito tributário;*

*II – outorga de isenção;*

*III – dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias.*

Esse dispositivo, como se pode observar, determina que, entre outras, a legislação tributária que disponha sobre outorga de isenção deverá ser interpretada literalmente. Sucede que, como cediço, qualquer regra isentiva deve ser interpretada como base na sua finalidade, pelo que se torna impraticável interpretar literalmente, e não sistematicamente, uma regra de isenção. Em outras palavras, não se pode, sob o argumento de que isenções devem ser interpretadas literalmente, excluir determinado contribuinte do âmbito de incidência da regra isentiva, quando, se se atentasse para a finalidade da norma, fosse possível beneficiá-lo. Não é possível, pois, interpretar literalmente dispositivos que mandam interpretar literalmente.

Nessa perspectiva, ressalta-se que o STF reconheceu a repercussão geral da questão constitucional debatida no RE 330.817/RJ, em que se discute a possibilidade de extensão da imunidade prevista no art. 150, VI, *d*, da Constituição Federal, aos chamados livros eletrônicos (*e-books*). Trata-se de um caso em que é possível vislumbrar, de forma clara, a perversidade da interpretação literal, conforme preconiza o art. 111, II, do CTN, tendo em vista que, se adotada, ela excluirá do âmbito de incidência da imunidade referidos produtos.

Isso porque a corrente restritiva, conforme destacou o Ministro Dias Toffoli em seu voto,<sup>36</sup> possui um viés literal, defendendo que a imunidade alcança somente aquilo que puder ser compreendido na expressão “papel destinado à sua impressão”. Segundo os entusiastas dessa corrente, ao tempo da promulgação da Constituição Federal, já existiam outros meios de difusão da cultura, tendo o constituinte originário optado por contemplar somente o papel na norma imunizante. Assim, estender a benesse para outras hipóteses desvirtuaria a vontade expressa do legislador constituinte.

Tal posicionamento deve ser rechaçado de plano. Isso porque, interpretando-se a norma constitucional com base na sua finalidade (e não restritivamente, como determina o CTN), percebe-se que o foco da desoneração não é o suporte, mas a difusão das obras literárias e afins. A intenção do constituinte originário, ao editar referida norma, foi dar efetivação aos princípios da livre manifestação do pensamento e da livre expressão da atividade intelectual, difundindo, assim, o livre acesso à cultura e a informação. Diante disso, é certo que a imunidade do art. 150, VI, *d*, da CF, deve ser estendida aos livros eletrônicos, e a todo e qualquer meio de transmissão de ideias que cumpra função similar.

Destaca-se, ainda, que, de acordo com Torres,<sup>37</sup> quando o art. 111 do CTN prescreve a interpretação literal de isenções, ele apenas está impedindo, em homenagem ao postulado da legalidade, o recurso à analogia e à equidade, como formas de integração, mas não impõe qualquer método específico de interpretação. Essa seria a única leitura plausível do artigo, na medida em que, da forma como está atualmente redigido, ele tem causado diversos problemas ao intérprete – que se vê compelido a utilizar a interpretação literal –, e ao contribuinte – que corre o risco de ser indevidamente excluído da incidência de determinada norma isentiva.

---

<sup>36</sup> Documento disponível no endereço eletrônico <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2848329>>. Acesso em: 26 ago. 2014.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 201.



Diante de todo o exposto, está claro que os dispositivos do Código Tributário Nacional, atinentes à interpretação e integração da legislação tributária, precisam ser, no mínimo, revistos, quiçá extirpados do ordenamento jurídico. Eles representam uma doutrina hermenêutica ultrapassada e conservadora, desatualizada e desconectada com a conjectura interpretativa atual, o que denota a sua inutilidade. Trata-se de mudança que deve ser levada a efeito o mais brevemente possível, a fim de que os diversos atores da lide tributária, seja ela administrativa, seja ela judicial, possam vislumbrar um contexto de maior segurança jurídica.

## CONCLUSÃO

Ante tudo o que foi exposto, é possível tecer alguns comentários conclusivos a respeito do tema proposto. Ei-los:

- a) O direito tributário é ramo da ciência jurídica que não possui, em relação à hermenêutica, diferenças substanciais dos demais ramos do direito, razão pela qual a interpretação das regras jurídicas tributárias não detém especialidades.
- b) O conceito tradicional de interpretação jurídica – de que ela consistiria na reconstrução do pensamento ínsito da lei, e no esclarecimento dos elementos jurídicos substanciais já existentes – encontra-se superado.
- c) Atualmente, interpretar é descrever, decidir e criar. Trata-se, assim, de atividade complexa, tendo em vista que envolve processos distintos, submetidos a critérios de objetividade diversos.
- d) A interpretação, além de ser uma atividade descritiva, decisionista e criativa, utiliza como base argumentos linguísticos, históricos, genéticos, teleológicos, sistemáticos, e consequencialistas, mediante técnicas e regras de prevalência entre os argumentos trazidos à baila pelo intérprete. Portanto, deve, a interpretação, utilizar os métodos interpretativos como ferramentas na construção dos significados.

- e) As normas previstas no Capítulo IV, do Título I, do Livro Segundo, do Código Tributário Nacional, as quais dispõem sobre a interpretação e a integração da legislação tributária, são ambíguas, insuficientes e redundantes, porque carentes elas próprias de interpretação. Além disso, tais normas são inválidas, pois têm sua eficácia comprometida pelo caráter ideológico que possuem, e por terem sua legitimidade conspurcada pelo desequilíbrio que introduzem nos sistemas de valores jurídicos e dos poderes estatais.
- f) Os dispositivos do Código Tributário Nacional, atinentes à interpretação e integração da legislação tributária precisam ser, no mínimo, revistos, tendo em vista que representam uma doutrina hermenêutica ultrapassada e conservadora, desatualizada e desconectada com a conjectura interpretativa atual. Com efeito, o direito tributário não pode ficar alheio às modificações na interpretação jurídica ocorridas nas últimas décadas.
- g) Propõe-se, enquanto tais disposições não forem modificadas, que o intérprete utilize, no desempenho da sua atividade, os métodos interpretativos aplicáveis às demais normas jurídicas, bem como os modelos neoconstitucionalistas, principalmente, a força normativa dos princípios. Recomenda-se, ainda, que, ao utilizar tais métodos, o intérprete tenha como norte a segurança jurídica, privilegiando aqueles sentidos do texto a ser interpretado que mais se coadunem com referido postulado.

## REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2007.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2011.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 252.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

STRECK, Lênio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretação jurídica: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas*. São Paulo: Ed. RT, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. *Normas de interpretação e integração do direito tributário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995.



# O SURGIMENTO E O DESENVOLVIMENTO DO *RIGHT OF PRIVACY* NOS ESTADOS UNIDOS

---

**Leonardo Estevam de Assis Zanini**

Pós-doutorado em Direito pelo Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (Alemanha). Doutor em Direito Civil pela USP, com estágio de doutorado na Albert-Ludwigs-Universität Freiburg (Alemanha). Mestre em Direito Civil pela PUC-SP. Bacharel em Direito pela USP. Juiz Federal. Professor universitário. Ex-Diretor da Associação dos Juízes Federais de São Paulo e Mato Grosso do Sul. Ex-Delegado de Polícia Federal. Ex-Procurador do Banco Central do Brasil. Ex-Defensor Público Federal. Ex-bolsista da Max-Planck-Gesellschaft e da CAPES. Ex-Diretor Acadêmico da Escola de Formação e Aperfeiçoamento da Justiça Federal em São Paulo.

*E-mail: leozanini@ig.com.br; lezanini@jfsp.jus.br*

---

## RESUMO

O artigo aborda o surgimento e a evolução do *right of privacy* nos Estados Unidos. Analisa a publicação de Warren e Brandeis e sua influência na doutrina, na jurisprudência e na legislação. Cuida das construções doutrinárias posteriores ao artigo de Warren e Brandeis, como é o caso dos estudos de Prosser e Bloustein. Trata da distinção entre o *right of privacy* e o *right of publicity*, bem como da formulação do *privacy* constitucional. Por fim, examina a relação existente entre os direitos da personalidade e o *right of privacy*.

**Palavras-chave:** *Right of privacy* – *right of publicity* – direitos da personalidade – dignidade da pessoa humana – *common law*.

## ABSTRACT

The article discusses the emergence and evolution of the right of privacy in the United States. It analyzes the publication of Warren and Brandeis and its influence in doctrine, case law and legislation. It examines the doctrinal constructions subsequent to the article of Warren and Brandeis, such as the studies of Prosser and Bloustein. It seeks to trace the differences between the right of privacy and right of publicity, as well as the formulation of the constitutional privacy. Finally, it examines the relationship between the personality rights and the right of privacy.

**Keywords:** Right of privacy – right of publicity – personality rights – human dignity – common law.

## INTRODUÇÃO

O *right of privacy* surgiu nos Estados Unidos e difundiu-se para os países que adotam o sistema da *common law*. Tais países, entretanto, apresentam um grau bastante variado de proteção da personalidade humana, valendo notar, por exemplo, que, no Direito inglês, não haveria uma espécie de proteção geral, mas apenas uma tutela indireta, relacionada com elementos constitutivos de determinados delitos.<sup>1</sup>

Desta feita, considerando sua origem e os grandes avanços de seu sistema protetivo, bem como que se trata de modelo utilizado por outros países de *common law* e mesmo de *civil law*, objetivamos realizar um breve estudo sobre o *right of privacy* nos Estados Unidos, passando pelas diversas fases de seu desenvolvimento até seu reconhecimento no âmbito constitucional.

Nossa análise, ao lado do estudo do *privacy*, também buscará a compreensão dos principais pontos de divergência e convergência entre o sistema dos Estados Unidos e o dos direitos da personalidade, tradicionalmente reconhecido pelos países de direito continental, como é o caso do Brasil.

### 1 O SURGIMENTO DO *RIGHT OF PRIVACY* E A CONTRIBUIÇÃO DE WARREN E BRANDEIS

A ideia de *privacy*, conforme asseveram muitos autores, já estava presente no sistema jurídico dos Estados Unidos no século XIX, sendo possível o reconhecimento de uma primeira manifestação do interesse individual de “ser deixado só” no caso *Wheaton v. Peters*, decidido pela Suprema Corte no ano de 1834. No entanto, o conceito de *privacy* não chegou a receber reconhecimento

<sup>1</sup> LÉVY, Vanessa, *Le droit à l’image: définition, protection, exploitation*, p. 152.

formal da comunidade jurídica como um *right*, o que somente ocorreu com a publicação do artigo de Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis.<sup>2-3</sup>

Antes do artigo de Warren e Brandeis, vamos encontrar na obra do juiz Thomas Cooley, publicada em 1880, sob o título *A Treatise on the Law of Torts*, a primeira utilização da expressão *right to be let alone*. Apesar de ter cunhado a expressão, Cooley não a relacionou com a noção de *privacy*,<sup>4</sup> mencionando-a em seu trabalho sobre responsabilidade civil (*torts*) como parte do seguinte trecho: “*The right to one’s person may be said to be a right of complete immunity: to be let alone*”.<sup>5</sup>

A expressão forjada por Cooley somente ganhou relevo com a publicação, em 15 de dezembro de 1890, na *Harvard Law Review*, do artigo de autoria de Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis, intitulado *The Right to Privacy*. Nele, os autores colocam em evidência a ocorrência de transformações sociais, políticas e econômicas, bem como o surgimento de novos inventos, como a fotografia, que

---

<sup>2</sup> SOMA, John T. *Privacy law*. St. Paul: Thomson/West, 2008, p. 11.

<sup>3</sup> Apesar de muitos estudiosos admitirem na *common law* o reconhecimento jurisprudencial do *right of privacy* antes do artigo de Warren e Brandeis, o tema não é, entretanto, isento de discussões. De fato, há um grupo considerável de estudiosos que vê, nos casos apontados pelo artigo como de reconhecimento do *privacy*, apenas a admissão de outros institutos, como o direito de propriedade, a quebra de contrato, a violação de confiança ou mesmo a ocorrência de difamação, sendo a eventual proteção do *privacy* apenas incidental. Afirma-se ainda que os argumentos utilizados por Warren e Brandeis, para a construção do *privacy*, partiram da errônea compreensão dos precedentes examinados (FESTAS, David de Oliveira, *Do conteúdo patrimonial do direito à imagem*, p. 156-157).

<sup>4</sup> RIGAUX, François, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, p. 272.

<sup>5</sup> COOLEY, Thomas McIntyre. *A treatise on the law of torts*. Chicago: Callaghan, 1880, p. 29.

contribuíram para a ocorrência de violações da vida privada das pessoas.<sup>6-7</sup>

Partindo desses problemas, os autores analisam um bom número de decisões de tribunais ingleses e americanos, deduzindo então a existência de um princípio geral na *common law*, o *right of privacy*. Assim, utilizando o termo “*right to be let alone*”, propõem um novo “*tort*”, a invasão do “*privacy*”, que constituiria uma profunda ofensa, que lesionaria o senso da própria pessoa sobre sua independência, individualidade, dignidade e honra.<sup>8</sup>

Nessa linha, o direito em questão garantiria ao indivíduo uma ampla liberdade contra intromissões não desejadas em sua vida, tutelando seus pensamentos, sentimentos, emoções, dados pessoais e até mesmo o nome.<sup>9</sup> A imagem também foi incluída no âmbito de proteção do *privacy*,<sup>10</sup> destacando-se que os avanços da fotografia

---

<sup>6</sup> Warren e Brandeis consideram a proteção do *privacy* uma necessidade: “*The intensity and complexity of life, attendant upon advancing civilization, have rendered necessary some retreat from the world, and man, under the refining influence of culture, has become more sensitive to publicity, so that solitude and privacy have become more essential to the individual; but modern enterprise and invention have, through invasions upon his privacy, subjected him to mental pain and distress, far greater than could be inflicted by mere bodily injury*” (WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. *The Right to Privacy*. *Harvard Law Review*, v. 4, n. 5, p. 193-220, dez. 1890, p. 196).

<sup>7</sup> Há muito debate em torno da motivação de Warren e Brandeis para a publicação do artigo dedicado ao *privacy*. Alguns estudiosos especulam que foi uma resposta ao aumento de sensacionalismo da imprensa em geral. Outros apontam que seria uma reação direta aos abusos cometidos pela imprensa contra a família de Warren, uma das mais influentes na sociedade de Boston do final do século XIX. Seja como for, independentemente das razões que levaram ao artigo, é certo que ele causou muito impacto no âmbito da *commun law*, sendo ainda hoje inegável a sua importância (WAGNER, Wienczyslaw J. *Le “droit à l’intimité” aux Etats-Unis*. *Revue Internationale de Droit Comparé*, v. 17, n. 2, p. 365-376, abr.-jun. 1965, p. 366).

<sup>8</sup> SOMA, John T, *Privacy law*, p. 11.

<sup>9</sup> PLACZEK, Thomas. *Allgemeines Persönlichkeitsrecht und privatrechtlicher Informations- und Datenschutz*. Hamburg: LIT, 2006, p. 46-47.

<sup>10</sup> É importante observar, já de início, que o termo “*privacy*” não pode ser confundido com a expressão “*privacidade*” da língua portuguesa. De fato, deflui tanto do artigo de Warren e Brandeis como das primeiras decisões sobre a matéria que o *privacy* assumiu, desde o início, vocação para ampla tutela dos valores da personalidade, não se limitando apenas à tutela da *privacidade* (FESTAS, David de Oliveira, *Do conteúdo patrimonial do direito à imagem*, p. 32). Desse modo, considerando a dificuldade na tradução do termo, que não se confunde com a *privacidade* e nem



tornaram possível a captação de forma oculta dos traços pessoais, pelo que se fazia necessária a utilização da lei de *torts* diante dos riscos inerentes ao progresso técnico.<sup>11</sup>

Para fundamentar o *privacy*, os autores recorreram ao direito à vida, expressamente enunciado na declaração de independência dos Estados Unidos e formalmente reconhecido pela quinta emenda da Constituição. Acrescentaram ainda que apesar da Constituição não fazer qualquer menção à palavra *privacy*, seus princípios já faziam parte da *common law*, particularmente no que diz respeito à proteção do domicílio, tendo o desenvolvimento tecnológico apenas tornado necessário reconhecer expressamente e separadamente esta proteção sob o nome de *privacy*.<sup>12</sup>

Outrossim, apresentam, no artigo, limitações ao *privacy*, como por exemplo: a permissão de publicação de material de interesse geral e público, a possibilidade de publicação de fatos danosos quando o indivíduo consente, bem como a inexistência de defesa quando se alega que o fato é verdadeiro ou então que não houve “malícia” na publicação.<sup>13</sup>

O artigo de Warren e Brandeis vai provocar um impacto considerável no sistema jurídico norte-americano, mas isso não vai ocorrer de maneira imediata. De fato, em um primeiro momento, ocorreu hesitação por parte da doutrina quanto ao *privacy*, pois muitos autores negaram energicamente as novas ideias, enquanto que outros defenderam o instituto com entusiasmo.<sup>14</sup>

Nos tribunais, o efeito da publicação do artigo também não foi imediato, uma vez que os primeiros casos julgados não reconheceram a existência do *privacy*. Contudo, a ideia foi aos poucos

---

com os direitos da personalidade, preferimos utilizar nesse trabalho, para não incorrerem em nenhuma imprecisão, a expressão em inglês.

<sup>11</sup> WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The Right to Privacy. *Harvard Law Review*, v. 4, n. 5, p. 193-220, dez. 1890, p. 211.

<sup>12</sup> SOMA, John T, *Privacy law*, p. 13-14.

<sup>13</sup> SOMA, John T, *Privacy law*, p. 14.

<sup>14</sup> PROSSER, William Lloyd. *Handbook of the law of torts*. 4 ed. St. Paul: West, 1971, p. 802.

sendo adotada e até expandida pelos tribunais estaduais e federais, valendo ainda notar que nas primeiras décadas de existência o *right of privacy* foi defendido ao abrigo da *property theory*, mas depois passou a ser progressivamente abordado como um direito pessoal.<sup>15</sup>

De qualquer forma, é interessante notar que para o sistema da *common law* dos Estados Unidos é bastante incomum que um artigo publicado em uma revista tenha sido decisivo para desenvolvimento de um direito. Também é muito surpreendente o fato de que um artigo publicado em 1890 ainda continue a ser considerado hodiernamente como a obra fundamental sobre o tema, sem ter perdido sua validade, especialmente se levarmos em conta a importância e atualidade da matéria.<sup>16</sup>

## 2 O RECONHECIMENTO DO *RIGHT OF PRIVACY* NOS TRIBUNAIS DOS ESTADOS UNIDOS

Os casos Schuyler v. Curtis (1891)<sup>17</sup> e Marks v. Jaffa (1893) são normalmente apontados, por um grande número de doutrinadores, como aqueles que teriam iniciado as discussões a respeito do *right of privacy* nos tribunais dos Estados Unidos. Apesar da precedência, mais célebres se tornaram outros dois casos, que foram julgados

<sup>15</sup> FESTAS, David de Oliveira, *Do conteúdo patrimonial do direito à imagem*, p. 164-165.

<sup>16</sup> KAMLAH, Ruprecht. *Right of privacy*. Köln: Carl Heymanns, 1969, p. 58-59.

<sup>17</sup> O caso Schuyler v. Curtis é particularmente interessante, pois além de apresentar um problema que abrangeria o reconhecimento do direito à imagem, também levanta a questão da imagem da pessoa falecida. A demanda foi iniciada por Philip Schuyler, sobrinho de Mary Hamilton Schuyler, que se opôs à construção e exposição de uma estátua de sua falecida tia em um evento em Chicago. A *Supreme Court* de Nova Iorque (primeira instância), em 1891, apoiada no artigo de Warren e Brandeis, acolheu o pedido, sustentando que a falecida tinha mantido em vida uma postura reservada, que não seria compatível com a pretendida exposição. A *Court of Appeals*, entretanto, asseverou que não era relevante o desejo da falecida, pois eventual *right of privacy* não teria sobrevivido à morte da senhora Schuyler (HAND, Augustus N. Schuyler against Curtis and the Right to Privacy. *The American Law Register and Review*, Philadelphia, vol. 45, n. 12, p. 745-759, dez. 1897, *passim*).

de forma diversa e coincidentemente envolveram lesão ao direito à imagem.<sup>18</sup>

O primeiro deles, o caso *Roberson v. Rochester Folding Box Co.*, conhecido como “Flour of the Family”, diz respeito à inserção da fotografia de uma moça, em um cartaz publicitário, divulgado por um fabricante de farinha. A ação foi rejeitada em 1902 pela *Court of Appeals* de Nova Iorque, mas a existência do *right of privacy* aparentemente tinha sido reconhecida pelas duas cortes inferiores.<sup>19</sup>

Na decisão da *Court of Appeals*, tomada por estreita maioria de quatro votos a favor e três contra, foi negada a existência do direito em questão pela falta de precedente, pelo caráter puramente mental da lesão, pela dificuldade de se estabelecer a distinção entre natureza pública e privada, bem como pela indevida restrição à liberdade de imprensa e liberdade de expressão.<sup>20</sup>

Em seguida, três anos mais tarde, o caso *Pavesich v. New England Life Ins. Co.* foi levado à Suprema Corte da Georgia. Nela, foi debatida a reprodução não autorizada em um jornal do retrato do senhor Pavesich, que foi colocado ao lado da foto de um homem em farrapos, tendo sido atribuída a prosperidade do primeiro ao fato de ter contratado uma apólice de seguro.<sup>21</sup>

Na decisão, proferida em 1905, a corte rejeitou os argumentos levados anteriormente ao caso *Roberson*, pelo que acabou aceitando o entendimento de Warren e Brandeis. Assim, os juízes consideraram que a publicação da imagem de uma pessoa, sem seu consentimento e com o propósito de exploração comercial, configuraria uma violação do *right of privacy*, o que não demandaria da pessoa retratada prova especial do dano.<sup>22</sup>

---

<sup>18</sup> FESTAS, David de Oliveira, *Do conteúdo patrimonial do direito à imagem*, p. 161-165.

<sup>19</sup> RIGAUX, François, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, p. 278.

<sup>20</sup> PROSSER, William Lloyd, *Handbook of the law of torts*, p. 803.

<sup>21</sup> PROSSER, William Lloyd, *Handbook of the law of torts*, p. 803.

<sup>22</sup> Os juízes se pronunciaram nos seguintes termos: “*The publication of a picture of a person, without his consent, as a part of an advertisement, for the purpose of exploiting the publisher’s business, is a violation of the right of privacy of the person whose picture is*

A decisão do caso *Pavesich v. New England Life Ins. Co.* foi então sendo paulatinamente seguida por tribunais de vários outros estados americanos, de modo, que na década de 1950, a oposição ao *right of privacy* já tinha praticamente desaparecido.<sup>23</sup>

Por conseguinte, fica evidente que as duas últimas decisões mencionadas são extremamente importantes para o desenvolvimento do *privacy* nos Estados Unidos, motivo pelo qual são reiteradamente analisadas nos manuais. Também é interessante observar que os casos apresentados estão associados à defesa de valores patrimoniais, ainda que ligados a valores pessoais. Ademais, vale ainda destacar que apesar de no caso *Roberson v. Rochester Folding Box Co.* ter sido rejeitada a concepção de Warren e Brandeis, não podemos nos esquecer que tal julgado contou com opiniões divergentes, bem como deu causa à promulgação de uma lei sobre *privacy* no Estado de Nova Iorque.<sup>24</sup>

### 3 AS DIFICULDADES PARA O DESENVOLVIMENTO DO *PRIVACY* ATÉ A DÉCADE DE 1950

O período que vai do início até a metade do século XX não apresentou evolução aparente da doutrina do *privacy*, registrando apenas decisões que confirmaram a concepção desenvolvida por Warren e Brandeis. Perdeu-se então a oportunidade de incluir os avanços tecnológicos do período na proteção.<sup>25</sup>

A estagnação do desenvolvimento do *privacy* provavelmente está associada à apresentação aos tribunais de um reduzido número de casos com novos pontos de vista, bem como pelo fato de que os tribunais não estavam dispostos a avançar no tema sem apoio em

---

*reproduced, and entitles him to recover, without proof of special damage"* (LÉVY, Vanessa, *Le droit à l'image: définition, protection, exploitation*, p. 150).

<sup>23</sup> KAMLAH, Ruprecht, *Right of privacy*, p. 59-60.

<sup>24</sup> KAMLAH, Ruprecht, *Right of privacy*, p. 59-60.

<sup>25</sup> KAMLAH, Ruprecht, *Right of privacy*, p. 61.

figuras jurídicas tradicionais, como a proteção da honra ou da propriedade.<sup>26</sup>

A problemática é muito bem representada pela decisão do caso *Olmstead v. United States*, que pode ser considerada como uma das corresponsáveis pela referida estagnação da doutrina do *privacy*. O processo envolvia escutas telefônicas feitas pelo FBI contra Roy Olmstead e muitas outras pessoas, que teriam transportado e vendido bebidas alcoólicas em violação à lei nacional.<sup>27</sup>

O tribunal decidiu que as escutas telefônicas realizadas, que constituíam o principal meio de prova, não tinham sido feitas com invasão da propriedade privada, já que os cabos telefônicos interceptados se localizavam na rua, em áreas próximas das casas e dos escritórios investigados. No voto vencedor, o juiz Taft esclareceu que a escuta por meios eletrônicos não poderia ser considerada como busca, no sentido empregado pela Constituição, uma vez que não houve invasão física, e que não teria ocorrido apreensão inconstitucional, na medida em que não envolveu nenhum bem tangível.<sup>28</sup>

Desse modo, como os locais investigados não foram fisicamente invadidos, as interceptações telefônicas não violariam a Quarta Emenda da Constituição, que garante a inviolabilidade da pessoa, da sua casa, de seus documentos e dos seus bens contra a realização de buscas e apreensões ilegítimas. Assim, foi dada interpretação literal à Quarta Emenda constitucional, que seria aplicável somente na hipótese de busca envolvendo invasão física e de apreensão de objetos tangíveis.<sup>29</sup>

Apesar do entendimento da Suprema Corte dos Estados Unidos, o juiz Brandeis, coautor do famoso artigo já mencionado, apresentou voto em sentido contrário, propugnando por uma aplicação liberal da Quarta Emenda constitucional, que protegeria o cidadão

---

<sup>26</sup> KAMLAH, Ruprecht, *Right of privacy*, p. 61.

<sup>27</sup> MCWHIRTER, Darien Auburn; BIBLE, Jon D. *Privacy as a constitutional right: sex, drugs, and the right to life*. New York: Quorum Books, 1992, p. 92.

<sup>28</sup> O'BRIEN, David M. *Privacy, law, and public policy*. New York: Praeger, 1979, p. 51-52.

<sup>29</sup> O'BRIEN, David M., *Privacy, law, and public policy*, p. 51.

contra qualquer violação injustificada do *privacy*, seja qual for o meio utilizado. Asseverou, ainda, que o governo deveria ter obtido um mandado de busca antes de ter invadido a privacidade alheia, mesmo porque a Constituição protege os cidadãos não apenas em aspectos materiais, mas também em suas crenças, pensamentos, emoções e sensações.<sup>30</sup>

Nessa linha, Brandeis, usando na decisão linguagem similar àquela do artigo publicado muitos anos antes, ampliou o foco do *privacy*, destacando que o *right to be let alone* encontra proteção não somente na *common law*, mas também na Constituição. Também identificou o Estado como um potencial ofensor desse direito.<sup>31</sup>

Nos anos que se seguiram, a posição defendida por Brandeis foi continuamente sustentada por outros juízes, mas a Suprema Corte dos Estados Unidos, apesar de pronunciamentos ousados em muitos julgados, manteve reserva ao *right of privacy* quando se discutia seu reconhecimento constitucional e a admissão de provas em processos criminais.<sup>32</sup>

Assim, também não foi reconhecida a ocorrência de violação ao *privacy* no caso *Goldman v. United States* (1.942), em que a conversa do acusado foi gravada por um microfone instalado na parede do apartamento contíguo, uma vez que a prova não teria sido obtida com invasão física.<sup>33</sup> O posicionamento foi mais uma vez confirmado no caso *On Lee v. United States* (1.952), quando o tribunal admitiu as provas colhidas pela escuta de conversações entre On Lee e um agente infiltrado, que estava com um microfone. O mesmo pode ser constatado em *Silvermann v. United States* (1.961), que, confirmando a regra do caso *Olmstead*, apenas condenou a utilização de microfones pelo fato de ter ocorrido invasão de propriedade.<sup>34</sup>

<sup>30</sup> MCWHIRTER, Darien Auburn; BIBLE, Jon D., *Privacy as a constitutional right*, p. 93.

<sup>31</sup> SOLOVE, Daniel J.; ROTENBERG, Marc; SCHWARTZ, Paul M. *Privacy, information, and technology*. New York: Aspen, 2006, p. 28-29.

<sup>32</sup> KAMLAH, Ruprecht, *Right of privacy*, p. 61-63.

<sup>33</sup> DIONISOPOULOS, Allan; DUCAT, Craig R., *The Right to Privacy*, p. 18.

<sup>34</sup> O'BRIEN, David M., *Privacy, law, and public policy*, p. 54-55.

#### 4 O RIGHT OF PUBLICITY

Em 1953, mais um passo importante é dado no julgamento do caso *Haelan Laboratories Inc v. Topps Chewing Gum Inc*, que colocou em evidência a falta de adaptação e a insuficiência do *privacy* para a resolução de problemas relativos a interesses patrimoniais, estabelecendo novos limites para esse direito.<sup>35</sup>

A demanda envolveu a celebração de vários contratos entre a empresa *Haelan Laboratories Inc* e jogadores profissionais de baseball, nos quais foi estabelecido um direito exclusivo de utilização da imagem, do nome e de elementos biográficos dos jogadores para a venda de produtos da empresa. Conhecendo a existência do contrato, a empresa concorrente *Topps Chewing Gum Inc* procurou os mesmos jogadores e obteve, em violação à obrigação contratual anterior, semelhante autorização para utilização da imagem, o que deu ensejo à demanda judicial por parte da primeira empresa.<sup>36</sup>

Em sua defesa, a ré asseverou que os contratos celebrados entre a autora e os jogadores não poderiam transferir o *right of privacy*, visto que tal direito tinha natureza pessoal e intransferível. Também argumentou que, nos contratos, não havia previsão de nenhum *property right* que pudesse ser invocado.<sup>37</sup>

Entretanto, o tribunal rejeitou os argumentos da defesa, considerando, sem nenhuma preocupação teórica, a necessidade de se destacar uma parte do *right of privacy* e reconhecer a existência de um *right of publicity*. Tal direito foi considerado independente do *privacy* e garantiria um privilégio exclusivo à pessoa quanto ao aproveitamento econômico de sua notoriedade, o que poderia ser considerado um *property right*, na medida em que teria valor pecuniário.<sup>38</sup>

<sup>35</sup> ROUVINEZ, Julien. *La licence des droits de la personnalité*. Zürich: Schulthess, 2011, p. 81.

<sup>36</sup> RIGAUX, François, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, p. 395.

<sup>37</sup> FESTAS, David de Oliveira, *Do conteúdo patrimonial do direito à imagem*, p. 176.

<sup>38</sup> RIGAUX, François, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, p. 393 e 396.

Assim sendo, apesar de guardar suas origens históricas no *right of privacy*, o surgimento do *right of publicity* não decorreu de um processo evolutivo, mas é resultado de uma radical ruptura do *right of privacy*, que produziu um direito transmissível, inclusive, na opinião da doutrina majoritária, por herança.<sup>39</sup>

Após a decisão do caso Haelan, a nova figura jurídica foi rejeitada por alguns tribunais e aceita por outros. A mesma diversidade de entendimentos pôde ser vista na doutrina, que contou, entre os defensores do *right of publicity*, com Grodin e Nimmer. Este último acabou fixando os contornos do novo instituto, destacando que o *right of privacy* não era adequado para a integral proteção do cidadão na segunda metade do século XX, em especial pela presença maciça da publicidade.<sup>40</sup>

No âmbito da Suprema Corte dos Estados Unidos, o *right of publicity* somente foi reconhecido em 1977, no julgamento do caso *Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Company*, quando se admitiu a existência de interesse econômico na apresentação de um “homem-bala” que foi transmitida pela televisão sem sua autorização.<sup>41</sup>

Na demanda, o tribunal atribuiu ao *right of publicity* um interesse análogo à propriedade (*proprietary interest*) e afirmou ainda que a finalidade de tal direito é muito próxima à de uma patente ou de um *copyright*, na medida em que é protegido o direito de colher os frutos de uma atividade individual, que nada tem a ver com a proteção dos sentimentos ou da reputação.<sup>42</sup>

Depois dessa decisão, o *right of publicity* foi sendo progressivamente admitido pelos Estados do país, muitos deles consagrando até mesmo uma legislação específica sobre o tema.<sup>43</sup>

<sup>39</sup> GÖTTING, Horst-Peter, *Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte*, p. 191.

<sup>40</sup> FESTAS, David de Oliveira, *Do conteúdo patrimonial do direito à imagem*, p. 179.

<sup>41</sup> FREEDMAN, Warren. *The Right of Privacy in the Computer Age*. Nova Iorque: Quorum, 1987, p. 28.

<sup>42</sup> RIGAUX, François, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, p. 393-394.

<sup>43</sup> ROUVINEZ, Julien, *La licence des droits de la personnalité*, p. 82.



Portanto, a proteção do direito à imagem na *common law* passou a compreender um modelo dualista, composto tanto pelo *right of privacy* como pelo *right of publicity*. O primeiro voltado para a tutela de valores pessoais, enquanto que o segundo se destina à proteção de valores patrimoniais.<sup>44</sup>

## 5 A DIFÍCIL DISTINÇÃO ENTRE O *PRIVACY* E O *PUBLICITY*

Como foi visto, o *right of publicity* pode ser concebido, em linhas gerais, como o direito que cada pessoa tem de controlar o uso comercial de sua identidade, dirigindo sua tutela para aspectos meramente patrimoniais. O instituto é visto como uma espécie do gênero da concorrência desleal, uma vez que garante o privilégio exclusivo quanto à exploração da identidade, particularmente no que toca à publicação de fotografias.<sup>45</sup>

Ocorre que o fato do *right of publicity* ser mencionado em ligação com a identidade não significa que a sua proteção esteja relacionada apenas com os bens da personalidade. Na verdade, essa tutela vai muito além, abrangendo todas as formas de identificação da pessoa, como a imagem, o nome ou a voz, bem como objetos materiais.<sup>46</sup>

Nessa linha, a despeito da definição doutrinária aparentemente clara do *right of publicity*, bem como do estabelecimento de suas diferenças em relação ao *privacy*, na prática a distinção não é tão simples, mesmo porque existe uma grande afinidade entre esses direitos.

Normalmente, um dos critérios utilizados na distinção é o comportamento anterior da vítima. Assim, se a pessoa, como ocorreu no caso Zacchini, não se opõe à publicidade, contanto que ela receba as vantagens financeiras pela exposição, estaríamos diante do *publicity*. Também ocorrerá atentado apenas ao *right of publicity* quando uma pessoa autoriza a publicação de seu nome ou de sua

<sup>44</sup> LÉVY, Vanessa, *Le droit à l'image: définition, protection, exploitation*, p. 151.

<sup>45</sup> FREEDMAN, Warren, *The Right of Privacy in the Computer Age*, p. 28.

<sup>46</sup> FESTAS, David de Oliveira, *Do conteúdo patrimonial do direito à imagem*, p. 166.

imagem em um determinado periódico, mas não em um outro, ou quando a extensão da utilização publicitária excede o que foi previsto contratualmente.<sup>47</sup>

Por outro lado, estaremos diante de invasão do *privacy* se os fatos em análise indicam que o indivíduo jamais explorou o valor associado a sua reputação ou a sua atividade profissional, bem como que não houve qualquer consentimento no que toca à utilização do seu nome ou de sua imagem.<sup>48</sup>

A partir daí, parte da doutrina e da jurisprudência passaram a considerar, de modo geral, que a utilização do nome ou da imagem de pessoas célebres, sem autorização, em uma propaganda, somente afeta o *right of publicity*. De contrário, tratando-se de uma pessoa não conhecida do público, a defesa da utilização não autorizada do nome e da imagem deve ser feita pelo *right of privacy*.<sup>49</sup>

Outrossim, podemos arrolar ainda a distinção no que toca à patrimonialidade e à transmissibilidade do interesse protegido. Assim sendo, considerando a patrimonialidade do *publicity*, a doutrina reconhece que ele faz parte do próprio patrimônio da pessoa (*estate*) e admite a possibilidade de sua cessão contratual ou transmissão hereditária. O mesmo não valendo para o *right of privacy*, que se volta para a proteção de interesses ideais e não permite a transmissão.<sup>50</sup>

Por conseguinte, deve-se admitir que são poucas as situações em que a delimitação se apresenta tão evidente. A despeito disso, é sem dúvida sempre conveniente analisar o comportamento anterior da vítima, investigar a natureza da agressão, bem como buscar interpretar o consentimento do sujeito para que se possa chegar à conclusão, se estamos diante de um caso de *privacy* ou *publicity*,

---

<sup>47</sup> RIGAUX, François, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, p. 394-396 e 407.

<sup>48</sup> RIGAUX, François, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, p. 394-396.

<sup>49</sup> GÖTTING, Horst-Peter, *Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte*, p. 243.

<sup>50</sup> ROUVINEZ, Julien, *La licence des droits de la personnalité*, p. 82.

sobretudo quando foi contratualmente autorizada a exploração do nome ou da imagem.<sup>51</sup>

## 6 O *PRIVACY* NA CONSTRUÇÃO DOUTRINÁRIA DE PROSSER

Somente na década de 1960, é que vai ser visto o surgimento de novas discussões doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do *privacy*. No que toca à doutrina, inicia-se então um debate contrapondo pontos de vista favoráveis e opostos às ideias de Warren e Brandeis.

Entre as críticas dirigidas à concepção podem ser distinguidas diversas orientações, como a que substitui o conceito de *privacy* por outro considerado mais adequado, a que censura a utilização de um vocábulo único para diversos atos ilícitos e a que contesta a definição do *privacy* como o “direito de ser deixado só”.<sup>52</sup>

Entretanto, vamos aqui destacar o embate mais célebre, que envolveu Prosser e Bloustein, tendo exercido, como será visto, indiscutível influência nos desenvolvimentos posteriores do *privacy*.<sup>53</sup>

William Prosser, aclamado professor da *California School of Law* (Berkeley) e à época uma das maiores autoridades em responsabilidade civil (*tort law*), apresentou em 1960 um estudo bastante preciso acerca das decisões prolatadas sobre o *right of privacy*. Nele o estudioso procurou evidenciar as regras emanadas de cada caso e os desenvolvimentos jurídicos daí decorrentes.<sup>54-55</sup>

Após a análise de substancial amostra do repertório jurisprudencial disponível, Prosser admitiu a existência de confusão e

---

<sup>51</sup> RIGAUX, François, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, p. 395.

<sup>52</sup> RIGAUX, François, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, p. 630.

<sup>53</sup> DIONISOPOULOS, Allan; DUCAT, Craig R., *The Right to Privacy*, p. 25-26.

<sup>54</sup> KAMLAH, Ruprecht, *Right of privacy*, p. 71.

<sup>55</sup> O trabalho de Prosser foi ampliado e atualizado por Keeton, contando com última edição (5. ed.) publicada em 1984 sob o título: *Prosser and Keeton on the Law of Torts*.

inconsistências no desenvolvimento do *privacy*, mas tentou sistematizar a matéria. Asseverou que não se estava diante de apenas um *tort*, mas sim de quatro grupos diversos, vindo, em cada um deles, a lesão de diferentes tipos de interesses protegidos. Nessa linha, destacou que os interesses tutelados pelo *privacy* não teriam quase nada em comum, exceto que todos eles representariam uma interferência no *right to be let alone*.<sup>56</sup>

Prosser passa então a classificar o *privacy* nas seguintes espécies: 1) invasão em assuntos privados da pessoa (*intrusion*); 2) publicação de fatos embaraçosos relativos à vida privada de determinada pessoa (*public disclosure*); 3) publicação que leve a opinião pública a uma falsa compreensão (*false light*), o que se assimila à difamação (*defamation*), mas enquanto esta requer que a informação seja falsa, no *privacy* a informação geralmente é verdadeira, mas cria uma falsa impressão e; 4) abuso do nome ou da imagem de outrem para benefício próprio (*appropriation*),<sup>57</sup> conceito que se aproximaria do *right of publicity*, no entanto, este direito protege a pessoa contra a exploração comercial não autorizada (*property right*), enquanto que o *privacy* diz respeito à tutela de valores pessoais da personalidade.<sup>58</sup>

O estudioso não foi, obviamente, o primeiro a apresentar uma classificação do *right of privacy* em diferentes tipos. Na verdade, o que torna seu trabalho relevante, a ponto de ser considerado por muitos como leitura obrigatória para as discussões sobre *privacy*, não é somente o fato de ter desenvolvido uma classificação que impôs ordem e clareza à matéria, mas também por ter identificado o bem jurídico protegido em cada uma das hipóteses apresentadas.<sup>59</sup>

Destarte, ainda que de forma implícita, pode-se deduzir do pensamento de Prosser que não existe unidade na tutela do *privacy*, visto que não estaríamos diante de um valor independente, mas sim

<sup>56</sup> PROSSER, William Lloyd, *Handbook of the law of torts*, p. 804.

<sup>57</sup> KAMLAH, Ruprecht, *Right of privacy*, p. 72.

<sup>58</sup> FESTAS, David de Oliveira, *Do conteúdo patrimonial do direito à imagem*, p. 179.

<sup>59</sup> KAMLAH, Ruprecht, *Right of privacy*, p. 72.

de uma composição de interesses que vai abranger a reputação, a tranquilidade emocional e a propriedade imaterial.<sup>60</sup>

## 7 O *PRIVACY* COMO TUTELA DA DIGNIDADE E DA INDIVIDUALIDADE

Os ensinamentos de Prosser não ficaram isentos a críticas, como a apresentada pelo professor Harry Kalven, no artigo intitulado “*Privacy in Tort Law – Were Warren and Brandeis Wrong?*”, publicado em 1966. Nele o estudioso questiona a proteção do *privacy* por meio da legislação de *torts*, concluindo que, com exceção dos casos de apropriação, a tentativa de proteger o *privacy* no âmbito da responsabilidade civil é um erro<sup>61</sup>.

Edward Bloustein, em trabalho publicado em 1964, assevera que a análise em grupo de casos, apresentada por Prosser, contrariou o que Warren e Brandeis defendiam, uma vez que acabava indicando a incapacidade dos tribunais de continuarem o desenvolvimento do *privacy* sem que fosse necessário o apoio em figuras jurídicas tradicionais, como a propriedade e a honra.<sup>62</sup>

Nessa linha, Bloustein destaca a existência de uma considerável confusão no que toca à natureza do bem jurídico protegido pelo *privacy*, entendendo que Prosser remete esse direito novamente às antigas instituições jurídicas, o que estaria em contradição com o pensamento de Warren e Brandeis, na medida em que viam no *privacy* uma figura jurídica nova e unitária.<sup>63</sup>

Partindo desses problemas, Bloustein propõe, em seu artigo, uma teoria geral do *privacy*, levando em conta, para tanto, o bem jurídico protegido em todos os casos. Considera então que a dignidade humana seria esse bem jurídico, que ligaria o *right of privacy* do

<sup>60</sup> BLOUSTEIN, Edward J. Privacy as an aspect of human dignity: an answer to dean Prosser. *New York University Law Review*, v. 39, p. 962-1007, 1964, p. 962.

<sup>61</sup> FREEDMAN, Warren, *The Right of Privacy in the Computer Age*, p. 8.

<sup>62</sup> KAMLAH, Ruprecht, *Right of privacy*, p. 73.

<sup>63</sup> KAMLAH, Ruprecht, *Right of privacy*, p. 74.

direito privado ao direito público, vínculo este totalmente ignorado por Prosser. Acrescenta ainda que o *privacy* não é limitado à *common law*, abrangendo o direito como um todo, inclusive as disposições de direito processual penal.<sup>64</sup>

Outrossim, Bloustein lembra da existência de muitas leis mais recentes, que regulam o uso de sistemas eletrônicos de vigilância ou que proíbem a interceptação telefônica de conversas, exemplos que seriam suficientes para comprovar a proteção do *right of privacy* de forma independente, não somente como uma proteção civil contra atos ilícitos.<sup>65</sup>

Além disso, outra questão que se colocava era a respeito dos desenvolvimentos futuros do *privacy*. De acordo com o estudioso, a influência do trabalho de Prosser era patente, já que nos anos que se seguiram à sua publicação quase toda decisão sobre *privacy* mencionava sua concepção, bem como também refletiu na elaboração do *Restatement of Torts*. Assim sendo, nas palavras de Bloustein, se seu posicionamento não estivesse correto, então seria importante demonstrar suas falhas e apresentar uma teoria alternativa.<sup>66</sup>

Desse modo, em suma, sugere Bloustein que o raciocínio de Prosser não estava correto, pois o *privacy* envolveria o mesmo interesse na preservação da dignidade e da individualidade do ser humano, falando-se então em apenas um *tort*, que garantiria uma proteção abrangente e sem lacunas.<sup>67</sup>

Alguns autores americanos concordaram com Bloustein, especialmente diante dos fortes argumentos lançados contra Prosser no sentido de que sua visão se limitava à *common law*, bem como que a classificação por ele proposta não era exaustiva e ainda apresentava distinções insuficientemente esclarecidas.<sup>68</sup>

---

<sup>64</sup> KAMLAH, Ruprecht, *Right of privacy*, p. 74.

<sup>65</sup> KAMLAH, Ruprecht, *Right of privacy*, p. 74.

<sup>66</sup> BLOUSTEIN, Edward J. Privacy as an aspect of human dignity: an answer to dean Prosser. *New York University Law Review*, v. 39, p. 962-1007, 1964, p. 964.

<sup>67</sup> BLOUSTEIN, Edward J. Privacy as an aspect of human dignity: an answer to dean Prosser. *New York University Law Review*, v. 39, p. 962-1007, 1964, p. 1005.

<sup>68</sup> RIGAUX, François, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, p. 633.

Contudo, boa parte dos estudiosos acabou seguindo o posicionamento de Prosser, sendo certo que alguns deles, como é o caso de Wade, até avançaram em suas ideias.<sup>69</sup> De qualquer forma, é interessante notar que as ideias de Bloustein em muito se assemelham à concepção em vigor no direito continental, especialmente pela menção à tutela da dignidade humana.

Por conseguinte, o fato é que as ideias de Prosser acabaram saindo vitoriosas e sua sistemática passou a exercer uma influência tão grande que foi seguida de forma quase unânime pela doutrina e pela jurisprudência, ecoando ainda no *Second Restatement of Torts*, de 1977, bem como na constituição, nas leis e na *common law* de vários estados.<sup>70</sup> E o resultado não poderia ser diverso, uma vez que independentemente da denominação utilizada, o fato é que o conceito de *privacy* procura realmente dar uma visão unitária a um grande número de situações ou de relações que são heterogêneas,<sup>71</sup> isso sem falar na ampla e já tradicional aceitação pela jurisprudência da inclusão desse instituto entre os *torts*.<sup>72</sup>

## 8 A FORMULAÇÃO DO *PRIVACY* CONSTITUCIONAL

Paralelamente ao debate doutrinário, viu-se que ao longo do tempo o *right of privacy*, desenvolvido como um conceito da *common law*, passou a aparecer em casos envolvendo a Constituição dos Estados Unidos. Todavia, apesar do início dos debates ter ocorrido ainda na primeira metade do século XX, o reconhecimento do *right of privacy* na Constituição somente veio com o caso *Griswold v. Connecticut*, decidido em 1965 pela Suprema Corte dos Estados Unidos.<sup>73</sup>

<sup>69</sup> KAMLAH, Ruprecht, *Right of privacy*, p. 75.

<sup>70</sup> GÖTTING, Horst-Peter, *Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte*, p. 185-186.

<sup>71</sup> RIGAUX, François, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, p. 632.

<sup>72</sup> FREEDMAN, Warren, *The Right of Privacy in the Computer Age*, p. 8-9.

<sup>73</sup> RIGAUX, François, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, p. 167.

Na demanda, foi debatida uma lei de Connecticut, que tornou ilegal o uso ou a distribuição de anticoncepcionais, o que configuraria ingerência do Estado no *privacy*. A lei deu causa à condenação de um médico, que examinou uma mulher casada e prescreveu métodos contraceptivos, bem como do senhor Griswold, diretor da clínica onde o referido médico trabalhava.<sup>74</sup>

Na Suprema Corte dos Estados Unidos, o juiz Douglas, que tinha assumido a cadeira de Brandeis, redigiu o voto do caso *Griswold v. Connecticut*, que se tornou célebre. Nele, o magistrado declarou a inconstitucionalidade da lei e reconheceu a existência de um direito geral de *privacy*, que decorreria das seguintes emendas à Constituição dos Estados Unidos: primeira (liberdade de expressão), terceira (restrição ao aquartelamento de soldados em casas particulares), quarta (busca e apreensões ilícitas), quinta (autoincriminação) e nona (declara que os direitos não especificados na Declaração de Direito são também protegidos por ela).<sup>75</sup>

A decisão ainda destaca o caráter sacro da união conjugal e o respeito que merece a intimidade do casal, considerando, por conseguinte, inadmissível que a polícia pudesse estender suas investigações ao quarto do casal (“*the sacred precincts of marital bedrooms*”).<sup>76</sup>

Dessa forma, somente a partir do caso *Griswold v. Connecticut*, que vai ser reconhecido constitucionalmente, pela primeira vez, o *right of privacy*, que apesar de não ser expressamente mencionado pela Constituição, estaria localizado, conforme o voto do juiz Douglas, no interior das penumbras ou zonas de liberdade criadas por uma interpretação mais abrangente da declaração de direitos.<sup>77</sup>

---

<sup>74</sup> MCWHIRTER, Darien Auburn; BIBLE, Jon D., *Privacy as a constitutional right*, p. 93.

<sup>75</sup> MCWHIRTER, Darien Auburn; BIBLE, Jon D., *Privacy as a constitutional right*, p. 97.

<sup>76</sup> RIGAUX, François, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, p. 167.

<sup>77</sup> SOLOVE, Daniel J.; ROTENBERG, Marc; SCHWARTZ, Paul M., *Privacy, information, and technology*, p. 28-29.



## 9 A CONSOLIDAÇÃO DO ENTENDIMENTO DO CASO GRISWOLD

Em 1.967, a Suprema Corte dos Estados Unidos vai finalmente superar a doutrina Olmstead, analisando o caso *Katz v. United States*, no qual policiais, sem autorização judicial, interceptaram conversações telefônicas realizadas de uma cabine telefônica.

O voto vencedor foi proferido pelo juiz Stewart, que mencionou o posicionamento do tribunal no caso Griswold e reconheceu a violação do *privacy* decorrente de injustificada medida de busca e apreensão, na hipótese envolvendo bem imaterial. O magistrado ainda acrescentou em sua decisão que Katz tinha uma razoável expectativa de *privacy* quando entrou na cabine telefônica e fechou a porta, estando assim resguardado pela Quarta Emenda, que protege pessoas e não lugares (*the Fourth Amendment protects people, not places*).<sup>78</sup>

Em seguida, em 1969, no caso *Stanley v. Georgia*, novamente foi colocada em prova a solução dada ao caso Griswold. A demanda envolveu a realização de busca e apreensão na casa de Stanley, estando a polícia munida do respectivo mandado, deferido para que fossem encontradas provas da atividade de agenciamento de apostas. Todavia, durante o procedimento, foram encontrados vídeos obscenos no quarto de Stanley, que foi acusado de violação da legislação da Georgia.<sup>79</sup>

Pois bem, na Suprema Corte dos Estados Unidos, todos os juízes estavam de acordo com a absolvição de Stanley, mas houve divergência quanto aos fundamentos. Nesse particular, vale destacar o voto do juiz Marshall, que citou tanto a manifestação proferida pelo juiz Brandeis no caso Olmstead quanto o entendimento acolhido pelo tribunal no caso Griswold, argumentando ainda que a Constituição protege os cidadãos contra invasões não esperadas em seu direito de *privacy*.<sup>80</sup>

<sup>78</sup> KAMLAH, Ruprecht, *Right of privacy*, p. 71.

<sup>79</sup> MCWHIRTER, Darien Auburn; BIBLE, Jon D., *Privacy as a constitutional right*, p. 99.

<sup>80</sup> MCWHIRTER, Darien Auburn; BIBLE, Jon D., *Privacy as a constitutional right*, p. 99.

Por derradeiro, as decisões posteriores ao caso *Griswold* permitiram então a construção e consolidação do *privacy* constitucional, que foi ainda dividido em duas espécies: a primeira com fundamento na Quarta Emenda e nas “penumbras” de outras emendas (primeira, terceira, quarta, quinta e nona), enquanto que a segunda está voltada para o devido processo substantivo.<sup>81</sup>

## 10 A RELAÇÃO ENTRE O *RIGHT OF PRIVACY* E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

No Direito dos Estados Unidos, como foi exposto, não é comum a menção a bens da personalidade, mesmo porque não existe a figura dos direitos da personalidade, como é conhecida nos países de tradição continental. Para a solução de eventuais demandas relacionadas com os bens da personalidade, os norte-americanos desenvolveram então o *right of privacy*, que constitui uma categoria de direitos que não é equivalente aos direitos da personalidade.<sup>82</sup>

De fato, o *right of privacy* apresenta inúmeros pontos de divergência, abarcando, por um lado, aspectos que não se incluem no âmbito dos direitos da personalidade, bem como deixando de tutelar temas que são evidentemente abrangidos pelos direitos da personalidade.

Em linhas gerais, apresentamos a evolução do *right of privacy* naquele país, cuja origem doutrinária foi lentamente sendo consagrada na jurisprudência, na legislação de um grande número de estados e, finalmente, foi elevado ao nível constitucional pela Suprema Corte.

Nesse contexto, pode-se notar que há um paralelo entre o desenvolvimento do *privacy* e dos direitos da personalidade. É que para problemas muito semelhantes, surgidos no decorrer do século XX e início do século XXI, foram apresentadas pelos dois sistemas

<sup>81</sup> MCWHIRTER, Darien Auburn; BIBLE, Jon D., *Privacy as a constitutional right*, p. 100.

<sup>82</sup> FESTAS, David de Oliveira, *Do conteúdo patrimonial do direito à imagem*, p. 166.

soluções muitas vezes bastante parecidas, não obstante a diversidade da fundamentação.

Todavia, é certo que os norte-americanos levam o individualismo ao extremo, bem como possuem uma mentalidade pouco solidária, o que, somado ao raciocínio da *common law* sustentado pela técnica de solução de casos pelos precedentes,<sup>83</sup> acaba por deixar claro que é bastante complicada qualquer aproximação teórica entre o *right of privacy* e os direitos da personalidade. A isso deve ser acrescido o fato de que há uma grande dificuldade de se estabelecer uma definição adequada entorno do *privacy*, havendo diferentes formas de se ver o instituto.<sup>84</sup>

Realmente, esses institutos apresentam origem, natureza jurídica, abrangência, fundamentação e limites bastante diversos. Todavia, considerando a similitude dos problemas enfrentados pelos países da *civil law* e da *common law*, não nos parece despropositada a constante análise do direito dos Estados Unidos, que sempre poderá contribuir com soluções criativas para a inovação da *civil law*.

Por fim, no que toca especificamente ao direito à imagem, vale lembrar que o sistema jurídico dos Estados Unidos é bastante particular, uma vez que reconhece dois direitos distintos para a sua proteção, conforme o atentado diga respeito a um aspecto da vida privada ou à utilização comercial da imagem. Assim, tal solução apresenta o inconveniente da dificuldade de delimitação do conceito e das fronteiras entre o *privacy* e o *publicity*, o que, a nosso ver, não aconselha sua adoção no direito pátrio.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Reputamos ser sempre interessante o conhecimento de outros sistemas jurídicos, tanto que nos propusemos a estudar o *privacy*, no entanto, a mera transposição de institutos da *common law* para a seara dos direitos da personalidade, sem um aprofundado exame

<sup>83</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Civil: Teoria Geral*, v. 1, p. 60.

<sup>84</sup> SOMA, John T, *Privacy law*, p. 16.

da matéria, em especial no que toca à tutela da imagem, não parece apresentar grandes vantagens. Ao contrário, tal tentativa pode representar uma ameaça aos direitos da personalidade, cuja proteção já conta com legislação, doutrina e jurisprudência bastante sólidas nos países de tradição romano-germânica.

Portanto, consideramos ser sempre necessária muita cautela ao se tentar uma aproximação do *privacy* aos direitos da personalidade, pelo que vemos, com certa restrição, a conduta daqueles estudiosos, entusiastas do Direito dos Estados Unidos, que procuram, sem maiores cuidados, a transposição para o direito continental de institutos da *common law*.

## REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 1.

BLOUSTEIN, Edward J. Privacy as an aspect of human dignity: an answer to dean Prosser. *New York University Law Review*, v. 39, p. 962-1007, 1964.

COOLEY, Thomas McIntyre. *A treatise on the law of torts*. Chicago: Callaghan, 1880.

DIONISOPOULOS, Allan; DUCAT, Craig R. *The Right to Privacy: Essays and Cases*. St. Paul: West, 1976.

FESTAS, David de Oliveira. *Do conteúdo patrimonial do direito à imagem: contributo para um estudo do seu aproveitamento consentido inter vivos*. Coimbra: Coimbra, 2009.

FREEDMAN, Warren. *The Right of Privacy in the Computer Age*. Nova Iorque: Quorum, 1987.

GÖTTING, Horst-Peter. *Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1995.

HAND, Augustus N. Schuyler against Curtis and the Right to Privacy. *The American Law Register and Review*, Philadelphia, vol. 45, n. 12, p. 745-759, dez. 1897.

KAMLAH, Ruprecht. *Right of privacy*. Köln: Carl Heymanns, 1969.

LÉVY, Vanessa. *Le droit à l'image: définition, protection, exploitation*. Zürich: Schulthess, 2002.

MCWHIRTER, Darien Auburn; BIBLE, Jon D. *Privacy as a constitutional right: sex, drugs, and the right to life*. New York: Quorum Books, 1992.

O'BRIEN, David M. *Privacy, law, and public policy*. New York: Praeger, 1979.

PLACZEK, Thomas. *Allgemeines Persönlichkeitsrecht und privatrechtlicher Informations- und Datenschutz*. Hamburg: LIT, 2006.

PROSSER, William Lloyd. *Handbook of the law of torts*. 4 ed. St. Paul: West, 1971.

RIGAUX, François. *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*. Bruxelles: Bruylant, 1990.

ROUVINEZ, Julien. *La licence des droits de la personnalité*. Zürich: Schulthess, 2011.

SOLOVE, Daniel J.; ROTENBERG, Marc; SCHWARTZ, Paul M. *Privacy, information, and technology*. New York: Aspen, 2006.

SOMA, John T. *Privacy law*. St. Paul: Thomson/West, 2008.

WAGNER, Wienczyslaw J. Le "droit à l'intimité" aux Etats-Unis. *Revue Internationale de Droit Comparé*, v. 17, n. 2, p. 365-376, abr.-jun. 1965.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The Right to Privacy. *Harvard Law Review*, v. 4, n. 5, p. 193-220, dez. 1890.



# A NOVA APOSENTADORIA PARA AS PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA

---

**Gilson Nunes Pita Filho**

Especialista em Direito Público.  
Chefe de Assessoria da Vice-Presidência do TRF da Primeira Região.

---

## RESUMO

O presente artigo trata do novo benefício previdenciário destinado às pessoas portadoras de deficiência, instituído pela Lei Complementar n. 142/2013. O estudo aborda os requisitos e restrições para o deferimento das novas prestações, além de analisar as suas principais características.

**Palavras-chave:** Benefício aos portadores de deficiência - Conceito de deficiência - Aposentadoria - Similaridades e distinções - Contagem recíproca - Legislação previdenciária geral - Facultatividade - Não cumulatividade - Marco inicial.

## ABSTRACT

This article analyzes the new social security benefit established by the Complementary Law 142/2013 in favor of persons with disabilities. The study investigates the requirements and disqualifications for obtaining the benefit, in addition to its main features.

**Keywords:** Benefit pension for persons with disabilities - The concept of disability - Retirement - Similarities and differences - Reciprocity in counting - Social security general legislation - optionality - Non cumulative - Implementation.

## 1 O CONCEITO DE DEFICIÊNCIA

Com a edição da Lei Complementar n. 142/2013, o legislador infraconstitucional deu efetividade à regra presente no art. 201, §1º, da CF/88 – com a redação dada pela EC n. 47/2005 –, assegurando a concessão do benefício de aposentadoria para o segurado do Regime Geral de Previdência Social que seja portador de deficiência.

Antes de quaisquer outras considerações relativas à natureza, alcance e efeitos da prestação em comento, é necessária a compreensão conceitual-normativa do que se designa como “deficiência”, tendo em vista serem os seus portadores os destinatários da prefalada norma complementar.

A explicitação desse conceito está expressamente registrada no art. 2º da própria LC n. 142/2013, cuja dicção indica serem considerados como deficiência, para os fins legais ali propostos, *“os impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir”* a participação plena e efetiva do portador *“na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”*.

Tal compreensão, é importante registrar, foi emprestada da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência,<sup>1</sup> realizada em Nova York no ano de 2007, e que foi incorporada ao nosso ordenamento pelo Decreto Legislativo n. 186/2008 e pelo Decreto n. 6.949/2008.

Segundo essa concepção, a deficiência asseguradora da aposentadoria a ela vinculada se traduz em um óbice de caráter duradouro que, aliado a outras circunstâncias, tem o condão de dificultar a participação plena de seus portadores nas diversas esferas da

---

<sup>1</sup> Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência

Artigo 1

(...)

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.



vida social e laboral, notadamente quando em cotejo com aqueles que não são dela acometidos. Tal inteligência, como visto, tem como primazia a verificação da existência de um elemento limitativo e, ainda, da dificuldade de inserção social que dessa limitação seja decorrente.

## 2 OS BENEFÍCIOS CRIADOS PELA LC N. 142/2013. APOSENTADORIAS POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO E POR IDADE

A leitura do art. 3<sup>o</sup> da norma em exame enseja a compreensão de que o legislador complementar elegeu a intensidade da deficiência que acomete o segurado como critério principal para a calibragem das aposentadorias ali instituídas, aplicando-se uma razão inversamente proporcional entre a sua gravidade e o tempo de contribuição necessário para o deferimento da prestação.

Assim, para os portadores de deficiência grave, homens e mulheres, exigem-se, respectivamente, 25 e 20 anos de tempo contributivo; se moderada a deficiência, serão necessários 29 e 24 anos de labor; e sendo ela leve, 33 e 28 anos.

Além desse critério, pautado pela análise concomitante das condições individuais do segurado e de seu tempo contributivo, também foi instituído um benefício de natureza etária, mais van-

---

<sup>2</sup> Lei Complementar n. 142/2013.

Art. 3<sup>o</sup> É assegurada a concessão de aposentadoria pelo RGPS ao segurado com deficiência, observadas as seguintes condições:

I - aos 25 (vinte e cinco) anos de tempo de contribuição, se homem, e 20 (vinte) anos, se mulher, no caso de segurado com deficiência grave;

II - aos 29 (vinte e nove) anos de tempo de contribuição, se homem, e 24 (vinte e quatro) anos, se mulher, no caso de segurado com deficiência moderada;

III - aos 33 (trinta e três) anos de tempo de contribuição, se homem, e 28 (vinte e oito) anos, se mulher, no caso de segurado com deficiência leve; ou

IV - aos 60 (sessenta) anos de idade, se homem, e 55 (cinquenta e cinco) anos de idade, se mulher, independentemente do grau de deficiência, desde que cumprido tempo mínimo de contribuição de 15 (quinze) anos e comprovada a existência de deficiência durante igual período.

Parágrafo único. Regulamento do Poder Executivo definirá as deficiências grave, moderada e leve para os fins desta Lei Complementar.

tajoso que aquele disciplinado pela regra geral do art. 48 da Lei n. 8.213/91, de sorte que os segurados e seguradas, tocados pela Lei Complementar n 142/2013, poderão se aposentar ao alcançarem, respectivamente, 60 e 55 anos de idade, desde que ambos, independentemente do grau da deficiência, possuam pelo menos 15 anos de contribuição, **comprovando-se a deficiência por igual período.**

### 3 A AFERIÇÃO DA DEFICIÊNCIA

Duas questões que trarão importante repercussão no cotidiano da aplicação da novel legislação são aquelas presentes nos arts. 5º e 6º da LC n. 142/2013, tendo em vista que a comprovação da deficiência certamente será objeto de controvérsias, ensejando assim uma inevitável judicialização do tema. De fato, a aferição da existência da deficiência e de seu grau de incidência será feita por peritos do INSS (Cf. art. 70-D, do Dec. 3.048/99, introduzido pelo Dec. 8.145/2013) e considerando-se serem estes os mesmos especialistas que analisam os pleitos de benefício por incapacidade com um rigor, não raro, excessivo, a insatisfação com o resultado de seus pareceres certamente desaguará no Poder Judiciário.

Da mesma forma, a contagem de tempo de contribuição, na condição de segurado com deficiência, será objeto de constantes controvérsias, diante do fato de que, em inúmeros casos, o impedimento ou limitação não serão congênitos, com muitas situações em que a delimitação temporal de seu início, progressão ou regressão, não será tarefa das mais fáceis. A propósito, a fim de se evitarem as previsíveis tentativas de fraude contra o sistema previdenciário, o legislador cuidou de repetir a exigência presente no art. 55, § 3º, da Lei n. 8.213/91, estabelecendo que *“a comprovação de tempo de contribuição na condição de segurado com deficiência em período anterior à entrada em vigor desta Lei Complementar não será admitida por meio de prova exclusivamente testemunhal”* (art. 6º, § 2º, da LC n. 142/2013 e art. 70-D, § 1º, do Dec. 3048/99).

Vale registrar que muito embora o dispositivo acima transcrito não contenha a mitigação trazida no reportado art. 55, §3º, nas hipóteses de caso fortuito ou força maior, ela certamente será levada em conta na avaliação de cada caso concreto, até porque, não tendo a própria Administração o bom senso de assim proceder, o Poder Judiciário indubitavelmente corrigirá eventual erronia que pontualmente se verifique.

#### 4 SIMILARIDADES E DISTINÇÕES DAS PRESTAÇÕES EM RELAÇÃO A OUTROS BENEFÍCIOS

Da moldura formatada para os benefícios assegurados aos portadores de deficiência, verifica-se que eles possuem uma natureza híbrida, ostentando, além de suas próprias peculiaridades, algumas características da aposentadoria especial tratada no art. 57 da Lei de Benefícios, bem assim da aposentadoria por idade disciplinada no art. 48 do mesmo regramento.

Tal qual a aposentadoria especial, a prestação instituída com base no critério presente no art. 3º, I ao III, da LC n. 142/2013, demanda um tempo de contribuição inferior ao que é exigido para o segurado que não é portador de deficiência. Todavia, enquanto o segurado que trabalhou em atividades especiais pode se aposentar após 15, 20 ou 25 anos de labor dessa natureza, independentemente de seu sexo (e de acordo com o grau de risco ou prejuízo para a sua saúde ou integridade física), os portadores de deficiência terão direito aos seus benefícios após o transcurso dos prazos indicados na norma em seu favor editada.

Observando-se a mesma diretriz, o segurado que se tornar portador de deficiência após seu ingresso no RGPS, ou que venha a ter alterada a sua condição, verá ajustados os parâmetros mencionados no art. 3º, considerando-se a proporcionalidade do período em que trabalhou com e sem deficiência, e/ou com diferentes graus desta. Essa regra, diga-se de passagem, é a mesma que, *mutatis*

*mutandis*, autoriza a conversão do tempo de serviço especial em tempo comum,<sup>3</sup> para o segurado que ao longo de sua vida laboral tenha exercido atividades de ambas as naturezas.

Consigne-se, como ressalva, que apesar da similitude apontada entre tais benefícios, os seus fatores de conversão não serão iguais porque, como visto acima, ambas as prestações demandam tempos de contribuição distintos. Com efeito, enquanto na conversão do tempo de serviço especial em tempo comum usam-se os coeficientes 1.4, 1.75 e 2.33, de acordo com a atividade desenvolvida pelo segurado, a espécie aqui tratada prevê critérios de conversão que projetam vários fatores a eles atrelados, conforme se depreende da inteligência do art. 7º da LC n. 142/2013.<sup>4</sup> Esses fatores estão devidamente indicados na tabela presente no art. 70-E, do Decreto 3.048/99 (introduzido pelo Dec. 8.145/2013).

Um ponto importante ainda a ser registrado diz respeito ao critério que deve ser utilizado na apuração do tempo mínimo de contribuição do segurado portador de deficiência, na hipótese em que ele a tenha adquirido depois de ingressar no RGPS, ou nesse mesmo momento tenha sentido alterar o seu grau de impedimento. Nessa situação, o Decreto n. 8.145/2013 trouxe a previsão de que seria aplicado o critério do **grau de deficiência preponderante** (art. 70-E), assim considerado aquele em que o segurado cumpriu maior tempo de contribuição, antes da conversão levada a efeito.

Exemplificando, se o segurado homem trabalhou durante cinco anos sem deficiência, dez anos acometido de deficiência leve, e dezesseis anos com limitação moderada, o seu tempo de contribuição

---

<sup>3</sup> E de tempo comum em especial, para o labor desempenhado até a entrada em vigor da Lei n. 9.032/95.

<sup>4</sup> Art. 7º. Se o segurado, após a filiação ao RGPS, tornar-se pessoa com deficiência, ou tiver seu grau de deficiência alterado, os parâmetros mencionados no art. 3º serão proporcionalmente ajustados, considerando-se o número de anos em que o segurado exerceu atividade laboral sem deficiência e com deficiência, observado o grau de deficiência correspondente, nos termos do regulamento a que se refere o parágrafo único do art. 3º desta Lei Complementar.

mínimo será o de vinte e nove anos,<sup>5</sup> já convertidos, porque nesse caso hipotético a deficiência preponderante terá sido a de grau moderado.

Em tais hipóteses, os parâmetros temporais originais da norma serão alterados, tendo o segurado de prestar tempo **efetivo** de labor diferente do que nela expressamente previsto.<sup>6</sup> É ainda pertinente observar que, assim como a aposentadoria especial, a prestação deferida aos portadores de deficiência não admite a sua concessão na forma proporcional, daí porque o seu deferimento nas modalidades elencadas nos três primeiros incisos do art. 3º desafia o preenchimento **total** dos períodos de contribuição correlatos, sem prejuízo da possibilidade dos já aludidos ajustes de que trata o art. 7º.

Além dessas específicas singularidades, há também importantes diferenças entre as prestações em cotejo.

A primeira delas é a de que, contrariamente à aposentadoria especial, a aposentadoria em favor dos portadores de deficiência pode ser alcançada pelo fator previdenciário, desde que para estes seja benfazeja a sua incidência. É o que se deduz do disposto no art. 9º, I, da Lei Complementar n. 142/2013, que consigna a aplicação da metodologia, se dela “resultar em renda mensal de valor mais elevado”. Assim, os segurados portadores de deficiência que se aposentarem com idade mais avançada e que tiverem laborado por maior período poderão obter benefício mais vantajoso.

Esta ressalva legal tem justificada razão de ser.

Com efeito, sendo o tempo de contribuição do segurado e a sua idade, na data da aposentadoria, componentes da fórmula do fator previdenciário, a incidência indiscriminada dessa regra atuarial para todas as prestações da LC n. 142/2013 causaria prejuízo financeiro a boa parte de seus destinatários, já que, reduzido o tempo

---

<sup>5</sup> Art. 3º, II, da LC n. 142/2013.

<sup>6</sup> No exemplo, por força da conversão de tempo de serviço levada a efeito, o hipotético segurado terá de trabalhar por cerca de 31 anos para obter a aposentadoria referente à deficiência com grau moderado, para a qual o tempo de contribuição é o de 29 anos.

de contribuição e, por consequente, a idade do segurado quando de seu jubramento, o valor inicial de sua aposentadoria seria significativamente reduzido. Assim, o portador de deficiência teria obtido não mais que uma vitória de Pirro com a legislação criada em seu favor, porque malgrado pudesse ter antecipado direito à obtenção da aposentadoria, a veria calculada com valores inferiores (muito inferiores, dependendo do caso concreto) aos dos benefícios garantidos para os demais segurados do RGPS.

Por outro lado, a aplicação do fator previdenciário, apenas quando ele se mostrar mais vantajoso, estende, aos portadores de deficiência, um direito que já é assegurado aos demais segurados, ao tempo em que incentiva a postergação da aposentadoria, já que quanto mais tarde ela for requerida, maior será o seu valor.

Outra importante distinção entre ambas as prestações, agora relativa à forma de seu financiamento, reside no fato de que a aposentadoria especial é expressamente custeada pelos acréscimos contributivos sobre a exação tipificada no art. 22, II, da Lei n. 8.212/91, com o considerável aumento das alíquotas ali previstas, conforme estabelecido no art. 57, § 6º, da Lei de Benefícios.<sup>7</sup>

Já a LC n. 142/2013 não indica a fonte de custeio para as aposentadorias nela tratadas, o que em princípio poderia sugerir a sua incompatibilidade vertical com o art. 195, § 5º, do Livro Regra.

Tal cogitação, todavia, não se sustenta.

É que a exigência de indicação prévia da fonte de financiamento para benefício previdenciário, que venha a ser criado ou majorado, substancia uma imposição direcionada ao legislador ordinário, não se aplicando, por essa razão, aos benefícios previstos pela própria Constituição Federal. Como a aposentadoria em favor dos portadores de deficiência foi estabelecida por norma constitucional de segundo grau (já que resultante da modificação introduzida pela Emenda Constitucional n. 47/2005 no art. 201, § 1º, da CF/88), não

---

<sup>7</sup> Acrescidas de doze, nove ou seis pontos percentuais, conforme a atividade exercida pelo segurado a serviço da empresa permita a concessão de aposentadoria especial após quinze, vinte ou vinte e cinco anos de contribuição, respectivamente.

há que se falar em violação ao texto constitucional. Por essa mesma razão é que nem mesmo de antinomia jurídica superveniente se pode cogitar. Repetindo, a impossibilidade de criação ou majoração de benefícios sem fonte de custeio previamente indicada restringe a atuação do legislador infraconstitucional, mas não a do próprio constituinte (mesmo do derivado).

Também entre a aposentadoria por idade aqui tratada e a aposentadoria comum dessa mesma feição existem semelhanças e distinções.

Antes de mais nada, de logo se vê que as duas prestações são direcionadas a segurados que alcancem determinado limite etário – observando-se o redutor de cinco anos para os portadores de deficiência –, possuindo, ambas, a exigência de 15 anos de contribuição como prazo de carência.

Como a anterior, a nova aposentadoria etária se submete ao fator previdenciário, e tem sua renda mensal inicial calculada em 70% do salário de benefício, acrescendo-se 1% para cada grupo de 12 contribuições, alcançando-se, no máximo, 100% da sobredita base de cálculo.

Mas, como já destacado anteriormente, a concessão da aposentadoria por idade, voltada ao segurado portador de deficiência, exige que o período mínimo de carência seja cumprido com o acometimento da limitação, não sendo assim possível somar-se o período anterior à deficiência com aquele a ela ulterior para, com o resultado, obter-se o prazo em comento. Nem mesmo de conversão de tempo tido como comum em tempo diferenciado, tal qual ocorre com a aposentadoria por tempo de contribuição para o portador de deficiência, poderá se cogitar, *ex vi*, do que dispõem os arts. 3º, IV, da LC n. 142/2013 e 70-C, § 1º do Decreto 3.048/99.

Em compensação, o tempo de serviço exercido em condições especiais pelo segurado portador de deficiência poderá ser objeto de conversão também para efeito de cálculo do valor da renda mensal inicial da prestação etária. Essa vantagem, pondere-se, é restrita ao cálculo do valor da prestação, que eventualmente será aumentado

caso o segurado tenha trabalhado em condições especiais por tempo suficiente para aumentar o coeficiente de cálculo, **não podendo ser utilizada para fins de carência.**

Ao fim, a aplicação das demais normas relativas ao RGPS, determinada no art. 9º, IV, da LC n. 142/2013, indica a compulsoriedade da aposentadoria etária para os portadores de deficiência, na hipótese em que ela for requerida pela própria empresa empregadora, caso os segurados do sexo masculino e feminino completem, respectivamente, 70 e 65 anos de idade, devendo ser cumprido, para tanto, o período de carência da prestação (cf. art. 51 da Lei n. 8.213/91).

## 5 A POSSIBILIDADE DE CONTAGEM RECÍPROCA DE TEMPO DE SERVIÇO; A APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA GERAL; E A FACULTATIVIDADE DA PRESTAÇÃO

Encerradas as comparações, vale agora registrar a previsão legal para a possibilidade de contagem recíproca do tempo de contribuição do segurado com deficiência referente ao RGPS, aos regimes próprios de previdência dos servidores civis e militares, com a necessária compensação financeira entre eles (art. 9º, II, da LC n. 142/2013).

A possibilidade de contagem recíproca deve observar a proibição constante do art. 125, § 1º, II, do Decreto 3.048/99, segundo a qual não será possível a conversão, em comum, do tempo cumprido pelo segurado portador de deficiência. Com efeito, essa restrição guarda evidente correlação com aquela inserta no art. 96, I, da Lei de Benefícios, impeditiva da utilização de condições especiais que de alguma forma viessem a comprometer a necessária compensação financeira entre os regimes.

Noutra toada, uma nova menção ao art. 9º, IV, da LC n. 142/2013 se faz importante, em razão da possibilidade de extensão, em favor dos portadores de deficiência, das garantias previstas no art. 102, §1º da Lei n. 8.213/91 e art. 3º, *caput* e §1º, da Lei



n. 10.666/2003, seguradoras do direito ao deferimento das prestações ali mencionadas, mesmo na hipótese de perda da qualidade de segurado, exigindo-se apenas e tão só o cumprimento da carência respectiva.

Ainda, as disposições gerais previstas na Lei n. 8.213/91 relativas à prescrição e decadência (art. 103 e 103-A), pagamento de valores devidos em vida ao segurado (art. 112), cálculo da prestação mais vantajosa (art. 121), vedação à cumulação de benefícios (art. 124), dentre outras, também são aplicadas aos segurados portadores de deficiência que optem pelas prestações disciplinadas na LC n. 142/2013.

Em oposição, a tabela de transição presente no art. 142 da Lei de Benefícios e no art. 182 do Decreto 3.048/99 não será aplicada para fins de concessão das aposentadorias criadas em favor dos segurados portadores de deficiência, conforme vedação constante do parágrafo único deste último dispositivo.

De outro eito, sendo instituídas com finalidade protetiva e socialmente inclusiva em favor dos portadores de deficiência, as novas prestações obviamente não lhes podem impingir nenhum tipo de prejuízo, daí não possuírem um caráter obrigatório que, nessa condição, impeça o beneficiário de optar por outras que se lhe apresentem mais vantajosas (art. 9º, V, da LC n. 142/2013). Aplica-se, com essa garantia, a premissa de que o segurado tem direito à concessão do benefício que se lhe mostrar mais vantajoso.

## 6 A NÃO CUMULATIVIDADE DAS VANTAGENS PARA A OBTENÇÃO DO BENEFÍCIO

Consoante o disposto no art. 10 da LC n 142/2013, as vantagens temporais nela instituídas não podem ser cumuladas, **em relação ao mesmo período contributivo**, com a similar redução que é assegurada aos trabalhadores que se submetem a atividades perigosas e/ou insalubres.

É saber, não há a possibilidade de o trabalhador, portador de deficiência que exerça atividade especial, ter duas reduções

**sobrepostas** do período de carência para a obtenção de sua aposentadoria. Ou seja, ou ele fará direito à aposentadoria especial, ou à que tratada pela LC n. 142/2013.

Veja-se, por importante, que a proibição em comento é restrita à redução **cumulativa** de tempo de contribuição (reduzindo-se em duplicidade a carência) do segurado portador de deficiência. Por outro lado, apesar de o texto legal ser silente quanto à possibilidade da conversão do tempo de serviço especial de quem não estivesse acometido do impedimento – e que passou a ostentar tal condição – diretamente para os tempos de serviço diferenciados da própria LC n. 142/2013, eventual dúvida quanto a essa possibilidade veio a ser dissipada pela redação do § 1º do art. 70-F, do Decreto n. 3.048/99 (introduzido pelo Decreto 8.145/2013), segundo o qual: *“É garantida a conversão do tempo de contribuição cumprido em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física do segurado, **inclusive** da pessoa com deficiência, para fins da aposentadoria de que trata o art. 70-B...”* (destaquei).

O realce à inclusão do tempo de contribuição em condições especiais da pessoa com deficiência evidencia que tanto o desta, quanto o do segurado que de limitação não fosse acometido, pode ser objeto de conversão para fins de deferimento da aposentadoria por tempo de contribuição, tratada na norma sob enfoque.

Em suma, os ajustes de proporcionalidade relativos ao período anterior à aquisição da incapacidade devem levar em conta, também, a natureza da atividade que era prestada pelo segurado, até porque, em relação a eles, não haverá a duplicidade expressamente vedada.

## 7 DA VEDAÇÃO À CONVERSÃO DE TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA PARA FINS DE DEFERIMENTO DE APOSENTADORIA ESPECIAL

O art. 70-F, § 2º, do Decreto n. 3.048/99 veiculou a proibição de conversão do tempo de contribuição da pessoa com deficiência

com o escopo de concessão da aposentadoria especial. A bem da verdade, essa restrição não substancia inovação normativa, restringindo-se a confirmar a alteração levada a efeito pela Lei n. 9.032/95 nos §§ 3º e 5º do art. 57 da Lei n. 8.213/91, a partir de quando ficou vedada a possibilidade da conversão de tempo de serviço comum em especial (quando ambos fossem exercidos alternadamente pelo segurado), para fins de deferimento desta última prestação.

Mantém-se, assim, a diretriz de que apenas o tempo de serviço exercido em condições especiais pode ser objeto de conversão para o efeito de concessão de qualquer outro benefício.

## 8 DO MARCO INICIAL PARA O DEFERIMENTO DAS NOVAS PRESTAÇÕES

O art. 11 da LC n. 142/2013 prevê a entrada em vigor dessa mesma norma após decorridos seis meses de sua publicação, ocorrida em 09 de maio de 2013. Assim, a partir de 9 de novembro de 2013, o segurado portador de deficiência já poderia, em princípio, fazer jus à prestação compatível com seu grau de impedimento.

Todavia, apenas em 3 de dezembro desse mesmo ano veio a lume o Decreto 8.145. Ou seja, essa regulamentação só foi editada depois de já escoado o prazo previsto para a produção dos efeitos da norma complementar. Estabeleceu-se, no referido Decreto, que a partir de sua imediata entrada em vigor, o segurado poderia agendar a perícia necessária à concessão da aposentadoria, esta que, se deferida, retroagiria à data em que solicitado o agendamento.

Ocorre que, apesar de diminuta, a lacuna temporal entre a data prevista para a produção dos efeitos da LC n. 142/2013 e a edição do decreto que a regulamentou pode ter produzido um prejuízo concreto e palpável para aqueles segurados que desde o marco estabelecido pela norma de calibre superior já poderiam requerer a sua prestação.

Assim, na hipótese de provocação de quem se sinta prejudicado, caberá ao Poder Judiciário decidir se os efeitos concretos da LC

n. 142/2013 serão produzidos já a partir da data nela própria prevista, ou somente a partir de 03 dezembro de 2013, como estipulado na norma infralegal regulamentar.

**Nota do editorial:** No *DOU* de 07.07.2015 foi publicada a Lei 13.146/2015 - Estatuto da Pessoa com Deficiência, com 180 dias de *vacatio legis*, contados a partir da data de publicação

# A LEI N. 8.213/91 E A PENSÃO POR MORTE PRESUMIDA

---

**Jerônimo Belinati Martins**

Juiz Federal na 3ª Vara Federal de Presidente Prudente. Especialista em Interesses Difusos e Coletivos pela Escola Superior do Ministério de Público do Estado de São Paulo. Mestre e Doutorando em Direito pela ITE/Bauru. Professor de Direito Internacional Público e Direito Previdenciário na ITE/Presidente Prudente. *Email: flademirjeronimo@unitoledo.br*

---

## RESUMO

O presente artigo realizou estudo sobre a pensão por morte presumida, prevista nos arts. 74 a 78 da Lei n. 8213/91. A fim de se delimitar e se diferenciar a declaração de morte presumida para fins previdenciários, da ausência para fins civis, na qual também se presume a morte, realizou-se algumas considerações sobre as nuances do instituto da ausência previsto no Código Civil (Lei n. 10.406/02). Ocorre que a lei previdenciária, embora se baseie em conceitos oriundos da lei civil, dá a estes conceitos civis contornos próprios, razão pela qual buscou-se demonstrar que a Lei n. 8.213/91, na verdade, trata de duas hipóteses de pensão por morte presumida. A primeira hipótese vem disciplinada no caput do art. 78 da Lei

## ABSTRACT

This article conducted a study on the pension by presumed death, provided for in articles 74 to 78 of the Brazilian Federal Law n. 8.213/91. In order to define and differentiate the declaration of presumed death for social security purposes from the one related to the absence for civilian purposes, in which the presumption of death also appears, some considerations about the nuances of the institute of absence provided for in the Civil Code (Law n. 10.406/02) have been made. It occurs that the social security law, although based on concepts of the civil law, gives these latter own contours; this is the reason why this article seeks to demonstrate that the Law n. 8.213/91 actually deals with two hypothesis of

n. 8.213/91 e refere-se à situação de quem desaparece de seu domicílio, sem deixar notícia, representante ou procurador, situação esta que também caracteriza o instituto da ausência previsto no Código Civil (arts 22 a 39 do CC). A segunda vem disciplinada no 1º do art. 78 da Lei n. 8.213/91 e diz respeito ao desaparecimento em virtude de acidente, desastre ou catástrofe.

**Palavras-chave:** Seguridade Social — Lei n. 8.213/91 — Pensão — Morte Presumida.

presumed death pension. The first has been disciplined in the head provision of article 78 and refers to the situation of the person who disappears from his domicile, with neither further news, nor representative or solicitor, which also characterizes the institute of absence provided for in the Civil Code (articles 22 to 39). The second comes disciplined in § 1 of article 78 and is related to the disappearance as a result of an accident, disaster or catastrophe.

**Keywords:** Social Security — Law n. 8.213/91 — Pension — Presumed Death.

## INTRODUÇÃO

A Pensão por Morte, no âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), se encontra atualmente prevista nos arts. 74 a 79 da Lei 8.213/91 (Plano de Benefícios da Previdência Social - PBPS).

Trata-se de

[...] benefício previdenciário devido ao conjunto dos dependentes do segurado falecido – a chamada família previdenciária – no exercício de sua atividade ou não (neste caso, desde que mantida a qualidade do segurado), ou, ainda, quando ele já se encontrava em percepção de aposentadoria. O benefício é uma prestação previdenciária continuada, de caráter substitutivo, destinado a suprir, ou pelo menos a minimizar, a falta daqueles que proviam as necessidades econômicas dos dependentes.<sup>1</sup>

A Lei n. 8.213/91 veio atender o comando do art. 201, V, da Constituição Federal, que determina expressamente que:

*A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios*

---

<sup>1</sup> DA ROCHA, Daniel Machado & BALTAZAR JUNIOR, José Paulo, *Comentários à lei de benefícios da previdência social*, p. 299-300.

*que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:*

*[...]*

*V – pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no §2.<sup>o</sup>*

A remissão ao §2<sup>o</sup> estabelece que nenhum benefício previdenciário que substitua o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado, inclusive a pensão por morte, poderá ter valor mensal inferior ao salário-mínimo.

Questão pouco debatida na doutrina, embora enfrentada com certa regularidade no dia a dia da jurisdição previdenciária, diz respeito à concessão de pensão por morte presumida.

Muitas vezes, em função da burocracia do órgão previdenciário (INSS) e do desconhecimento das nuances deste instituto (pensão por morte presumida), os dependentes do segurado acabam amargando longos meses (e até mesmo anos) até a concessão administrativa ou judicial do benefício.

Este artigo se propõe, em poucas linhas, a partir de uma visão prática, a contribuir para a discussão e debate do tema.

Contudo, antes de analisarmos o instituto e sua configuração na Lei n. 8.213/91, convém se realizar algumas considerações sobre as nuances do instituto da ausência previsto no Código Civil (Lei n. 10.406/2002), a fim de se delimitar e se diferenciar a declaração de morte presumida para fins previdenciários, da ausência para fins civis, na qual também se presume a morte.

## 1 OS INSTITUTOS DA “AUSÊNCIA” E “MORTE PRESUMIDA” NO CÓDIGO CIVIL

Embora o atual Código Civil não trabalhe expressamente com a noção de morte presumida, referido diploma legal estabelece

---

<sup>2</sup> Redação de acordo com a EC n<sup>o</sup> 20/98.

normas sobre a ausência (art. 22 a 39). A ausência é instituto tradicional do direito civil, destinado, primordialmente, a tutelar o patrimônio do ausente, em benefício próprio e de seus sucessores.

Segundo Fábio Ulhoa Coelho, quando uma pessoa desaparece, o direito se preocupa, inicialmente, mais com os interesses dela do que de terceiros. Todavia, caso continue desaparecida, em atenção aos direitos de terceiros, a lei autoriza a presunção de morte de morte do desaparecido, para que se proceda à solução das pendências obrigacionais e à transmissão de seus bens a sucessores.<sup>3</sup>

Nos termos da lei, o desaparecimento de uma pessoa desencadeia, em geral, três etapas sucessivas: curadoria dos bens do ausente, sucessão provisória e sucessão definitiva. Para que se considere desaparecida uma pessoa não basta seu afastamento, ainda que prolongado, do lugar em que reside. É necessário que se tenha perdido totalmente as notícias sobre ela. No âmbito civil, além do desaparecimento, a declaração de ausência exige também que o desaparecido não tenha deixado representante ou procurador. Não exige a lei a procura do desaparecido e nem prazo mínimo para a caracterização do desaparecimento.<sup>4</sup>

Pois bem. Convencido o juiz de que alguém se encontra ausente poderá, então, declarar sua ausência, cuja primeira consequência será a arrecadação de seus bens e a nomeação de um curador. Transcorrido um ano da arrecadação, os interessados legais podem requerer ao juiz a abertura da sucessão que inicialmente terá caráter provisório. Se a pessoa desaparecida deixou representante também pode ser requerida a abertura da sucessão provisória após três anos, ocasião em que o juiz também declarará a ausência do desaparecido.

O próximo passo será a abertura da sucessão definitiva, que se dará após dez anos da abertura da sucessão provisória. Se o desaparecido tiver mais de 80 (oitenta) anos e há pelo menos cinco não se tiver notícia dele, poderá ser aberta a sucessão definitiva

---

<sup>3</sup> *Curso de direito civil*, p. 219.

<sup>4</sup> *Op. Cit.*, p. 220.



independentemente de prévia abertura da sucessão provisória. A abertura da sucessão definitiva importa em presunção de morte do ausente ou desaparecido.<sup>5</sup>

Maria Helena Diniz sublinha que para a abertura da ação declaratória de ausência não há necessidade de que o desaparecido tenha bens, bastando apenas que haja interesse pecuniário na declaração de ausência. A autora lembra que em caso de ausência não há propriamente incapacidade por ausência,

[...] mas tão somente a necessidade de proteger o desaparecido com relação a sua impossibilidade material de cuidar de seus bens e interesses e à impraticabilidade jurídica de se conciliar o abandono domiciliar com a conservação dos direitos".<sup>6</sup>

Verifica-se, portanto, que o Código Civil não trata em nenhum momento da pensão por morte presumida daquele que se encontra desaparecido e tampouco esclarece eventuais efeitos que a declaração de ausência no juízo civil possa ter em relação à concessão ou não do benefício previdenciário. Tal observação é importante para que a seguir se possa delinear os contornos da pensão por morte presumida prevista na Lei n. 8.213/91.

Ocorre que a declaração judicial de ausência para fins previdenciários (art. 78 da Lei n. 8.213/91) não produz os mesmos efeitos jurídicos que a declaração de ausência do Código Civil. Embora sejam institutos similares, as declarações de ausência para fins civis e previdenciários não se confundem, justamente em razão das diferentes consequências jurídicas que produzem.

Enquanto a declaração de ausência para fins civis busca primordialmente tutelar os bens do ausente, a declaração judicial de ausência, para fins previdenciárias, estabelece presunção relativa da morte do segurado, mas volta-se à concessão de pensão por

---

<sup>5</sup> *Op. Cit.*, p. 221/226.

<sup>6</sup> *Código Civil anotado*, p. 43.

morte, em duas diferentes hipóteses que serão vistas a seguir; uma das quais (art. 78, *caput*, da Lei n. 8.213/91) coincide exatamente com o conceito de ausência do art. 22 do CC.

Importante notar que parte da doutrina diferencia, com acerto, a ausência da morte presumida. De fato, a ausência não se confunde com a morte presumida, pois na ausência não há certeza da morte do segurado, ou seja, na ausência a pessoa desaparece sem que se saiba se está viva ou morta. Já na situação de morte presumida, dada a situação especialíssima do desaparecimento, há certeza da morte, ainda que não tenha sido encontrado o cadáver.<sup>7</sup>

É por esta razão que no procedimento de declaração de ausência para fins civis a presunção de morte do ausente só se estabelece com a abertura da sucessão definitiva. Assim, o ausente é considerado vivo pelo prazo de 10 anos depois do trânsito em julgado da sentença que concede a abertura da sucessão provisória.

Lembre-se que o Código Civil admite a declaração de morte presumida sem prévia decretação de ausência do desaparecido, quando as circunstâncias do desaparecimento gerem uma certeza relativa da morte (art. 7º do CC).<sup>8</sup> A sentença declaratória de morte presumida, tal qual a sentença declaratória de ausência, deve ser registrada no Registro Civil das Pessoas Naturais (art. 9º, inciso IV, do CC), para que gere efeitos *erga omnes*.

Maria Helena Diniz lembra que a declaração judicial de morte presumida, sem decretação de ausência, só é admitida pelo Código Civil em casos excepcionais, e apenas após esgotadas as buscas e averiguações, a fim de viabilizar o registro de óbito e resolver

---

<sup>7</sup> Luiz Guilherme Loureiro, *Registros Públicos*, p. 87-88.

<sup>8</sup> Art. 7º Pode ser declarada a morte presumida, sem decretação da ausência:  
I - se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida;  
II - se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até dois anos após o término da guerra.  
Parágrafo único. A declaração da morte presumida, nesses casos, somente poderá ser requerida depois de esgotadas as buscas e averiguações, devendo a sentença fixar a data provável do falecimento.

problemas jurídicos decorrentes do desaparecimento, inclusive os relacionados à sucessão *causa mortis*.<sup>9</sup>

Além disso, os juízes podem admitir justificação para assento de óbito de pessoas desaparecidas em naufrágios, inundações, incêndio, terremoto ou qualquer outra catástrofe, quando não for possível encontrar o cadáver (art. 88 da Lei de Registros Públicos – Lei nº 6.015/73).<sup>10</sup>

Na linha do que já foi dito, fica evidente que na concessão da pensão por morte presumida, eventual declaração de ausência tem caráter incidental, não sendo o objeto principal do pedido administrativo ou judicial, o qual se volta, como já se disse, para a concessão da pensão por morte.

Assim, tanto nas hipóteses em que o Juiz apenas reconhece a presunção de morte por conta de ausência (art 78, *caput*, da Lei n. 8.213/91), remetendo ao INSS a concessão do benefício, quanto nas hipóteses em que o Juiz concede a própria pensão por morte (art. 78, *caput* e §1º, da Lei n. 8.213/91), a declaração de ausência é incidental à concessão da pensão.

Embora o conceito de ausência a ser utilizado seja um só, os prazos para pleitear cada uma das declarações são distintos. Enquanto no Código Civil não há prazo definido, mas se exige a certeza do desaparecimento, na Lei n. 8.213/91, o prazo previsto para fins previdenciários é de no mínimo 6 meses de ausência, em caso de concessão da pensão por morte com base no art. 78, *caput*, da Lei n. 8.213/91.

Nada obsta, contudo, que se faça prova emprestada do pedido civil de ausência para comprovação do desaparecimento do segurado também para fins previdenciários, o que se verá oportunamente.

---

<sup>9</sup> Código Civil Anotado, p. 22.

<sup>10</sup> Luiz Guilherme Loureiro, *Registros Públicos*, p. 101-102.

## 2 A PENSÃO POR MORTE PRESUMIDA NA LEI N. 8.213/91

A Lei n. 8.213/91 disciplina a pensão por morte presumida nos seguintes termos:

*Art. 74 A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data: [...]*  
*III – da decisão judicial, no caso de morte presumida (inciso acrescentado pela Lei 9.528, de 10 de dezembro de 1997).<sup>11</sup>*

O artigo foi alterado para deixar claramente registrado o momento inicial a partir do qual a pensão por morte produz efeitos financeiros. A Lei n. 8.213/91 estabelece, ainda, em seu art. 78 que:

*Por morte presumida do segurado, declarada pela autoridade judicial competente, depois de 6 (seis) meses de ausência, será concedida pensão provisória na forma desta Subseção.*  
*§1º Mediante prova do desaparecimento do segurado em consequência de acidente, desastre ou catástrofe, seus dependentes farão jus à pensão provisória independentemente da declaração e do prazo deste artigo.*  
*§2º Verificado o reaparecimento do segurado, o pagamento da pensão cessará imediatamente, desobrigados os dependentes da reposição dos valores recebidos, salvo má-fé.*

Por sua vez, o Decreto 3.408/99 estabelece em seu art. 112 que poderá ser concedida pensão por morte presumida, em caráter provisório, mediante sentença declaratória de ausência, expedida por autoridade judiciária, a contar da data de sua emissão (art. 112, I, do Decreto 3.048/99); ou, em caso de desaparecimento do segurado por motivo de catástrofe, acidente ou desastre, a contar da data da ocorrência, mediante prova hábil (art. 112, II, do Decreto 3.048/99).<sup>12</sup>

<sup>11</sup> Redação anterior do artigo: “A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar data do óbito ou da decisão judicial, no caso de morte presumida”.

<sup>12</sup> O site do Ministério da Previdência e Assistência Social, <<http://www.previdencia.gov.br>>, acesso em 21 mar. 2013, informa que a pensão poderá ser concedida

A referência à morte presumida se justifica em razão da falta de certeza do óbito, ou por ainda não ter sido encontrado, ou por ainda não ter sido identificado o cadáver. Esta última hipótese (não identificação) se apresenta cada vez mais rara, em face dos avanços da medicina legal, especialmente com a modernização e barateamento das técnicas de identificação genética. Ocorre que tais técnicas ainda não estão disponíveis no âmbito do sistema de segurança pública de vários Estados da Federação. E mesmo naqueles onde há serviços de genética forense, o processo de identificação pode ser extremamente demorado, em razão tanto de dificuldades logísticas, quanto de dificuldades burocráticas.

Uma vez identificado o cadáver, com a expedição do atestado de óbito, a regra a ser aplicada é a regra geral da concessão de pensão por morte. Não sendo localizado ou estando em fase de identificação do cadáver, a concessão se baseará nas regras da pensão por morte presumida.

A doutrina costuma referir que há duas hipóteses de pensão por morte presumida.

Tecnicamente, apenas na hipótese em que o segurado desapareceu em virtude de acidente, desastre ou catástrofe é que haveria verdadeira morte presumida (§1º do art. 78 da Lei n. 8.213/91). Na outra hipótese, em que o segurado desaparece de seu domicílio, sem deixar notícia, representante ou procurador, não há propriamente presunção imediata de morte (*caput* do art. 78 da Lei n. 8.213/91).

Exatamente por isto que a lei previdenciária estabelece um prazo mínimo de seis meses de ausência para que a declaração judicial presuma a morte do segurado para fins previdenciários

---

por morte presumida mediante ausência do segurado declarada por autoridade judiciária e também nos casos de desaparecimento do segurado em catástrofe, acidente ou desastre (neste caso, serão aceitos como prova do desaparecimento: boletim de ocorrência policial, documento confirmando a presença do segurado no local do desastre, noticiário dos meios de comunicação e outros). Nesses casos, quem recebe a pensão por morte terá de apresentar, de seis em seis meses, documento da autoridade competente sobre o andamento do processo de declaração de morte presumida, até que seja apresentada a certidão de óbito.

(art. 78, *caput*, da Lei 8.213/91), pois se fossemos adotar os prazos do Código Civil, esta presunção de morte só ocorreria 10 (dez) anos após o trânsito em julgado da sentença que concede a abertura da sucessão provisória (ou cinco anos a contar das últimas notícias do ausente, quando este contar oitenta anos de idade).

Ocorre que a lei previdenciária, embora se baseie em conceitos oriundos da lei civil, dá a estes conceitos civis contornos próprios, não havendo qualquer impropriedade em se admitir que a Lei n. 8.213/91 trata, na verdade, de duas hipóteses de pensão por morte presumida.

Dessa forma, entendemos que o art. 78 alberga duas hipóteses de pensão de morte presumida, pois mesmo quando há necessidade de prévia declaração judicial de ausência, esta visa à concessão administrativa da pensão por morte presumida. Veremos a seguir quais são estas hipóteses.

A primeira hipótese vem disciplinada no *caput* do art. 78 da Lei nº 8.213/91 e refere-se à situação de quem desaparece de seu domicílio, sem deixar notícia, representante ou procurador, situação esta que também caracteriza o instituto da ausência previsto no Código Civil (arts 22 a 39 do CC).

A segunda vem disciplinada no §1º do art. 78 da Lei n. 8.213/91 e diz respeito ao desaparecimento em virtude de acidente, desastre ou catástrofe. Embora parecidas, as hipóteses são distintas, conforme veremos a seguir.

### 3.1 A pensão por morte presumida no caso de ausência do segurado

Na hipótese do *caput* do art. 78 da Lei n. 8.213/91, embora desaparecido o segurado, tal desaparecimento não é decorrente de acidente, desastre ou catástrofe. De fato, nesta hipótese, ou não se sabe o motivo do desaparecimento do segurado ou ele é decorrente de evento de outra natureza. Podemos citar como exemplo o desaparecimento – principalmente nas grandes cidades brasileiras – de pessoas que saem para trabalhar ou estudar e não mais são vistas;

provavelmente por terem sido vítimas da crescente violência, por terem sido vítimas do trânsito ou por outro motivo qualquer não identificado na ocasião do desaparecimento.

Outro exemplo, infelizmente comum, é o dos caminhoneiros vítimas de assaltos e sequestros, que desaparecem sem deixar rastros. Ainda se pode mencionar a situação de garimpeiros e de trabalhadores rurais que se mudam em busca de trabalho em época de safra, muitas vezes perdendo totalmente o contato com as respectivas famílias, e desaparecem sem deixar qualquer notícia.

Muitas outras situações, entretanto, podem autorizar a concessão da pensão por morte presumida em caso de desaparecimento. Neste caso, embora a prova do desaparecimento possa ser até mesmo oral, a juntada do boletim de ocorrência narrando as circunstâncias do desaparecimento do segurado parece ser providência recomendável.

Observe-se que na hipótese do *caput* do art. 78 da Lei n. 8.213/91, não existe certeza da morte, mas esta passa a ser presumida em função da ausência prolongada do segurado, permitindo-se, à família, o recebimento provisório de pensão por morte mediante decisão judicial prévia que declara a presunção de morte para fins previdenciários em decorrência da ausência prolongada (de no mínimo seis meses).

Apesar do Decreto 3.048/99, em seu art. 112, referir-se a declaração judicial de ausência, na verdade o que manifestação judicial declara é a presunção de morte para fins previdenciários, em decorrência da ausência prolongada de no mínimo seis meses, e não somente a ausência. A leitura atenta do art. 78, *caput*, da Lei n. 8.213/91 é justamente neste sentido. O juízo prola sentença declaratória de morte presumida para fins previdenciários, reconhecendo que a ausência do segurado há mais de seis meses é suficiente para se presumir a morte e apta a gerar pensão por morte.

Na hipótese do *caput*, a pensão é devida somente a contar da decisão judicial, em razão de que, nos termos da lei, somente a autoridade judiciária competente estará apta a verificar se o con-

junto probatório justifica que a ausência do segurado, por mais de 6 meses, gere a presunção de morte para fins previdenciários. Conforme já mencionado, exige-se um prazo mínimo de 6 meses de ausência do segurado para que a declaração judicial de morte presumida surta efeito.

Depreende-se da análise dos termos legais que, além dos requisitos gerais da pensão por morte, a concessão de pensão por morte presumida, na forma do caput do art. 78 da Lei n. 8.213/91, exige três requisitos específicos: a) a prova do desaparecimento do segurado por conta de evento diverso de acidente, desastre ou catástrofe; b) a prova de que o segurado desapareceu há pelo menos 6 (seis) meses e c) a declaração judicial de morte presumida para fins previdenciários.

Não há a necessidade de que os dependentes do segurado apresentem atestado de óbito juntamente com o pedido de declaração judicial de morte presumida para fins previdenciários (com o fim de obter pensão por morte presumida), pois a ausência do segurado só permitirá a emissão do atestado de óbito com a abertura da sucessão definitiva (arts. 6º e 9º, inciso IV, c/c art. 26, todos do CC), o que pode levar vários anos.

### 3.2 A pensão por morte presumida no caso de desaparecimento do segurado em virtude de acidente, desastre ou catástrofe

Na hipótese do §1º do art. 78 da Lei n. 8.213/91, o desaparecimento se dá em virtude de acidente, desastre ou catástrofe. Sabe-se que o desaparecido foi (ou muito provavelmente pode ter sido) vítima de acidente, desastre ou catástrofe, presumindo-se, assim, a sua morte. A Lei estabelece presunção relativa, em favor dos dependentes do segurado, de que ele veio a óbito em decorrência dos eventos mencionados.

É o caso, por exemplo, de vítimas de naufrágio, desabamentos, acidentes aéreos, terremotos ou maremotos. Provado o envolvimento do segurado desaparecido nestes eventos concede-se



a pensão por morte independentemente de declaração judicial e de prazo, pois se presume que o segurado veio a óbito em decorrência dos eventos mencionados.

Na hipótese em comento, mesmo sem a apresentação do atestado de óbito, poderá ser concedida imediatamente a pensão por morte presumida pelo próprio INSS. Caberá, aos beneficiários da pensão, entretanto, providenciar o atestado definitivo de óbito, averbando este junto à autarquia previdenciária para fins de controle e regularização da pensão concedida.

Nesses casos, o INSS exige que quem recebe a pensão por morte apresente, de seis em seis meses, documento da autoridade competente sobre o andamento do processo de declaração de morte presumida (ou justificação para assento de óbito), até que seja apresentada a certidão de óbito. Tal documento pode ser simples certidão de objeto e pé do feito em questão. A exigência busca evitar fraudes e principalmente que, uma vez recebida a pensão provisória por morte presumida, o segurado abandone a ação de declaração de morte presumida (ou justificação para assento de óbito).

A concessão exige, portanto, a prova do evento (acidente, desastre ou catástrofe) e de que o segurado tenha desaparecido por conta dele (evento). A prova do evento se apresenta mais fácil, podendo até mesmo ser feita por meio de notícia jornalística. Já a prova de envolvimento do segurado no evento pode ser feita das mais diversas formas, até mesmo mediante prova testemunhal, sendo recomendável a apresentação de boletim de ocorrência narrando as circunstâncias do desaparecimento do segurado, pois assim haverá maior segurança de que o segurado realmente desapareceu por conta do evento (acidente, desastre ou catástrofe).

Nesse caso (art. 78, §1º, da Lei 8.213/91), o requerimento de pensão pode (e deve) ser dirigido diretamente ao INSS, não necessitando de declaração judicial prévia. Por óbvio, se o INSS negar a concessão, caberá aos dependentes do segurado recorrerem na própria esfera administrativa ou optarem pela via judicial. Observe-se,

portanto, que como a concessão, nos termos do art. 78, § 1º, da Lei n. 8.213/91, pode ser administrativa, não há necessidade do segurado procurar o Judiciário, salvo em caso de recusa administrativa à concessão do benefício.

Como não se exige declaração judicial, a data do início do benefício será ou a data do óbito ou a data do requerimento, nos termos do que dispõe o art. 74, I e II, da Lei n. 8.213/91.

Assim, depreende-se da análise dos termos legais que, além dos requisitos gerais da pensão por morte, a concessão de pensão por morte presumida, na forma do art. 78, §1º, da Lei n. 8.213/91, exige dois requisitos específicos: a) a prova do evento (acidente, desastre ou catástrofe) e b) a prova de que o segurado tenha desaparecido por conta dele (evento).

### 3.3 A provisoriedade da pensão por morte presumida

Nas duas hipóteses de pensão por morte presumida previstas no art. 78 da Lei n. 8.213/91 a pensão será concedida de forma provisória, sendo que

*[...] verificado o reaparecimento do segurado, o pagamento da pensão cessará imediatamente, desobrigados os dependentes da reposição dos valores recebidos, salvo má-fé. (art. 78, §2º, da Lei 8.213/91).*

A Lei fala em pensão provisória em razão de que, tanto na hipótese de ausência do segurado, quanto na hipótese do desaparecimento ser decorrente acidente, desastre ou catástrofe, não há comprovação definitiva da morte.

Na hipótese do §1º do art. 78 da Lei n. 8.213/91, sem prejuízo do andamento do pedido de pensão, deverá ser providenciado, pelos beneficiários, o atestado de óbito do segurado, mediante ação declaratória de morte presumida ou o mediante justificção para assento de óbito, na forma do art. 88 da Lei de Registros Públicos – Lei n. 6.015/73.

Já na hipótese do *caput* do art. 78, da Lei n. 8.213/91, a expedição do atestado de óbito fica condicionada à abertura da sucessão definitiva, conforme já mencionado.

Importante observar que em ambas as hipóteses, tanto no *caput*, quanto no §1º, do art. 78, da Lei n. 8.213/91, pode acontecer que os restos mortais do segurado nunca sejam recuperados, não constituindo óbice à percepção da pensão tal situação.

Contudo, uma vez recuperados os restos mortais do segurado, e havendo identificação positiva deste, deverá ser expedido atestado definitivo de óbito (ou averbada a identificação no assento já expedido), o qual deverá ser levado ao INSS para fins de regularização, com o que a pensão por morte presumida se converterá em pensão comum, em face da certeza do óbito e da identificação do segurado falecido.

A circunstância de ter sido expedido atestado de óbito não impede a cessação da pensão em caso de reaparecimento do segurado. De fato, tanto na esfera previdenciária, quanto na esfera civil, a presunção de morte cede em face da realidade. Em caso de reaparecimento do segurado deverá ser providenciado o cancelamento do registro de óbito.

Havendo certeza de que o segurado reapareceu, entendemos que o INSS passa a ter direito a cessar imediatamente o benefício, independentemente de intimação dos beneficiários para apresentar defesa escrita. A certeza de reaparecimento do segurado pode ser evidenciada das mais diversas formas: mediante localização do segurado no bojo do inquérito policial que investigava o seu desaparecimento; mediante apresentação espontânea do segurado junto ao INSS ou junto ao juízo da ausência ou morte presumida; por meio de notícias de jornais e etc.

Mas a nosso ver, a cessação imediata da pensão, sem intimação dos beneficiários para a apresentação de defesa, só é possível quando houver certeza absoluta do reaparecimento do segurado. Assim, não basta que o reaparecimento seja verossímil, há necessidade de que haja certeza do reaparecimento do segurado para a cessação imediata do benefício.

Caso haja fortes indícios de que o segurado reapareceu, mas não haja certeza absoluta disto, deverá o INSS primeiro investigar as circunstâncias do suposto reaparecimento e, mesmo concluindo pela verossimilhança reaparecimento, intimar os beneficiários para a apresentação de defesa escrita no prazo regulamentar, para somente então firmar o convencimento administrativo e cessar o benefício de forma fundamentada.

A dúvida quanto ao real reaparecimento ou não do segurado, embora improvável, pode surgir em hipóteses de homonímia ou mesmo de preenchimento incorreto de guias (como a GFIP e a RAIS) pelas empresas. Nessas hipóteses, como já se disse, caberá ao INSS primeiro investigar as circunstâncias do suposto reaparecimento, devendo cessar o benefício somente se firmar seu convencimento administrativo no sentido do reaparecimento do segurado, garantindo-se, previamente, aos beneficiários ampla defesa.

Por fim, provado o reaparecimento do segurado e cessado o benefício, importante lembrar que a devolução dos valores recebidos pelos dependentes só deverá ocorrer em caso de comprovada má-fé destes.

Lembre-se que a boa-fé se presume. E que a má-fé, que justifica a devolução de valores, é a dos dependentes e não a do segurado. Assim, se o segurado desapareceu de má-fé, mas seus dependentes não sabiam disto, não há falar em devolução de valores recebidos pelos dependentes.

## 4 ALGUMAS QUESTÕES PRÁTICAS

### 4.1 Caso o desaparecimento não seja em função de acidente, desastre ou catástrofe, o beneficiário pode requerer a pensão diretamente junto ao INSS?

A resposta, a nosso ver, seria sim. Mas infelizmente não é o que diz a letra da lei.

Com efeito, na prática administrativa, o INSS não defere o pedido de pensão por morte presumida na forma do art. 78, *caput*, da Lei n. 8.213/91, se ele vier desacompanhado de declaração judicial de morte presumida para fins previdenciários. Qualquer tentativa administrativa neste sentido (requerimento sem a declaração judicial) será negada e o segurado orientado a procurar o Judiciário, com o fito de obter sentença declaratória de ausência para fins previdenciários (art. 78, *caput*, da Lei n. 8.213/91 c/c art. 112, I, do Decreto 3.048/99).<sup>13</sup>

Ocorre que prevalecendo este entendimento, na prática, a Lei n. 8.213/91 está condicionando o pedido administrativo a uma declaração judicial, o que não parece ser a melhor solução para a situação de desespero que os beneficiários enfrentam quando buscam obter a pensão.

Além disso, não faz sentido obter uma declaração judicial de morte presumida para fins previdenciários para somente então poder formalizar o pedido administrativo de pensão por morte presumida. Teria andado melhor a Lei se permitisse, ao próprio INSS, a análise do pedido de benefício independentemente de declaração judicial.

Não foi este, todavia, o modelo adotado pela Lei n. 8.213/91. A princípio, portanto, o beneficiário deve requerer a declaração judicial de morte presumida para fins previdenciários, para só então, de posse desta declaração judicial, formalizar o pedido de pensão por morte presumida junto ao INSS.

Assim, em que pese opinião pessoal em sentido contrário, já ressaltada, quando o segurado desaparece por outro motivo que não acidente, desastre ou catástrofe, o beneficiário deve primeiro pleitear a declaração judicial de morte presumida para fins previdenciários (na qual também se reconhecerá a ausência por mais de 6 meses) para só então formular o pedido de benefício (pensão por morte presumida) junto ao INSS.

---

<sup>13</sup> Lembre-se que, na verdade, a sentença declaratória não declara somente a ausência, mas sim a morte presumida do segurado para fins previdenciários, em decorrência de ausência há mais de 6 meses.

Na prática, contudo, o que se verifica é que invariavelmente o beneficiário não se limita a apenas pleitear a declaração judicial de morte presumida para fins previdenciários, já se voltando também para a concessão da própria pensão por morte presumida. Da mesma forma, o INSS não se limita a contestar apenas o pedido declaratório, mas se volta também contra a própria concessão da pensão.

Tal situação, a nosso ver, permite ao magistrado o integral conhecimento da demanda, com prolação de sentença condenatória de concessão do próprio benefício, pois uma vez contestada a pretensão de concessão de pensão por morte presumida acaba surgindo o interesse de agir dos beneficiários.

Embora em regra se deva exigir o prévio requerimento administrativo do benefício, sob pena de indeferimento da inicial por falta de interesse de agir, a hipótese de concessão de pensão por morte presumida – dada suas peculiaridades e nuances – é uma das poucas situações que autoriza o prosseguimento da ação sem prévio requerimento administrativo.

#### 4.2 Quais os limites da ação declaratória de morte presumida para fins previdenciários? E da ação de concessão de pensão por morte presumida na hipótese do art. 78, *caput*, da Lei n. 8.213/91?

A ação declaratória de morte presumida, para fins previdenciários, na forma do art. 78, *caput*, da Lei n. 8.213/91, deveria ser proposta pelos beneficiários com o objetivo de obter simples declaração judicial para fins de instrução do pedido administrativo de pensão por morte presumida do segurado, tal qual exigido pela Lei de Benefícios e pelo Decreto 3.048/99.

A ação, portanto, deveria apenas narrar os fatos relacionados ao desaparecimento do segurado, declinar eventuais provas a serem produzidas e formular pedido de julgamento declaratório, respeitando, por óbvio, os demais requisitos de toda petição inicial.

Recomenda-se que todas as provas do desaparecimento – porventura já existentes –, como boletim de ocorrência, notícias de

jornal e etc., sejam juntadas já no momento da distribuição da inicial. A prova oral poderá ser dispensada se os depoimentos constantes do boletim de ocorrência e/ou os demais documentos juntados forem suficientes para confirmar o desaparecimento.

Como a lei condiciona a concessão administrativa a uma declaração judicial prévia, nesta ação declaratória de morte presumida para fins previdenciários, (na qual também se reconhecerá a ausência por mais de 6 meses), não se deveriam discutir os demais requisitos para a concessão da pensão: como a qualidade de segurado ou a de dependente. Tais requisitos, contudo, serão devidamente analisados pelo INSS quando da apreciação do pedido administrativo.

Na prática, contudo, conforme já mencionamos, o beneficiário não se limita a pedir apenas a declaração judicial de morte presumida para fins previdenciários, já se voltando também para a concessão da própria pensão por morte presumida. Ou porque desconhece as nuances do instituto; ou porque já sabe de antemão que haverá questionamento administrativo do cumprimento dos requisitos gerais para a concessão da pensão (qualidade de segurado e de dependente); ou mesmo porque entende desnecessário o requerimento administrativo.

E o INSS, por outro lado, na prática, também se adianta ao pedido administrativo de benefício e contesta o cumprimento dos demais requisitos para a concessão, quando deveria se limitar à análise das provas do desaparecimento do segurado, bem como se a hipótese é ou não de declaração de morte presumida para fins previdenciários, na forma do art. 78, *caput*, da Lei n. 8.213/91.

Isto significa que a ação que deveria ser meramente declaratória acaba sendo também condenatória (visando à própria concessão da pensão por morte presumida), de tal forma que a própria declaração de morte presumida, em função de ausência há mais de 6 meses, acaba sendo meramente incidental à própria concessão da pensão por morte presumida.

Embora sejamos adeptos da necessidade de prévio requerimento administrativo do benefício previdenciário, sob pena de falta de interesse de agir por parte do autor, dadas as nuances da pensão por morte presumida, nos parece que a hipótese – independentemente do INSS contestar ou não o mérito da concessão – é das poucas que autoriza a propositura de ação visando à concessão do benefício sem o prévio requerimento administrativo.

De fato, a simples declaração judicial de morte presumida para fins previdenciários não constitui garantia alguma de que o INSS irá conceder o benefício na esfera administrativa. Ao contrário, de posse desta declaração, os dependentes terão que protocolar requerimento administrativo, no qual o INSS irá verificar se o desaparecido tinha ou não qualidade de segurado; se os requerentes tinham ou não a qualidade de dependente e etc.

Pense-se na hipótese em que o desaparecimento do segurado tenha ocorrido no período de graça; na hipótese em que haja dúvida quanto à data do efetivo desaparecimento do segurado – com repercussões sobre a qualidade de segurado deste –; na hipótese em que haja dúvida sobre qual o período de graça a ser aplicável; na hipótese em que o dependente e o segurado vivessem em união estável; ou mesmo em qualquer outra hipótese de dúvida quanto à qualidade de segurado, e já se terá uma ideia das dificuldades em obter o benefício na esfera administrativa.

Ora, mesmo a Lei determinando que a pensão é devida desde a data da declaração judicial de morte presumida para fins previdenciários, como esta se limita a apreciar se o desaparecimento ocorreu há mais de 6 meses e se este – desaparecimento – é ou não apto a gerar presunção de morte para fins previdenciários, o deferimento administrativo do benefício não é garantido. Lembre-se que o INSS irá verificar se estão preenchidos os demais requisitos para a concessão da pensão.

Destarte, além da demora normal na obtenção do benefício, decorrente da solução legal adotada pelo art. 78, *caput*, da Lei n. 8.213/91 (que condiciona a concessão administrativa do benefício



a uma declaração judicial prévia), o dependente – em caso de indeferimento do pedido junto ao INSS – terá ainda que se sujeitar a nova ação judicial para ter seu direito garantido.

Durante este verdadeiro périplo administrativo e judicial, podem se passar vários anos, o que agrava a situação de desespero dos familiares do desaparecido; dada a natureza alimentar e substitutiva da pensão por morte.

Assim, dadas as nuances da pensão por morte presumida, reiteramos entendimento pessoal no sentido de que a hipótese é das poucas que autoriza a propositura de ação visando à concessão do benefício sem o prévio requerimento administrativo.

#### 4.3 Quem é a autoridade judicial competente para a declaração judicial de ausência prevista no art. 78, *caput*, da Lei n. 8.213/91?

No começo, o E. STJ entendia que a competência para tal declaração era da Justiça Comum Estadual,<sup>14</sup> passando posteriormente a fixar como competente a Justiça Federal. Atualmente, está consolidado, na jurisprudência, o entendimento de que a competência para a declaração judicial é realmente da Justiça Federal, já que, no fim, se busca benefício previdenciário, que será concedido por autarquia federal. Confirma-se a jurisprudência:

Previdenciário e Processual Civil. Conflito de competência. Juízo federal e juízo de direito. Ação em que se deduz pretensão a benefício previdenciário. Reconhecimento da morte presumida do cônjuge da autora para o único fim de obtenção de pensão por morte. Competência da Justiça Federal. Inteligência do art. 78, *caput*, da Lei n. 8.213/91. 1. Tendo o pedido de reconhecimento de morte presumida o único propósito de percepção de pensão por morte (*ex. vi* do art. 78 da Lei n. 8.213/91), cabe à Justiça Federal o processamento e julgamento da lide. Precedentes: CC 121.033/MG, Rel. Ministro

---

<sup>14</sup> DA ROCHA, Daniel Machado & BALTAZAR JUNIOR, José Paulo, *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*, p. 313.

Raul Araújo, Data da Publicação 03.08.2012; CC 112.937/PI, Rel. Ministro Jorge Mussi, Data da Publicação 03.12.2010. 2. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da Vara Única da Subseção Judiciária de Parnaíba, para julgamento da lide. (STJ. CC 201303269290. Primeira Seção. Relator: Ministro Sérgio Kukina. DJE 29.10.2013).

Ocorre que a tese no sentido de que a declaração judicial de ausência para fins previdenciários deve ser formulada no âmbito da Justiça Federal pode acabar conduzindo a uma falsa impressão de que resta afastada a possibilidade dos beneficiários se utilizarem da faculdade prevista no §3º do art. 109 da Constituição Federal.<sup>15</sup>

Tal entendimento – no sentido que referida declaração judicial deve ser requerida somente no âmbito da Justiça Federal – parece-nos por tudo equivocado. A Constituição Federal, em seu §3º, do art. 109, não faz qualquer ressalva. Não caberia ao intérprete realizar distinção por conta própria.

A nosso ver, nada impede que os beneficiários do segurado, nas cidades nas quais não haja Vara da Justiça Federal, realizem o pedido de declaração de morte presumida para fins previdenciários na própria Justiça Estadual, utilizando-se da faculdade conferida no art. 109, §3º. Mas se na cidade houver Vara da Justiça Federal, conforme já dissemos anteriormente, a competência será desta (Justiça Federal).

Não obstante, para evitar discussões sobre competência que poderiam atrasar ainda mais o andamento da ação, causando prejuízos aos beneficiários, parece-nos melhor que a ação declaratória de morte presumida seja proposta diretamente na Subseção da Justiça Federal com competência territorial para o conhecimento da ação.

Não obstante, se no âmbito da mesma Subseção houver JEF (Juizado Especial Federal) e Vara Federal Civil com Competência

---

<sup>15</sup> Art. 109, §3º: “Serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal, e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual”.

Previdenciária, a competência para a declaração judicial será do JEF, pois a declaração judicial de morte presumida, para fins previdenciários, não gera efeitos financeiros pretéritos e tem natureza meramente declaratória.

Ainda que a renda mensal inicial do futuro benefício fosse fixada no teto, não se podem utilizar as parcelas vincendas para a fixação estimativa do valor da causa, em razão de que o INSS, mesmo após a declaração judicial, ainda irá analisar se o benefício é devido ou não. Assim, tratando-se de mera declaração, o valor da causa é meramente estimativo, fixando-se assim a competência absoluta do JEF nas Subseções em que haja juizado.

#### 4.4 Quem é a autoridade judicial competente para a ação de concessão de pensão por morte presumida prevista no art. 78 da Lei n. 8.213/91?

Inicialmente, é preciso esclarecer que nesta hipótese não se está tratando da ação declaratória de morte presumida para fins previdenciários (a qual irá instruir o pedido administrativo de pensão por morte presumida), mas sim da ação previdenciária de natureza condenatória que visa à concessão da própria pensão por morte presumida.

Pois bem. A ação de concessão de pensão por morte presumida pode ser proposta pelos dependentes do segurado após o INSS indeferir o benefício na via administrativa (tanto na hipótese do *caput*, do art. 78, quanto na hipótese do §1º, do art. 78), ou diretamente, sem prévio requerimento administrativo, na hipótese do art. 78, *caput*, da Lei n. 8.213/91, nos termos do nosso entendimento já exposto.

Observe-se que para hipótese de concessão de pensão por morte presumida, com base no §1º do art. 78 da Lei 8.213/91, entendemos que se faz necessário o prévio requerimento administrativo, sob pena de falta de interesse de agir.

Não obstante, como na hipótese de propositura de ação de concessão de pensão por morte presumida, a declaração judicial

de morte presumida será incidental ao pedido principal de concessão de benefício de pensão por morte, não há falar em competência absoluta da Justiça Federal nas comarcas onde não haja Justiça Federal. Assim, perfeitamente aplicável a faculdade prevista no art. 109, §3º, da CF.

Sempre lembrando que nas cidades onde há Justiça Federal não há a faculdade prevista na competência delegada do art. 109, §3º, da CF, se houver JEF no âmbito da própria Subseção este terá competência absoluta, nos termos do que diz a Lei n. 10.259/2001. Nesse caso, a competência (se do JEF ou da Vara Federal Civil com competência previdenciária) deverá ser analisada de acordo com as regras usuais do valor da causa nos JEFs.

#### 4.5 E se houver a propositura de ação declaratória de ausência (e/ou ação declaratória de morte presumida) com base no Código Civil, na Justiça Estadual, em cidade com sede de Subseção da Justiça Federal, mas com o fim exclusivo de obter efeitos previdenciários?

Muitas vezes, acontece do Advogado do beneficiário, mesmo nas cidades onde há Justiça Federal, ingressar na Justiça Estadual com pedido de ausência (ou de morte presumida) com base nas disposições do Código Civil, quando na verdade busca apenas a declaração de morte presumida para fins previdenciários.

O erro na propositura costuma ficar evidente já na análise da inicial, pois esta não costuma narrar a existência de bens do desaparecido e, além disso, formula pedido de citação do INSS.

Ocorre que às vezes, até que a Justiça Estadual verifique a sua incompetência (em razão de se tratar de simples declaração de morte presumida para fins previdenciários), lá se vão vários meses (ou até mesmo anos), com o que o prejuízo dos beneficiários acaba sendo imenso.

Nessa hipótese, constatado que o pedido de ausência (ou declaração de morte presumida) visa apenas à concessão de benefício

previdenciário, nada obsta que o Juiz Estadual decline imediatamente de sua competência para o Juiz Federal, cabendo a este, se for o caso, determinar a emenda à inicial para adequar os fundamentos legais do pedido aos fatos.

Uma vez recebido o feito pelo Juiz Federal, e sendo evidente que o pedido se dirige apenas à obtenção de declaração de morte presumida para fins previdenciários, entendemos ser possível também, que no próprio despacho de recebimento do feito, declinado o juízo, delimite os termos do pedido que irá julgar.

#### 4.6 E se houver a propositura de ação declaratória de ausência (e/ou ação declaratória de morte presumida) com base no Código Civil, na Justiça Estadual, em cidade sem sede de Subseção da Justiça Federal, com o fim exclusivo de obter efeitos previdenciários?

A hipótese é diversa da anterior, pois se trata de cidade que não é sede de Subseção da Justiça Federal. Nessa hipótese, o Juízo Estadual tem competência delegada para conhecer de ações previdenciárias, na forma do art. 109, §3º, da CF, nos termos das razões que já expusemos no item 4.3.

Ora, como entendemos que o Juízo Estadual também é competente para conhecer da ação declaratória de morte presumida para fins previdenciários, a questão é de fácil solução, pois tão logo o Juiz Estadual constate que o pedido é voltado somente para fins de obtenção de benefício previdenciário, bastará determinar a emenda da inicial, na forma do CPC, promovendo a posterior citação do INSS, se ainda não houver sido citado.

Mas para aqueles que não admitem a competência da Justiça Estadual nesta hipótese, haverá necessidade de se declinar a competência para a Subseção da Justiça Federal com jurisdição sobre a localidade. Nesse caso, a declinação de competência pode (e deve) ser feita de ofício e de forma mais célere possível, a fim de evitar mais prejuízos aos dependentes do segurado.

#### 4.7 Qual a natureza do prazo de 6 (seis) meses previsto no art. 78 da Lei n. 8.213/91?

Outra questão interessante diz respeito ao prazo para formular o pedido de declaração de morte presumida para fins previdenciários, bem como qual sua natureza.

É bom registrar que o prazo de 6 (seis) meses previsto no art. 78, *caput*, é fixado para a concessão do benefício e não para a propositura da ação visando a obter declaração de morte presumida para fins previdenciários.

Lembrando novamente que apesar da Lei previdenciária se valer de conceitos civis, lhes dá contornos próprios, cabe-nos analisar qual a natureza de tal prazo. Importante referir que a natureza jurídica do prazo de 6 (seis) meses repercute diretamente na possibilidade de se pleitear ou não a declaração de morte presumida antes do transcurso de referido prazo.

Numa leitura preliminar, parece-nos que o prazo de 6 (seis) meses, trata-se, na verdade, de requisito especial, de natureza temporal, sem o implemento do qual não se poderá conceder a pensão por morte presumida prevista no art. 78, *caput*, da Lei n. 8.213/91.

Não se pode compreender que o prazo de 6 (seis) meses pudesse caracterizar uma condição suspensiva, ainda que anômala, pois o direito – em tese – ao recebimento da pensão por morte presumida não surge automaticamente com o desaparecimento do segurado, mas sim com a presunção de morte decorrente da ausência prolongada (há mais de seis meses).

Tampouco se pode entender que tal prazo seja de prescrição aquisitiva, pois o direito à pensão por morte presumida em caso de ausência do segurado há mais de 6 (seis) meses não surge com o simples transcurso do prazo, já que ainda se faz necessária a declaração judicial de morte presumida.

De fato, parece-nos que o prazo de 6 (seis) meses de ausência tem o condão de gerar o direito à pretensão de declaração de morte

presumida para fins previdenciários e não o direito ao próprio benefício. Com isso tem-se que referido prazo realmente é simples requisito especial, de natureza temporal, para a concessão da pensão por morte presumida, posto que esta exige a declaração judicial de morte presumida, a qual, por sua vez, só poderá ser exarada se o segurado estiver desaparecido há mais de seis meses.

O problema, contudo, é que para a concessão do benefício, a Lei exige que além da ausência há mais de 6 (seis) meses, haja declaração judicial de morte presumida para fins previdenciários, o que poderia levar a uma demora injustificada na concessão do benefício.

Mas referido prazo deve ser observado apenas para a emissão da declaração de morte presumida para fins previdenciários, não sendo exigível para a propositura da ação declaratória respectiva.

Entendimento em contrário acabaria por penalizar os beneficiários da pensão por morte presumida que teriam que aguardar 6 (seis) meses para ingressar com o pedido judicial de declaração de morte presumida e, além disso, só teriam direito à pensão a partir da data declaração judicial (o que poderia levar mais alguns meses; no mínimo).

Assim, nada impede que uma vez desaparecido o segurado, imediatamente após (sem que se aguarde o prazo de 6 meses) se formule o pedido de declaração judicial de morte presumida para fins previdenciários; até mesmo porque muitas vezes a ação pode demorar mais do que este prazo.

Parece-nos, contudo, que o juízo, deverá aguardar o transcurso do prazo de 6 (seis) para prolatar a declaração de morte presumida, já que é este prazo que faz surgir o direito à declaração. De posse da declaração de morte presumida, os beneficiários da pensão poderão se dirigir ao INSS para requerer o benefício.

#### 4.8 É possível a antecipação de tutela na declaração de morte presumida para fins previdenciários visando à concessão da pensão prevista no art. 78, *caput*, da Lei n. 8.213/91?

Em princípio, presentes os requisitos do art. 273 do CPC, [arts. 294 e 300 do NCPC] a antecipação de tutela [concessão da

tutela provisória, conforme NCPC] será sempre possível, independentemente da natureza da ação previdenciária; se declaratória ou condenatória.

Assim, mesmo quando se tratar de simples declaração de morte presumida para fins previdenciários, uma vez presentes os requisitos do art. 273 do CPC [arts. 294 e 300 do NCPC], o juízo poderá antecipar a tutela, que mesmo sendo de natureza declaratória e provisória poderá ser utilizada para instruir o pedido administrativo de pensão por morte presumida diretamente junto ao INSS.

Por isso, a correta instrução do feito judicial com todas as provas do desaparecimento do segurado é essencial. Caso já tenha sido formulado pedido de ausência ou de morte presumida para fins civis, na justiça estadual, recomenda-se que os documentos constantes desta ação sejam utilizados como prova emprestada para conferir maior celeridade à apreciação do pedido.

Nessa linha de pensamento, caso o segurado, quando da antecipação de tutela, já se encontre ausente há mais de 6 (seis) meses, a data de início do benefício (DIB) deverá ser fixada pelo INSS na data da antecipação de tutela [concessão da tutela provisória, conforme NCPC], sendo desnecessário que se aguarde a prolação da sentença e muito menos o trânsito em julgado desta para a fixação da DIB.

Isto significa dizer que o INSS, havendo antecipação de tutela, não poderá fixar a DIB em momento posterior ao da antecipação (como a data da prolação da sentença ou do trânsito em julgado). Não será possível, contudo, retroagir a DIB para data anterior à da declaração judicial de morte presumida prolatada pelo Juízo Federal em sede de antecipação de tutela.

Por fim, registre-se que na hipótese da ação visar à própria concessão da pensão por morte (sem que tenha havido prévio requerimento administrativo), e não apenas a declaração de morte presumida, com mais razão ainda será possível a antecipação de tutela, se presentes os requisitos do art. 273 do CPC. Mas neste



caso, como a declaração judicial de morte presumida é pré-condição para a concessão da pensão, permanece a necessidade de que a DIB da pensão seja fixada (neste caso pelo juízo) na data da antecipação de tutela (desde que a ausência do segurado seja superior a 6 meses).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme se pode observar, a pensão por morte presumida prevista na Lei n. 8.213/91 tem nuances e contornos próprios que a diferenciam das demais hipóteses de pensão por morte.

Tais peculiaridades levam à necessidade de que o estudo do instituto seja realizado de forma individualizada, inclusive com a análise dos conceitos civis utilizados pela lei previdenciária.

Pelo que se pode observar, embora a lei previdenciária se baseie em conceitos oriundos da lei civil, dá, a estes conceitos civis, contornos próprios, não havendo qualquer impropriedade em se admitir que a Lei n. 8.213/91 trata de duas hipóteses de pensão por morte presumida.

A primeira hipótese vem disciplinada no *caput* do art. 78 da Lei n. 8.213/91 e refere-se à situação de quem desaparece de seu domicílio, sem deixar notícia, representante ou procurador, situação esta que também caracteriza o instituto da ausência previsto no Código Civil (arts. 22 a 39 do CC). Nesse caso, além dos requisitos gerais da pensão por morte, a concessão de pensão por morte presumida, na forma do *caput* do art. 78 da Lei n. 8.213/91, exige três requisitos específicos: a) a prova do desaparecimento do segurado por conta de evento diverso de acidente, desastre ou catástrofe; b) a prova de que o segurado desapareceu há pelo menos 6 (seis) meses e c) a declaração judicial de morte presumida para fins previdenciários.

A segunda hipótese vem disciplinada no §1º do art. 78 e diz respeito ao desaparecimento em virtude de acidente, desastre ou catástrofe. Nesse caso, além dos requisitos gerais da pensão por

morte, a concessão de pensão por morte presumida, na forma do art. 78, §1º, da Lei n. 8.213/91, exige dois requisitos específicos: a) a prova do evento (acidente, desastre ou catástrofe) e b) a prova de que o segurado tenha desaparecido por conta dele (evento).

Diversas questões práticas relacionadas ao instituto nos permitem concluir que o estudo individualizado do tema é essencial para evitar que os beneficiários da pensão sejam prejudicados por conta de seu próprio desconhecimento e por conta do desconhecimento que os operadores do direito têm sobre as peculiaridades da pensão por morte presumida prevista na Lei n. 8.213/91.

## REFERÊNCIAS

COIMBRA, J. R. Feijó. *Direito previdenciário brasileiro*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1999.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves & CORREIA, Érica Paula Bar-cha Correia. *Seguridade social*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

DA ROCHA, Daniel Machado & BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Comentários à lei de benefícios da previdência social*. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

DA ROCHA, Daniel Machado e SAVARIS, José Antônio, Coordenadores. *Curso de especialização em direito previdenciário*. Volumes 1 e 2. Curitiba: Juruá, 2008.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2004.

DOS SANTOS, Marisa Ferreira. *Direito previdenciário esquematizado*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Registros públicos*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2011.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *A seguridade social na Constituição Federal*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1992.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito previdenciário*. 4ª edição. São Paulo: LTR, 2011.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da seguridade social*. 33ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SAVARIS, José Antonio. *Direito processual previdenciário*. Curitiba: Juruá, 2009.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 3ª ed. São Paulo: Método, 2013.

TAVARES, Marcelo Leonardo. *Direito previdenciário*. 13ª ed. Niterói: Impetus, 2011.





SEÇÃO II



## APRESENTAÇÃO

*“Se a educação sozinha não pode transformar a sociedade,  
tampouco sem ela a sociedade muda.”*

Paulo Freire

Foi com grande satisfação que recebi a notícia deste número da *Revista Direito Federal*, editada pela Associação dos Juizes Federais do Brasil (Ajufe) para consolidar as conquistas do “Projeto Ajufe – Jurisdição Federal”, implementado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/ Programa de Pós-Graduação em Direito (PUC-SP) em convênio firmado no ano de 2012 com a Associação dos Juizes Federais do Brasil (Ajufe) para oferecer cursos de mestrado e doutorado acadêmicos voltados para juizes e desembargadores federais. Constitui, para mim, tarefa honrosa apresentar o fascículo inaugural desta seção da *Revista*, entregando, aos profissionais do Direito e aos estudiosos da Justiça Federal, o resultado dos primeiros trabalhos desenvolvidos no âmbito desse projeto pioneiro no Brasil.

A par da relevante contribuição para a produção do conhecimento científico, o nascimento do “Projeto Ajufe – Jurisdição Federal”, ora consolidado pela *Revista Direito Federal*, traduz importante marco institucional por proporcionar aos magistrados federais a oportunidade de experimentarem na Academia, pela via teórico-reflexiva, temas recorrentes no exercício da judicatura federal.

Com efeito, essa meritória iniciativa da Ajufe e da PUC-SP promove, com êxito, perfeita integração entre os conhecimentos

teórico e prático, levando a experiência profissional do magistrado para a universidade, o que torna o estudo do Direito uma atividade ainda mais dinâmica, tangível e viva.

Por outro lado, o programa acadêmico em questão viabiliza, a um só tempo, que (i) o magistrado cumpra, *sponte propria*, seu dever de atualização e capacitação contínua (art. 29 e ss. do Código de Ética da Magistratura) e (ii) a Associação dos Juizes Federais do Brasil exerça, em plenitude, seu papel na promoção dos interesses da Magistratura Federal, de molde a contribuir para seu fortalecimento e para o engrandecimento do Poder Judiciário.

Cumpra lembrar que os programas de mestrado e doutorado do “Projeto Ajufe – Jurisdição Federal”, com grade curricular configurada a partir das exigências cotidianas da atividade forense na Justiça Federal, têm por inspiração a regra plasmada pelo art. 93, II, c, da Constituição Federal de 1988, que elevou ao patamar de requisito para a promoção na carreira da magistratura os cursos de aperfeiçoamento, reconhecendo-lhes a extraordinária força propulsora do aprimoramento da prestação jurisdicional.

O aperfeiçoamento dos juizes consiste, sem dúvida, na maior ferramenta de transformação institucional, em resposta à crescente expectativa social de celeridade e excelência no atendimento das demandas levadas ao Poder Judiciário. E, nesse campo, as associações de magistrados, ao lado das Escolas de Magistratura, têm atribuição preponderante. Por tudo isso, esta nova seção da *Revista Direito Federal* constitui um dos resultados mais felizes no âmbito do “Projeto Ajufe - Jurisdição Federal”, materializando o sucesso do convênio firmado em 2012. Parabéns à Ajufe pela publicação!

**Mairan Gonçalves Maia Júnior**

*Desembargador Federal do TRF da 3ª Região. Diretor Presidente da Escola de Magistrados do TRF da 3ª Região (2012-2014). Conselheiro do CNJ (2007-2009). Mestre e Doutor em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor Assistente Mestre da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.*



# O PAPEL DOS JUÍZES NA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL: reflexões sobre ativismo, minimalismo e realismo no âmbito criminal

---

**Raecler Baldresca**

Juíza Federal em São Paulo.  
Professora de Direito Processual Penal e Doutoranda na PUC/SP.

---

## RESUMO

O presente artigo trata do atual protagonismo do Poder Judiciário, de sua função na concretização da justiça e dos limites de sua atuação, distinguindo o fenômeno da judicialização constitucional e algumas formas de interpretação das normas constitucionais, especialmente do ativismo judicial, do minimalismo e do realismo jurídico. Além de discutir a questão no âmbito cível, o artigo trata da atuação inédita do Poder Judiciário no âmbito criminal e os reflexos do minimalismo, realismo e ativismo nesta seara, apontando vantagens e desvantagens dessas teorias, sobretudo diante da criminalidade transindividual da atualidade.

**Palavras-chave:** Judicialismo — Ativismo — Minimalismo — Realismo jurídico — Distinções — Matéria criminal.

## INTRODUÇÃO

A reflexão sobre o papel dos juízes na aplicação das normas jurídicas quase sempre envolve a discussão acerca do grau de discricionariedade que sua atuação implica e na desconfiança que essa atividade pode gerar.

Seria o juiz totalmente livre para interpretar as leis e a Constituição sem critérios pré-estabelecidos, observando apenas sua convicção pessoal sobre a realidade à sua volta? Ou deveria investigar a vontade do legislador quando do surgimento da norma? Deve, o Poder Judiciário, decidir as questões controvertidas à exaustão a fim de solucionar conflitos no futuro ou a adoção de uma postura minimalista, por vezes, é recomendável? E diante de uma Constituição essencialmente principiológica, como a Carta de 1988, como devem agir os juízes e Tribunais na atividade de interpretação?

O fenômeno atual de protagonismo do Poder Judiciário tem gerado essas e outras indagações, obrigando os próprios juízes a realizarem um debate sem precedentes sobre sua função na concretização da justiça e os limites de sua atuação, sobretudo na interpretação das normas constitucionais.

Ocorre que são poucos os fóruns naturais de discussão que não estão alheios a esse processo. Ainda hoje, em sua maioria, as faculdades de direito adotam uma postura mais próxima do normativismo positivista e o ensino do Direito, em geral, se limita ao conhecimento das normas jurídicas e à utilização do método lógico-dedutivo para a solução das questões judiciais. Nesse regime, ficam esquecidos os processos indutivos que instalam a força de uma previsão e que deveriam ser utilizados como recurso principal. Também sob essa ótica, o magistrado é colocado como um simples e autômato aplicador da vontade da lei.

Também raras são as escolas de magistrados que discutem teorias de interpretação constitucional e, a rigor, não são muitos os juízes preocupados com essa questão, sobretudo considerando o

imenso volume de trabalho a que estão submetidos e a necessidade de vencerem uma demanda jurisdicional sempre crescente. O foco na produtividade e nas atividades administrativas que estão sob a responsabilidade dos magistrados tem tornado seu cotidiano cada vez mais distante das reflexões sobre o papel do Poder Judiciário na atualidade.

Entretanto, não há dúvidas de que há uma convocação para que os juízes atuem como guardiões da Constituição e enfrentem questões nas quais antes não se envolviam. O judicialismo constitucional já é uma realidade e cabe aos membros do Poder Judiciário refletirem sobre o papel que desempenham e sobre o grau de sofisticação de sua atuação.

## 1 O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO

Se a história é repleta de exemplos da supremacia do Poder Legislativo em relação ao Executivo e ao Judiciário, o momento atual do constitucionalismo se caracteriza pela substituição dessa ideia por uma concepção cuja marca é a incontestável superioridade da Constituição e a conseqüente submissão a ela de todos os poderes do Estado Democrático de Direito.

Acompanhando esse movimento, o Poder Judiciário passou a ocupar posição de destaque. De meros aplicadores mecânicos das leis, os juízes foram alçados à categoria de guardiões da Constituição, atentando especialmente para os limites do poder estatal e para a concretização dos direitos fundamentais.

Ao desempenharem esse papel, os conflitos com os demais poderes, que inegavelmente vivem uma crise de legitimidade e que perderam espaço ao longo do tempo, passaram a ser inevitáveis. Com efeito, o Poder Judiciário tem sido chamado a examinar temas que antes eram tratados apenas pelos outros poderes da República.

Esse movimento decorre do processo de redemocratização do Brasil e da própria vontade do legislador constituinte, que optou

por fortalecer o Poder Judiciário e os instrumentos de exercício da cidadania, inaugurando uma constitucionalização extremamente abrangente.

Segundo o Ministro Luis Barroso, o movimento de redemocratização e a Constituição de 1988, além de transformarem o Poder Judiciário em um poder político e potencializarem o Ministério Público e a Defensoria, alçaram, à categoria constitucional, diversas matérias que antes eram deixadas para a legislação ordinária. De outro lado, também trouxeram um sistema de controle de constitucionalidade difuso e concentrado, com variados legitimados ativos, de modo que quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser apreciada pelo Supremo Tribunal Federal.<sup>1</sup>

De outro lado, o enfraquecimento da neutralização política do Poder Judiciário, a consolidação dos direitos fundamentais e o advento da sociedade tecnológica acarretaram uma profunda mudança no próprio sentido do direito e, conseqüentemente, na forma de julgar, sobretudo do Supremo Tribunal Federal. Se no passado, o julgamento se referia apenas a atos já praticados ou a situações já concretizadas, atualmente o Poder Judiciário é chamado para avaliar comportamentos futuros, conforme já apontava Tércio Sampaio Ferraz Jr. Segundo o jurista:

As condições em que a divisão dos poderes e a consequente neutralização política do poder Judiciário floresceram alteraram-se profundamente em nosso século. Sobretudo nos últimos cinquenta anos, o advento da sociedade tecnológica aumentou consideravelmente o nível de complexidade da vida humana. A civilização tecnológica não apenas cria mais possibilidades de ação, como se alimenta de si própria, aumentando e acelerando a possibilidade da própria criação tecnológica. Este movimento reflexo da tecnologia – a manipulação tecnológica da própria tecnologia – altera o sentido

---

<sup>1</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, dez. 2008, p. 06. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica](http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica)>. Acesso em: nov. 2014

dos controles sociais e políticos, repercutindo nos controles jurídicos. Na complexa sociedade tecnológica de nossos dias, as atividades de controle mudam de vetor, deixando de voltar-se primordialmente para o passado, para ocupar-se basicamente do futuro. A questão não está mais em controlar o desempenho comportamental tal como foi realizado, mas como ele se realizará. A civilização tecnológica, nesses termos, joga sua capacidade criativa em fórmulas de governo, cujos máximos valores são a eficiência dos resultados e a alta probabilidade de sua consecução. No campo jurídico, o tribunal, tradicionalmente uma instância de julgamento e responsabilização do homem por seus atos, pelo que ele fez, passa a ser chamado para uma avaliação prospectiva e um julgamento do que ele é e poderá fazer. É nesse quadro de projeção do sentido do direito para o futuro, para a sua realizabilidade mais do que para a sua consistência pré-constituída, que se há de entender o advento do estado do bem-estar social.<sup>2</sup>

Considerando esse novo sentido do direito, agora projetado para alcançar situações futuras, é que se coloca o protagonismo do Poder Judiciário na atualidade e se discute o grau de discricionariedade envolvido nesta atuação, tornando-se importante realizar algumas distinções, especialmente entre o fenômeno da judicialização constitucional e algumas formas de interpretação das normas constitucionais.

### 1.1 Judicialização: ativismo, minimalismo e realismo judicial

Embora semelhantes, a judicialização e o ativismo judicial são institutos diferentes. Segundo Barroso vêm “*da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens*”.<sup>3</sup> Apon-tamos que a judicialização significa a inédita participação do Poder Judiciário na solução de questões difíceis e atuais. É um movimento que se observa na atualidade e que se revela pelo fato de que os órgãos do Poder Judiciário passaram a decidir questões de grande

<sup>2</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. “O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?” In: *Revistausp*, São Paulo, n. 21, mar/abr/mai 1994, p. 18.

<sup>3</sup> BARROSO, Luís Roberto, op. Cit., p. 6.

repercussão política, social ou econômica que tradicionalmente seriam decididas pelo Legislativo e pelo Executivo.

De outro lado, o ativismo judicial se refere a uma forma de interpretação constitucional na qual o intérprete expande os conceitos para atingir situações não expressamente previstas pelo legislador a fim de concretizar direitos, mais especificamente, os direitos fundamentais.

Sobre essa distinção ensina Barroso:

A judicialização e o ativismo são traços marcantes na paisagem jurídica brasileira dos últimos anos. Embora próximos, são fenômenos distintos. A judicialização decorre do modelo de constituição analítica e do sistema de controle de constitucionalidade abrangente adotados no Brasil, que permitem que discussões de largo alcance político e moral sejam trazidas sob a forma de ações judiciais. Vale dizer: a judicialização não decorre da vontade do Judiciário, mas sim do constituinte. O ativismo judicial, por sua vez, expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário.<sup>4</sup>

Nesse sentido, surge um movimento que pretende substituir a forma de atuação do intérprete que apenas aplica a lei ao caso concreto pelo critério da subsunção, quase que de forma automática. Esse movimento procura assegurar os direitos fundamentais ou garantir a supremacia da Constituição a partir de decisões fundamentadas essencialmente em princípios, afastando ou negando a aplicabilidade de regras específicas.

Assim, o ativismo judicial se revela a partir do momento em que o Poder Judiciário passa a aplicar a Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário. Também, quando declara a inconstitucionalidade de atos normativos do Legislativo com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação

<sup>4</sup> BARROSO, Luís Roberto, *op. cit.*, p. 17.

da Constituição, além de impor condutas ou abstenções ao Poder Público, especialmente em matérias de políticas públicas.

Se as primeiras notícias sobre a existência do ativismo judicial surgiram nos Estados Unidos e datam do início do século XX, no Brasil, esse movimento ocorreu após a entrada em vigor da Constituição de 1988, que aumentou consideravelmente as atribuições do Poder Judiciário, especialmente permitindo o controle abstrato de constitucionalidade e abrindo caminho para essa nova forma de interpretação. Além disso, a sociedade contemporânea impõe, aos juízes, que solucionem conflitos de maior complexidade, exigindo uma postura distante do formalismo positivista, que não atende mais seus anseios atuais.

Com efeito, como examina Anderson Vichinkeski Teixeira:

O ativismo judicial é apenas um dos sintomas mais flagrantes de que as sociedades de massa da era pós-moderna não se satisfazem mais com as prestações de serviços públicos e tutela de direitos individuais ainda nos moldes do Estado moderno; este se revela incapaz de lidar com as necessidades e demandas que crescem em um ritmo frenético no seio da sua própria população. A Política encontra-se acometida pela burocracia – e progressiva burocratização – do Estado, pela insuficiência regulatória, pelo descompasso frente à realidade social e pelo déficit de legitimidade que as democracias ocidentais apresentam quando comparadas com os ideais sociais e expectativas populares que suas respectivas sociedades projetam. Mais do que uma discussão acerca da separação dos poderes, o ativismo judicial nos propõe uma discussão acerca do que atualmente representam os limites entre Direito e Política. Diante desse cenário, o magistrado, em todas as instâncias jurisdicionais, é chamado a atender demandas cujo elevado e crescente grau de complexização impede que ele se mantenha adstrito ao padrão de racionalidade jurídica, bem como às técnicas hermenêuticas e decisórias que fundamentavam a era do apogeu do positivismo jurídico ocidental, durante o século XIX e a primeira metade do século XX.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. “Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política”. In: *Revista direito GV*, São Paulo, n.15, jan./jun. 2012, p. 42.

Ressalte-se, porém, que há uma vertente nociva nessa atuação mais efetiva do Poder Judiciário quando a racionalidade jurídica passa a ser também substituída por uma racionalidade política, conforme analisa Anderson Vichinkeski Teixeira:

A concepção aristotélica de bem comum, a ser garantido na polis (cidade-Estado) por meio da Política, pressupõe uniformidade cultural, unidade ética e baixíssima complexização social. Nas atuais sociedades ocidentais de altíssima e crescente complexização social, multiculturais e fragmentadas em diversos microssistemas éticos, o bem comum se encontra cada vez mais reduzido, não indo muito além do que a busca da estabilidade do próprio macrossistema social. Os setores sociais construíram suas próprias axiologias, de modo que aquele que assume o poder decisional estará, inexoravelmente, vinculado aos valores e aos interesses daqueles responsáveis pela sua ascensão ao poder. [...] Diante disso, a forma mais nociva de ativismo judicial é aquela que vincula o julgador a um setor ou setores sociais específicos, em detrimento de indivíduos cujos interesses se encontram juridicamente protegidos, os quais teriam, no Judiciário, o espaço derradeiro para a sua proteção. Não se confunda essa prática com julgar influenciado por orientações pessoais, pois, conforme já falamos, qualquer indivíduo possui preferências políticas, religiosas e morais, mas isso não impede que a decisão esteja em plena conformidade com o ordenamento jurídico vigente.”<sup>6</sup>

De fato, há algumas armadilhas para as quais é preciso se atentar quando se defende o ativismo judicial. A primeira delas é o risco de que a decisão judicial, fundada em uma interpretação principiológica, busque uma finalidade política e negue a tutela de interesses legítimos e legalmente protegidos. Em outras palavras, quando se afasta da racionalidade jurídica para atender uma opção ideológica pessoal do julgador.

Outro aspecto importante refere-se à indesejável substituição do Poder Executivo e do Poder Legislativo pelo Poder Judiciário.

<sup>6</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski, *op. cit.*, p. 48.



Note-se que, embora não se trate de uma tarefa fácil quando se está diante da efetivação de direitos fundamentais, não cabe aos juízes decidirem especificamente como serão gastos os recursos públicos e como as políticas públicas serão concreta e especificamente implementadas, assim como não lhes cabe também criar leis e normas abstratas.

A questão das decisões judiciais que autorizam tratamentos de saúde experimentais ou no exterior sob o fundamento da universalidade do acesso à saúde é um dos exemplos em que a cautela deve imperar, sob pena de comprometer o planejamento do uso dos recursos públicos, que precisa contemplar toda ou a maior parte da população. Registre-se, novamente, que em face da escassez de recursos e das dificuldades orçamentárias existentes, não cabe ao Poder Judiciário formular e implementar políticas públicas, sendo possível, entretanto, controlar seu cumprimento pela via judicial.

De outro lado, também não se pode confundir o ativismo com mero populismo judicial, em que há um sentimentalismo desqualificado, que acaba por guiar a atuação jurisdicional e compromete a estrutura do Estado Democrático de Direito na medida em que é lesiva aos próprios direitos fundamentais.

Nunca é demais ressaltar que embora o constitucionalismo imponha ao Poder Judiciário o dever de resguardar os valores constitucionais até contra decisões dos outros poderes da República, estes representam a vontade da maioria, devendo ser neutralizados com parcimônia apenas quando houver necessidade de controlar o exercício do poder.

Em oposição ao ativismo, há a autocontenção judicial que, a partir de uma postura mais minimalista, sustenta que o Poder Judiciário deve evitar interferir nas ações dos outros poderes, reduzindo o espaço de incidência da Constituição. Era a linha tradicionalmente adotada pelo Poder Judiciário Brasileiro até o advento da Carta de 1988 e, note-se, refere-se a uma forma mais contida de interpretação das normas constitucionais.

Segundo Barroso, por essa linha:

[...] juízes e tribunais: a) evitam aplicar diretamente a CF a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; b) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; c) abstêm-se de interferir na definição de políticas públicas.<sup>7</sup>

Assim, o minimalismo judicial se caracteriza por defender que o pronunciamento dos juízes se restrinja apenas às questões consideradas indispensáveis para a fundamentação da decisão. Para os minimalistas não cabe, aos juízes, promover uma ampla agenda de reforma constitucional por meio das decisões judiciais, razão pela qual não devem ingressar em teorias ambiciosas acerca da interpretação jurídica. As questões complexas devem ficar em aberto, sem qualquer discurso principiológico e sem a fixação de padrões de orientação para casos futuros.

Além da oposição existente entre o ativismo e o minimalismo judicial, é importante registrar as diferenças existentes entre uma atuação mais proativa por parte do intérprete, sobretudo diante da efetivação dos direitos fundamentais, e o realismo jurídico por muitos defendido.

De fato, para os jusrealistas, há uma verdadeira supremacia do Poder Judiciário em relação ao Poder Legislativo na medida em que os legisladores apenas criam o texto legal ao passo que o Direito é construído pelos juízes no caso concreto. Adotar a teoria jusrealista significa compreender o juiz como agente criador do Direito, de modo que estudar Direito é analisar o comportamento daqueles que realizam a decisão judicial, em evidente contraposição ao sistema adotado em grande parte das universidades brasileiras, nas quais ainda se ensina o Direito a partir do conhecimento das normas jurídicas e das relações entre elas e os fatos da vida.

---

<sup>7</sup> BARROSO, Luís Roberto, *op. cit.*, p. 7.

O ativismo judicial, ao contrário, embora pretenda estimular os juízes a desempenharem um papel mais ativo na implementação dos dispositivos constitucionais e se oponha ao positivismo normativo extremado, não defende que se conduza a uma hipertrofia do Poder Judiciário com a repressão dos demais poderes, tampouco confere carta branca aos juízes para decidirem sem qualquer limite normativo.

Nesse sentido, se fosse possível estabelecer uma gradação que considerasse o grau de volatilidade dos parâmetros de controle de constitucionalidade, haveria o realismo jurídico em um extremo – sem qualquer fixação aos fundamentos constitucionais reais – e em outro extremo haveria o positivismo normativo, que vê o juiz, soldado da lei, como mero aplicador da norma ao caso concreto. Entre os dois extremos, haveria o ativismo e o minimalismo judicial.

Importa consignar, contudo, que seja a partir de uma concepção mais ativa do intérprete, quanto à efetivação dos direitos fundamentais, seja a partir de uma interpretação mais contida dos dispositivos constitucionais, a questão central a que se chama a atenção refere-se ao papel dos juízes na aplicação das normas jurídicas e justificação de suas decisões, especialmente diante da diversidade de teorias e formas de interpretação constitucional.

Isso porque a desconfiança da sociedade em relação ao Poder Judiciário hoje tem muito mais relação com a falta de coerência, de sistemática e de clareza da decisão judicial do que propriamente com o natural inconformismo daquele que teve seu pleito negado. Nesse sentido, o grande problema não é a pluralidade de formas de interpretação constitucional ou mesmo a busca da uniformização de entendimentos; ao contrário, a diversidade é extremamente saudável, sobretudo quando se trata de uma ciência que se alimenta do debate de ideias, na maior parte das vezes, conflitantes. A questão fundamental é a exposição clara e coerente da linha filosófica, ideológica ou jurídica adotada e da estrutura que a sustenta.

### 3 A DISCUSSÃO NO ÂMBITO CRIMINAL: JUDICIALIZAÇÃO, MINIMALISMO, REALISMO E ATIVISMO

Se no âmbito cível, a judicialização se revela como um protagonismo do Poder Judiciário, distinguindo-se do ativismo judicial, por este se tratar de uma forma de atuação para a concretização dos direitos fundamentais, no aspecto criminal, o mesmo fenômeno se observa, embora com algumas variáveis relevantes.

De fato, a consolidação das instituições democráticas, a independência do Ministério Público, a liberdade de imprensa e a profissionalização da atuação da Polícia Federal, nos últimos anos, têm permitido que determinados casos criminais sejam submetidos à apreciação do Poder Judiciário de maneira inédita. Em outras palavras, o momento político e institucional do país tem permitido, à Justiça, alcançar pessoas e situações que antes não alcançava.

Entretanto, esse ineditismo não se confunde com uma era de justicamentos ou mesmo com a adoção de uma ou outra teoria de interpretação, como o ativismo judicial. Note-se que a novidade do julgamento da Ação Penal 470 pelo Supremo Tribunal Federal, também conhecida como “Mensalão”, teve muito mais relação com a qualidade dos réus envolvidos e com a publicidade dos atos judiciais do que efetivamente com a interpretação das normas e da Constituição.

É certo que se poderia sustentar que o fato de nunca ter havido um julgamento deste porte indicaria justamente uma certa atuação mais ativa do Poder Judiciário que não existia antes. Mas a verdade é que a AP 470 não foi submetida ao Poder Judiciário por ação ou vontade deste órgão que é, essencialmente, inerte, a princípio. O caso foi levado ao Poder Judiciário, a partir da atuação coordenada de vários órgãos que exerceram o *jus persequendi* e permitiram a existência de um processo sólido o bastante para sustentar a condenação dos réus.

É evidente que, durante o julgamento, foi possível se constatar alguns pronunciamentos que indicavam uma postura mais ativista por parte dos julgadores. Entretanto, também foi possível

se observar manifestações com características do positivismo, do realismo e do minimalismo, o que demonstra, mais uma vez, que embora a judicialização seja um fenômeno que propicie uma maior discussão sobre as diversas teorias de interpretação constitucional, com elas não se confunde.

A reflexão sobre o minimalismo, o realismo e o ativismo judicial é especialmente importante na área criminal, na qual é recomendável que o Poder Judiciário estabeleça paradigmas de interpretação para casos futuros, sobretudo diante do caráter preventivo que suas decisões ostentam.

Se de um lado é atraente a ideia de deixar em aberto questões complexas, especialmente para se obter consenso em órgãos colegiados, como é característica das posições minimalistas, de outro lado é fundamental que a Corte Suprema estabeleça padrões de orientação para casos semelhantes, seja para pautar a interpretação para outros órgãos jurisdicionais, seja para fixar modelos para reprovação de comportamentos criminosos cuja punição a lei prevê.

Da mesma forma, quanto ao entendimento das regras processuais penais, é extremamente relevante se anunciar a posição da cúpula do Poder Judiciário sobre determinados procedimentos e institutos, vez que estão sendo aplicados diariamente em milhares de casos em todo o país. Necessário reforçar, portanto, o caráter didático das decisões judiciais na esfera criminal, o que acaba sendo comprometido pela adoção de uma postura mais minimalista.

O realismo jurídico também apresenta problemas na esfera criminal. De fato, adotar-se a realidade social como fundamento principal em detrimento da lei pode gerar decisões judiciais viciadas por um decisionismo político absolutamente indesejável. O jus-realismo, apresentado como uma vertente mais radical à frente do ativismo judicial, apresenta esta face extremamente nociva. Sobre decisões judiciais viciadas por decisionismo político, esclarece Anderson V. Teixeira:

[...] antes mesmo de se conhecer pormenores do caso concreto, parte-se de predeterminações e predefinições que fogem

dos limites da causa e buscam a satisfação de orientações morais, ideológicas ou políticas que o julgador possui. Ou seja, ocorre quando se busca encontrar qualquer fundamento legal ou jurisprudencial, por mais incompatível que seja com as exigências regulativas do caso concreto, apenas para justificar a adoção de uma decisão já predefinida ideologicamente.<sup>8</sup>

Mas é curioso que se no âmbito cível/constitucional o ativismo se caracteriza pela atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos fundamentais, um juiz ativista criminal poderia ser essencialmente um garantista, de modo que a interpretação das normas sob esse prisma teria, curiosamente, um viés mais conservador, ao contrário do que ocorre com a interpretação ativista das normas constitucionais na esfera não criminal. Seria uma visão do constitucionalismo garantista atrelado ao positivismo.

De outro lado, há aqueles que compreendem o ativismo judicial como uma forma de interpretação em que se procura dar maior efetividade às normas repressivas sob o argumento da defesa do interesse público. Esse entendimento parte do pressuposto de que a sociedade não tolera mais um Poder Judiciário absolutamente legalista, e que se limita a aplicar a norma sem perceber as mudanças em relação ao Estado e à criminalidade, defendendo não haver mais razão em compreender o direito penal e o direito processual penal atuais, sob a perspectiva liberal clássica fundada na proteção do indivíduo contra a tirania do Estado violador, que usaria toda sua estrutura e arsenal contra a criminalidade individual.

É certo que a realidade atual é bem diferente, sobretudo se considerarmos a estrutura modesta do Estado, que tem tido dificuldades sérias para combater a criminalidade organizada infiltrada inclusive na estrutura estatal. Esse descompasso existente entre as posturas liberais e a realidade atual tem sido um dos fatores ensejadores da impunidade que abate a sociedade brasileira e tem feito com que muitos julgadores defendam a supremacia da segurança pública contra os interesses individuais na interpretação das normas constitucionais.

---

<sup>8</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski, op. Cit., p. 51.

Com efeito, a defesa da segurança pessoal dos cidadãos não seria tão importante quanto a proteção da saúde, da educação ou do trabalho? Não foram esses direitos elevados à categoria constitucional e que podem ser protegidos penalmente?

Ao discutir a necessidade de proteção desses bens e tratar a segurança como direito fundamental do cidadão, Lenio Streck aponta:

Contra o poder do Estado, há que se lançar mão de todas as garantias constitucionais. Trata-se daquilo que pode ser denominado de “garantismo negativo”. É a proteção do cidadão contra os abusos cometidos pelos agentes estatais (Übermassverbot). Há, nesse aspecto, uma certa pressuposição de que o Estado se coloque como adversário ou até mesmo como inimigo da cidadania e da sociedade. Mas essa pressuposição é apenas *juris tantum*, e não *jure et jure*. Com efeito, parece não haver dúvida no sentido de que os abusos cometidos por agentes estatais podem trazer consequências diferentes, *dependendo do modo como são praticados*. Assim, o abuso de direito cometido por um juiz ou policial contra um cidadão pode ser corrigido pela via de *habeas corpus*. É, pois, um ato abusivo do Estado contra um interesse individual. Entretanto, pode ocorrer que determinado ato (abusivo) acarrete consequências para o restante da sociedade, isto é, em relação aos demais cidadãos, como no caso da concessão de *habeas corpus* ou liberdade provisória feita de forma equivocada, inconstitucional. Para ser bem específico: uma decisão judicial equivocada pode colocar em risco um bem jurídico fundamental dos demais membros da sociedade, isto é, a segurança pública. O que fazer nessas circunstâncias? A Constituição e o sistema processual penal proporcionam apenas a proteção em uma determinada direção? Não há uma mão dupla nesse trato com o *status libertatis*?”<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> STRECK, Lenio Luiz. “Entre Hobbes e Rousseau – a dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal”. In: *Direito penal em tempos de crise*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 89.

O surgimento do modelo de Welfare State e a complexidade social do século XX passaram a exigir que não se defenda apenas a proteção do indivíduo contra abusos estatais (garantismo negativo), mas sim que sejam utilizados os meios preventivos e repressivos indispensáveis à defesa da segurança e dos direitos e liberdades dos cidadãos,<sup>10</sup> sobretudo diante da criminalidade transindividual, que nefastas consequências têm produzido na sociedade, como é o caso dos crimes financeiros, de lavagem de dinheiro, sonegação fiscal e praticados por organizações criminosas em geral.

E não há como negar que as normas e conceitos jurídicos devam ser interpretados num dado contexto social e em determinado período histórico, elementos esses que podem alterar sobremaneira o resultado de um julgamento. O caráter dinâmico do direito e a multiplicidade da sociedade contemporânea precisam ser considerados na evolução da forma pela qual a Constituição é interpretada, havendo a necessidade, porém, de se estabelecer um procedimento seguro para as decisões a fim de evitar a arbitrariedade judicial.

Mas é certo que o argumento da tutela dos direitos fundamentais deve valer tanto para a proteção do indivíduo contra o Estado como também para proteção do indivíduo contra outros indivíduos. Assim, sob o aspecto criminal, é importante que a concepção do Estado seja ampliada para além do papel do órgão violador e da figura de inimigo do cidadão, colocando-se atualmente mais como um implementador dos direitos fundamentais de toda a coletividade e, nesta medida, como defensor da segurança e da saúde de todos os cidadãos, sem distinção.

## REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica – Para uma teoria da dogmática jurídica*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>10</sup> STRECK, Lenio Luiz, op. Cit., p. 97.



BARROSO, Luís Roberto. “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”, dez. 2008. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica](http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica)>. Acesso em nov. 2014.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. “O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?” In: *Revistausp*, São Paulo, n. 21, mar/abr/mai 1994.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 24 ed., 2009.

TAVARES, André Ramos. *Manual do Poder Judiciário brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. “O originalismo e a justiça constitucional substantiva”. In: *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 1, n. 3, ed. Fórum/IBEC, jul./set. 2007.

SCALIA, Antonin. Originalismo: O mal menor. In: *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 1, n. 3, ed. Fórum/IBEC, jul./set. 2007.

STRECK, Lenio Luiz. “Entre Hobbes e Rousseau – a dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal”. In: *Direito Penal em Tempos de Crise*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 75-110.

\_\_\_\_\_. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. “Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política”. In: *Revista direito GV*, São Paulo, n.15, jan./jun. 2012.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de Justiça* (um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma). São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

\_\_\_\_\_. “Império da lei ou da corte?” In: *Revistausp*, São Paulo, n. 21, mar/abr/mai 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. Tradução: Juarez Tavares. São Paulo: Ed. RT, 1995.

# LIMITES DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA E O DIREITO QUE QUEREMOS TER

---

**Bianor Arruda Bezerra Neto**

Juiz Federal na SJPB — 5.<sup>a</sup> Região.  
Mestre pela UFPB e Doutorando em Direito pela PUC/SP.  
Professor de Ciência Política no Curso de Relações Internacionais da UEPB.

---

## RESUMO

O presente texto, a partir da filosofia da linguagem, do construtivismo lógico-semântico e da hermenêutica crítica, faz uma análise introdutória do ato de interpretar e da interpretação jurídica, demonstrando sua vinculação direta com os limites da função jurisdicional.

**Palavras-chave:** Interpretação — Hermenêutica — Construtivismo lógico-semântico — Jurisdição.

## ABSTRACT

This paper, based on the philosophy of language, logical-semantic constructivism and critical hermeneutics, analyzes the act of interpreting and legal interpretation, demonstrating its direct link with the limits of the judicial function.

**Keywords:** Interpretation — Hermeneutics — Logical-semantic — Constructivism jurisdiction.

## INTRODUÇÃO

Quais são os **limites** da interpretação jurídica e qual é o seu objeto? Até onde pode ir o juiz ao interpretar o **texto da norma jurídica**? O juiz **descobre** ou ele **atribui/constrói** sentido para os textos normativos que interpreta?<sup>1</sup>

O tema acima é complexo e envolve o estudo de diversos aspectos da atividade jurisdicional, como a Teoria da Decisão Judicial, a Hermenêutica Jurídica, a Teoria da Argumentação, dentre muitos outros aspectos que têm o poder de lançar luzes sobre tema deveras antigo, porém ainda atual e decisivo para a compreensão da atividade jurisdicional e o seu resultado, que compreende a definição das relações jurídicas componentes das lides apresentadas para julgamento ao Estado-juiz. Aqui, especialmente, pode-se destacar a jurisdição constitucional, a qual, entre outros resultados importantes, tem o poder de moldar, juridicamente, quem é o cidadão, a partir das decisões tomadas em seus diversos níveis e que envolvam os direitos fundamentais.

A interpretação jurídica é um **caso especial** da interpretação em geral, de modo que, para analisar esta, primeiro, uma pequena incursão sobre aquela. Nos quatro exemplos que se seguem, são descritas situações que envolvem o ato de interpretar. (1) “João *interpretou* o mau humor de sua namorada Maria, para ele evidenciado pelo silêncio, o olhar tenso e a testa franzida, **como o anúncio do fim da relação afetiva.**” (2) “Maria disse: João, desculpe-me, mas não vou mais ao cinema, pois estou cansada e com dor de cabeça. Ele *interpretou* tais palavras **como o anúncio do fim da relação afetiva.**” (3) “No e-mail de Maria estava escrito: João, você foi grosseiro com o professor. Não faça mais isso. Então, João *interpretou* aquele texto **como o anúncio do fim da relação afetiva.**” (4) “No bilhete deixado em cima da mesa por Maria, havia apenas uma frase:

---

<sup>1</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. São Paulo: Noeses, 2012, pp. 191 e 197.

‘L’amour brise les grilles et se rit des verrous.’ (Kean - Alexandre Dumas) Apesar de seu francês limitado, João não teve dúvida e *interpretou* aquela citação **como o anúncio do fim da relação afetiva**”.

A par dos exemplos acima, podem ser formuladas, ao menos, seis **questões** relevantes: a) qual é o objeto da interpretação? b) em que consiste o ato de interpretar? c) qual é o resultado da interpretação? d) quais as variáveis presentes no ato de interpretar? e) quais as condições de possibilidades para a realização do ato de interpretar? f) qual a finalidade da interpretação?

## 1 O ATO DE INTERPRETAR E O OBJETO DA INTERPRETAÇÃO

Partindo-se da ideia de que a interpretação envolve uma ação e o verbo que a representa não é intransitivo, tem-se que esta ação pressupõe um **objeto**. Em outras palavras, quem interpreta, sempre interpreta algo, que é o objeto da **ação**.

No primeiro exemplo, o objeto da interpretação é a **expressão corporal** de Maria, no segundo, são as **palavras proferidas** por ela, no terceiro, um **texto escrito** e, no quarto exemplo, um **texto escrito em língua estrangeira**, extraído de uma peça teatral de Alexandre Dumas.

Estes, todavia, podem ser chamados apenas de **objetos imediatos** da interpretação, porque é aquilo que se apresenta de maneira mais evidente ao intérprete: a atitude, as palavras faladas e os textos.

Nos quatro exemplos, podemos também identificar objetos de interpretação não tão evidentes e que podemos chamar de **objetos mediatos**. Estes seriam todos os elementos que, de maneira direta ou indireta, compõem o **objeto imediato** da interpretação.

Por exemplo, na primeira situação, a **expressão corporal** está inserida no contexto da relação afetiva existente entre João e Maria e, especificamente, no contexto de algum acontecimento recente, o qual pode ter sido uma briga, uma discussão, estas, por sua vez, podem ter sido causadas por uma traição, ou mesmo, simplesmente, pelo desamor. Podem ainda ser considerados como **objetos**

**mediatos**, ou seja, como elementos componentes do **objeto imediato**, o humor de Maria ou o excesso de ciúme de João. Se quisermos ampliar o quadro de elementos componentes do **objeto imediato** da interpretação, podemos examinar os costumes da sociedade em que João e Maria vivem e que sejam relacionados ao **objeto imediato** da interpretação, dentre outra gama, talvez infinita, de elementos.

A mesma busca pelos diversos elementos que compõem o **objeto imediato** da interpretação também pode ser realizada nos outros três exemplos, sendo que, para cada grupo desses elementos, o intérprete terá que ter **aptidão técnica** ou **experiência** suficiente para identificá-los. Assim, somente um psicólogo pode, com alguma precisão, identificar eventuais causas patológicas para o mau humor de Maria, ou um antropólogo identificar padrões de comportamento em mulheres que desejem trocar de parceiro, e assim por diante.

Todavia, por mais que os **objetos imediatos** de interpretação, nos quatro casos, sejam diversos, por mais que os **objetos mediatos** ou elementos que compõem o **objeto imediato** sejam também diferentes e com grau de intensidade variável nessa composição, quando tratamos de interpretação, é possível identificar um aspecto comum em todos os quatro casos: **todos eles estão expressos em algum de tipo de linguagem**.<sup>2</sup>

Assim, no primeiro caso, o **objeto imediato** está expresso pela linguagem corporal, no segundo caso, ele está expresso pela **linguagem falada**, enquanto nos terceiro e quarto casos ele está expresso através de **textos** ou **linguagem textual**.<sup>3</sup>

Quanto aos **objetos mediatos**, a forma com que se expressam é também por meio da linguagem. Um costume, por exemplo, é fato aferível através da observação de comportamentos repetitivos que são expressos ou representados pelas manifestações éticas, culturais, religiosas, políticas, todas elas materializadas através de linguagens: corporal, ritual, textual etc.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> STRECK, Lenio. *Hermenêutica jurídica em crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pp. 175/180.

<sup>3</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Ibidem*, pp. 189/192.

<sup>4</sup> Em vez de "objeto imediato e mediato", o professor Paulo de Barros Carvalho fala em "intertextualidade", enquanto o professor Lenio Streck aborda o tema a

Em tais termos, podemos dizer, então, que o ato de interpretar consiste no esforço ou atividade de, através da **compreensão da linguagem, conferir algum sentido ao acontecimento que ela expressa**. Interpretar, portanto, é compreender a **linguagem através da qual um acontecimento se expressa e, a partir dessa compreensão, atribuir (construir) um sentido a ele, se isso for possível**.

Quando essa atribuição de sentido é possível e ela ocorre, **o acontecimento ou evento se converte em fato**.<sup>5</sup> Todo fato é, assim, sempre produto da interpretação da linguagem na qual ele se expressa e que pode ser **compreendida** pelo intérprete.

A partir desse aspecto comum a todo objeto de interpretação, que é ser expresso através da linguagem, podemos extrair outra conclusão: **toda linguagem pode ser vertida em texto composto pelo vernáculo ou por qualquer língua estrangeira**.<sup>6</sup>

## 2 OS LIMITES DA INTERPRETAÇÃO E O SEU RESULTADO

O resultado do ato de interpretar é, portanto, a **definição, pelo intérprete, do sentido** que possui o objeto da interpretação.

Para concluir esse processo, o intérprete, obviamente, deve ser conhecedor da linguagem através da qual o objeto da interpretação se apresenta, do contrário, a interpretação tenderá a ser **falha**, o que provocará definições de sentido **falsas e/ou incompletas**.

Se peço a um advogado para que leia um artigo científico que trate de “Complicações Pulmonares Relacionadas à Cirurgia Torácica” e, em seguida, faça uma análise da teoria do autor, bem como a explique a um auditório de médicos, essa tarefa, muito provavelmente, não será desempenhada de forma minimamente

---

partir da “diferença ontológica” e do “dasein” de matriz heideggeriana, bem como das ideias de “círculo hermenêutico” e “pré-compreensão”.

<sup>5</sup> TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2011, p. 32.

<sup>6</sup> CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do direito*. São Paulo: Noeses, 2014, p. 100.

proveitosa para a plateia. O advogado não possui conhecimento da **linguagem** expressa através do **texto** em questão. O resultado seria muito pior se tivéssemos pedido ao nosso advogado para que, em vez do texto, ele avaliasse o paciente, seu prontuário e os exames clínicos respectivos e dali inferisse acerca de eventuais “complicações pulmonares relacionadas à cirurgia torácica” e suas causas. No segundo exemplo, temos outras formas de **linguagem** ainda mais estranhas ao nosso advogado: corpo humano, exames e prontuários. **Todas elas, contudo, podem ser vertidas em puro texto, como no artigo.**

Seguindo essa trilha, os limites da interpretação estão exatamente nos limites da linguagem, tanto nos limites do meu conhecimento sobre ela, quanto nos limites do que ela própria pode expressar. Como disse Wittgenstein: “Os limites de minha linguagem significam os limites de meu mundo.”<sup>7</sup>

Se nada entendo de vinhos, que representa para mim a rica “carta” de um bom restaurante? Se nada sei sobre a Revolução Francesa e, no Louvre, vejo a obra “*La Liberté guidant le peuple*”, de Eugène Delacroix, ela me parecerá apenas mais um “quadro bonito”, dentre tantos. Se iniciar a leitura do título da obra, mas não conhecer a língua francesa, logo desviarei o olhar. Se souber um pouco de francês, talvez pense tratar-se de uma obra que exalte a liberdade sexual ou o feminismo. Se nunca pisei na zona rural de qualquer município, grande ou pequeno, do Norte ou do Sul do Brasil, como posso saber qual é a rotina de um agricultor e sua família? Como posso saber a rotina de mulheres como Sebastiana, que teve nove filhos, e se diz agricultora, apesar do CNIS<sup>8</sup> do marido revelar que ele possui diversos vínculos urbanos esparsos.

Em tais termos, se todo objeto de interpretação se manifesta através de determinado tipo de linguagem, se o pretendo intérprete não possuir a linguagem respectiva, aquele objeto e o acontecimento que ele representa, possui **sentido insignificante** para ele, não

---

<sup>7</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. “Tractatus Logico-Philosophicus”. New York: Barne & Nobles, p. 121. (“The limits of my language mean the limits of my world.”.)

<sup>8</sup> A sigla significa Cadastro Nacional de Informações Sociais. Trata-se de banco de dados do Ministério da Previdência Social que, entre outros, registra as atividades econômicas formais (ou formalizadas) desempenhadas pelo segurado.



passando de um **evento** obscuro, nebuloso e, provavelmente, irrelevante. Por exemplo: olho para o céu e vejo o azul do firmamento e várias nuvens claras. Retorno o olhar, sem que nada tenha sentido para mim. Se, ao contrário, eu tiver a linguagem de um meteorologista, conseguirei obter sentidos que tornem relevante o que vi. Se tiver sensibilidade poética, talvez crie sentidos para o que vejo, mas será **pura invenção**.

Assim, antes que alguém descreva um acidente de trem, por exemplo, ali não se tem um **fato**, mas apenas um **evento**.<sup>9</sup> É o fato totalmente composto de linguagem, posto que o evento já faz parte do passado. Todos aqueles que, dali em diante, se referirem ao acidente, não mais falarão do **evento**, mas do **fato**, tal como sua cultura e seu contexto permitirem construí-lo. Outro exemplo: imagine-se um observador diante de uma foto da via láctea ou de uma cotidiana radiografia de pulmão. Nada nestes dois objetos pode ser representado na mente do observador que faça algum sentido, a menos que seja astrônomo ou médico. Portanto, para eles, trata-se de uma **realidade obscura**, que nada lhes revela.

Quem não conhece a linguagem, porém queira forçar a sua interpretação, provavelmente inventará, será enganado ou enganará alguém, pois não será capaz de atribuir algum sentido correto (possível) a ela.

Não se pode esquecer que somente é linguagem a expressão que possui significado conhecido e compartilhado, do contrário ainda não é **linguagem**<sup>10</sup> e, portanto, ainda não pode ser compreendida. **Por essa razão, pode-se falar em compreensão<sup>11</sup> correta e atribuição de sentido possível.**

---

<sup>9</sup> TOMÉ, Fabiana Del Padre. *Ibidem*, p. 32.

<sup>10</sup> Para os conceitos de língua, linguagem e fala, bem como sobre o uso mais amplo do termo linguagem, consultar: CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do direito*. São Paulo: Noeses, pp. 163/165.

<sup>11</sup> Para se compreender a linguagem, como dito, necessário possuir a capacidade para compreendê-la. Para tanto, necessário refletir acerca da ideia de "pré-compreensão". Segundo o Professor Lenio Streck, na obra *Hermenêutica jurídica em crise*, "para Gadamer, é da totalidade do mundo da compreensão que resulta uma pré-compreensão que abre um primeiro acesso de intelecção; a pré-compreensão constitui um momento essencial do fenômeno hermenêutico e é impossível ao intérprete desprender-se da circularidade da compreensão."

### 3 O RESULTADO DA INTERPRETAÇÃO É PREVISÍVEL?

Não, absolutamente. Se toda interpretação pressupõe uma linguagem que é seu objeto e, se toda linguagem pressupõe certa uniformidade de sentido, maior ou menor, por que razão a interpretação não é previsível?

A resposta é simples: não é previsível, porque, para interpretar, o sujeito opera a partir da compreensão da linguagem objeto e a compreensão pode ser impossível de ser prevista, porque não se sabe: **a)** quais objetos mediatos o intérprete levou em conta para compor o **objeto imediato** da interpretação;<sup>12</sup> **b)** se ele tinha a capacidade intelectual e/ou cognitiva de compreender a linguagem objeto e as componentes levadas em conta por ele; **c)** se ele, consciente ou inconscientemente, violou o sentido compartilhado da linguagem interpretada, **segundo sua conveniência**.

A interpretação que João fez, nos quatro exemplos iniciais: a) pode ter levado em conta sinais anteriores do desamor de Maria; b) pode ter sido influenciada por distúrbios afetivos que ele possui e que o levam a ter complexo de rejeição; c) pode ter sido influenciada pelo seu desejo de terminar a relação, por estar apaixonado por outra pessoa; d) pode ser fruto do seu machismo, ao interpretar o mau humor de Maria ou suas palavras e textos; e) pode, simplesmente, ser decorrência da incapacidade dele de interpretar os sentimentos de Maria, estes manifestados por suas variadas formas de expressão.

Mesmo quando a interpretação envolve linguagem textual, a previsibilidade da interpretação é também improvável, em razão da infinita quantidade de variáveis constantes do processo de compreensão da linguagem:<sup>13</sup> aspectos psicológicos, cognitivos, crenças, preconceitos, má-fé, deficiência técnica, quantidade de objetos mediatos levados em conta etc.<sup>14</sup>

<sup>12</sup> Na linguagem de Paulo de Barros Carvalho: não se sabe a extensão da intertextualidade considerada e possível.

<sup>13</sup> Sobre as ideias de “círculo hermenêutico”, “horizonte interpretativo” e “pré-compreensão”, cf. a obra *Hermenêutica Jurídica em crise*, já referida, de autoria do professor Lenio Streck, a qual possui sua matriz na hermenêutica filosófica de Heidegger e Gadamer.

<sup>14</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Ibidem*, pp. 180/204.

Quando inicia a biografia de Olga Benário, Fernando Moraes escreve o seguinte:

A história que você vai ler agora relata fatos que aconteceram **exatamente como estão descritos neste livro**: a vida de Olga Benário Prestes, uma história que me fascina e atormenta desde a adolescência, quando ouvia um pai referir-se a Filinto Müller como o homem que tinha dado a Hitler, “de presente”, a mulher de Luís Carlos Prestes, uma judia comunista que estava grávida de sete meses.<sup>15</sup> (grifei)

Mais adiante, prossegue o autor: “Embora a ameaça de expulsão fosse cada vez mais iminente, uma ponta de esperança permitia que Olga sonhasse ter seu filho no Brasil: apesar do estado de sítio que acabava de ser renovado, apesar do clima de anticomunismo e de hostilidade renovado aos judeus que se disseminava no Brasil, apesar da indisfarçada simpatia que o governo Vargas manifestava pelo nazismo na Alemanha, a Constituição brasileira, que continuava em vigor, garantia, às mulheres que estivessem esperando filhos, de pais brasileiros o direito de tê-los no país.”<sup>16</sup>

O ano era 1936 e a Constituição em vigor era a de 1934. Quem lê a passagem e conhece o Direito Constitucional brasileiro, sabe não ser correta a referência do autor à Constituição, pois não havia, à época, norma jurídica, constitucional ou não, que dispusesse nesse sentido.<sup>17</sup> Logo, na linguagem textual, o sentido do termo Constituição foi mal posto pelo autor e isso fará com que a interpretação

<sup>15</sup> MORAIS, Fernando. Olga. São Paulo: Companhia de Bolso, 2008.

<sup>16</sup> *Idem. Ibidem.*

<sup>17</sup> Segundo Hildebrando Accioly e Geraldo Eulálio do Nascimento, em seu *Manual de Direito Internacional Privado*, pp. 336/338, somente com a Constituição de 1946 (art. 129, I e II), apareceu norma proibitiva da expulsão de estrangeiro que possuísse filho brasileiro, tema que não voltou a ser tratado na Constituição de 1967, nem na Constituição de 1988. No plano infraconstitucional, a norma apareceu no Decreto-Lei n.º 417/69. A norma atualmente em vigor, a Lei n.º 6.815/80, dispõe sobre a proibição em comento no seu artigo 75. A expulsão de Olga Benário ocorreu em outubro de 1936, após o *habeas corpus* impetrado em seu favor ter sido rejeitado pelo STF, no dia 17 de junho de 1936. Não havia, contudo, uma situação de completa anomia sobre o tema da expulsão, uma vez que o Brasil era signatário da Convenção de Havana de 1928.

dele seja falha. Quem não tem formação jurídica, mas um bom nível cultural, provavelmente, compreenderá a linguagem do autor no sentido de que houve o mais alto grau de ilegalidade por parte do Governo brasileiro. Quem tenha formação em política, talvez até concorde com a expulsão de Olga, estrangeira que, clandestinamente, veio ao Brasil para tentar derrubar um Governo constitucionalmente legítimo, Governo este que, se não fora eleito diretamente pelo povo, mas o fora por colégio eleitoral, tinha o apoio do Congresso Nacional e não era rejeitado pelo povo brasileiro.

E assim, tantas interpretações diversas serão feitas, pois a compreensão da linguagem não é passível de controle, como acima demonstrado, o que leva a interpretações variadíssimas de textos literários, sejam eles supostamente baseados em fatos reais, ou não. Por exemplo: será que os demais leitores do *Amor nos tempos do cólera*, de Garcia Marquez, acharam Fermina Daza tão bela e boba quanto eu? Será que alguém interpretou, como eu, o amor de Florentino Ariza por ela como fruto de uma atitude patológica? Lady MacBeth enlouqueceu ou se suicidou por remorso?

#### 4 A HERMENÊUTICA

O problema da interpretação, portanto, parece residir na compreensão da linguagem, ou das diversas linguagens de que se compõe seu objeto. A tarefa da hermenêutica é debruçar-se, pesquisar e tentar sistematizar esse processo interpretativo.

A “**filosofia da linguagem**” tem como premissa a ideia de que a **realidade**, tal como percebida pelo ser humano, é construída, toda ela, mediante o uso da **linguagem**. Isso não significa que os eventos físicos não existam sem a presença do ser humano, mas que eles somente adquirem algum **sentido** para nós quando organizados através da linguagem, de maneira que, sem a linguagem, os eventos não têm sentido para o homem e, portanto, existência **relevante**.<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup> BEZERRA NETO, Bianor Arruda. Hermenêutica jurídica e teoria da decisão judicial na obra do professor Paulo de Barros Carvalho. In CARVALHO, Paulo

Segundo essa visão, as informações que o ser humano capta, seja através dos sentidos, seja através da intuição, são todas decodificadas em linguagem e, a partir desta, ganham individualidade, relação de causalidade, características e, portanto, sentido e existência. O conhecimento, portanto, é sempre um conhecimento a partir da linguagem. Por sua vez, através da linguagem, a realidade é constituída. No Brasil, entre os juristas, a hermenêutica é trabalhada a partir do marco da “filosofia da linguagem”, entre outros, pelo Professor Paulo de Barros Carvalho, bem como pelo Professor Lenio Streck.

O Professor Paulo de Barros Carvalho trabalha essa visão a partir da ontologia regional, da fenomenologia e da semiótica de Edmund Husserl (*A ideia da fenomenologia / Investigaciones Lógicas*), da semiótica de Charles Sanders Peirce (*Semiótica*), da linguística de Roman Jakobson (*Linguística e Comunicação*), da lógica de Gotlob Frege, da ideia do mundo como linguagem de Wittgenstein (*Tractatus Logico-Philosophicus* e *Investigações Filosóficas*), da hermenêutica filosófica de Hans Georg Gadamer (*Verdade e Método*) e do construtivismo lógico-semântico do direito, iniciado por Lourival Vilanova sob os auspícios do neopositivismo kelseniano (*Escritos Jurídicos e Filosóficos*), temperado pelo culturalismo da Escola de Baden, mas que vem sendo desenvolvido com grande fôlego e vigor pelo Professor Paulo de Barros Carvalho e sua **escola**, mediante novas reflexões baseadas no quanto se tem pesquisado sobre o direito no marco da filosofia da linguagem, da teoria comunicacional, da teoria da argumentação, da teoria da decisão judicial, da intersubjetividade ética, da hermenêutica crítica etc.

A partir da mesma matriz teórica composta pelos pensadores que lideraram o movimento do “giro linguístico”, o Professor Lenio Streck e sua **escola** também trabalha essa visão da realidade como linguagem. Todavia, enquanto o primeiro mestre desenvolve o construtivismo lógico-semântico, o segundo desenvolve hermenêutica

---

de Barros e MAIA, Robson (Organizadores). *Ensaios sobre jurisdição federal*. São Paulo: Noeses, 2014.

jurídica filosófica a partir das ideias de Heidegger (Ser e Tempo), Gadamer (Verdade e Método) e Dworkin, possuindo extensa, profunda e importante obra com incursões pela hermenêutica crítica, pela teoria da argumentação, pela teoria da decisão judicial etc.

Em contraposição à mencionada visão do mundo, há outra,<sup>19</sup> segundo a qual a realidade não é constituída pelo homem através da linguagem, mas existe **independentemente** do ser humano. A este cabe, através dos sentidos e da intuição, acessar essa realidade, apreendê-la e captar-lhe a **essência**, esta que seria **permanente** e **imutável** (“metafísica do objeto”). Uma vez que tal se dê, diz-se que o homem **descobriu** ou **encontrou** a realidade, passando, assim, a conhecê-la. Esse processo de conhecimento, importante ser frisado, dar-se-ia não apenas através dos sentidos e da intuição, mas também através de processos mais elaborados como a dialética platônica e o silogismo aristotélico.

A visão de que o mundo é constituído pela linguagem também se opõe a outra<sup>20</sup> forma de pensar, que é aquela que compreende a realidade como fruto da **pura** construção subjetiva do sujeito do conhecimento. Nesse modelo, o sujeito individual é o centro da realidade e é ele quem a cria a partir de seu **gênio** e de sua capacidade de **raciocinar** (“metafísica da consciência” ou “filosofia da consciência”). Da mesma forma como ocorre com a filosofia das essências dos objetos, também aqui o ser humano acessaria o objeto, porém não para conhecer-lhe a essência imutável e fundamental, mas para dar-lhe uma (essência), segundo sua própria **subjetividade**.

Assim, tanto na corrente trabalhada pelo **construtivismo lógico-semântico**, desenvolvida pelo Professor Paulo de Barros Carvalho, quanto na corrente trabalhada pela **hermenêutica filosófica** do Professor Lenio Streck, o sujeito do juízo não tem **acesso** aos objetos, mas apenas à linguagem que os constrói. De outro lado, ao contrário do que ocorre na “filosofia da consciência”, forjada a partir

---

<sup>19</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>20</sup> *Idem, ibidem.*

do que se convencionou chamar de “**sujeitocentrismo**”, o sujeito do juízo não opera, exclusivamente, a partir de sua subjetividade, mas através de códigos comuns, os quais compõem o sistema de comunicação do grupo onde vive e que recebe o nome de linguagem.<sup>21</sup> Esse códigos, como resta evidente, não se apresentam como propriedades, nem são relacionados com especificidades dos sujeitos. Muito ao contrário, antes pertencem ao grupo e são forjados pelo seu modo de ser, pensar e realizar, ou seja, pelo sua maneira de viver, sobreviver, morrer, agir e reagir, de maneira que pertencem à história, à cultura, à tradição em que inserido o sujeito, com suas crenças, (in)certezas, temores e valores.

Por fim, deve ser observado que a linguagem cumpre relevante papel em todas as três visões acima apresentadas, uma vez que é através dela que o ser humano se expressa e se localiza no mundo. Na “metafísica do objeto” e na “metafísica do sujeito”, contudo, a linguagem funciona como elemento **mediador** entre o ato humano de conhecer e o objeto do conhecimento. A linguagem é, assim, um instrumento através do qual o ser humano acessa a realidade. Na “metafísica do objeto”, a linguagem funciona como espelho ou mecanismo reprodutor da realidade, em uma espécie de **isomorfismo**<sup>22</sup>, na qual os termos têm a mesma essência dos objetos que designa, cabendo, ao ser humano, descobri-la na realidade e expressá-la na linguagem adequada. Na “metafísica do sujeito”, ocorre o inverso. Cabe ao ser humano criar a linguagem capaz de expressar a essência dos objetos. Através da linguagem criada é que a essência dos objetos pode ser **captada**. Para Descartes, a matemática seria uma linguagem capaz de captar, por indução, a essência do universo e produzir conhecimento científico, pois, a partir dela, tudo poderia ser descrito e medido através do uso da razão (“racionalismo filosófico”). Porém, para esse mesmo filósofo, também a linguagem comum poderia cumprir esse papel, desde que seguido seu método

---

<sup>21</sup> ARAÚJO, Clarice Von Oertzen. *Semiótica do Direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 19.

<sup>22</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. *Ibidem*.

analítico, o qual chamou de “itinerário da dúvida”. Por sua vez, na “filosofia da linguagem”, como dito, o papel da linguagem não é a de mediadora do conhecimento, como algo que liga o sujeito ao objeto, mas de “**matéria-prima**”<sup>23</sup> deste último.

Nas palavras da Aurora Tomazini de Carvalho:<sup>24</sup>

Temos, para nós, que a realidade não passa de uma **interpretação**, ou seja, de um sentido atribuído aos dados brutos que nos são sensorialmente perceptíveis. Não captamos a realidade, tal qual ela é, por meio da experiência sensorial (visão, tato, audição, paladar e olfato), mas a construímos atribuindo significado aos elementos sensoriais que se nos apresentam. O real é, assim, uma construção de sentido e como toda e qualquer construção de sentido dá-se num universo linguístico. É neste contexto que trabalhamos com a afirmação segundo a qual a linguagem cria ou constrói a realidade.

Essa visão hermenêutica, a partir da realidade como linguagem foi, paulatinamente, sendo construída na filosofia de fins do século XIX e início do século XX e encontra seu ápice com o chamado “**giro linguístico**”,<sup>25</sup> movimento filosófico que pretendeu abandonar a “filosofia da consciência” e partir para o desenvolvimento da chamada “filosofia da linguagem”, onde a linguagem ocupa o centro de investigação e, portanto, é considerada **chave** de resposta das eternas perguntas filosóficas sobre a teoria do conhecimento, a ética, a estética e a metafísica.

## 5 A HERMENÊUTICA JURÍDICA

O objeto de interpretação do direito, por excelência, é o **texto da norma** jurídica.<sup>26</sup> Mas não só. No âmbito das demandas judiciais,

<sup>23</sup> *Idem*. Investigações Filosóficas. Tradução de José Carlos Bruni. Nova Cultura: São Paulo, 1999.

<sup>24</sup> CARVALHO, Aurora Tomazini. *Ibidem*, p. 18.

<sup>25</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Ibidem*, p. 159/161.

<sup>26</sup> *Idem*. *Ibidem*, pp. 180/205.



por exemplo, o juiz também interpreta os textos produzidos pelos advogados em suas diversas petições, as palavras proferidas por partes e advogados em audiências, bem como as demais e variadas provas produzidas.

Os textos normativos apresentam-se, formalmente, no **vernáculo** e na forma **deôntica**. Eles compõem uma linguagem e, nessa qualidade, apresentam-se ao intérprete, para que este possa apontar o sentido que possuem.

Interpretar textos requer, pois, o conhecimento da estrutura da língua e a função dos termos na composição dos períodos, orações, sintagmas e frases (**sintaxe**), o significado dos grafemas, palavras, expressões (**semântica**), bem como estar atualizado com o uso desses mesmos grafemas, palavras, expressões por determinados grupos de pessoas, em determinadas circunstâncias (**pragmática**).

A tarefa parece simples, mas podemos fazer algumas perguntas para **complicá-la**. Os textos das normas jurídicas tratam de parte da realidade social que pretendem reger. Todavia, a realidade é **complexa**. Quando um texto normativo refere-se à parte dela, ele **omite**, intencionalmente ou por desconhecimento, outra grande parte da realidade. Em outras palavras, quando a norma considera algum **fato** da vida social para sobre ele fazer **incidir** uma regra de **conduta**, ela, em verdade, **recorta e isola** parte da realidade.<sup>27</sup> Nessa operação, a norma considera alguns aspectos dele e desconsidera outros, ou seja, faz o recorte da realidade levando em conta aspectos econômicos, mas desprezando aspectos históricos. Aqui, as possibilidades são **inumeráveis**, como está posto no exemplo abaixo.

Em tais termos, fora da norma jurídica todo **objeto imediato** da interpretação comumente é composto por uma infinidade de outros **objetos mediatos**. Na vida comum, como apontado acima, isso ocasiona a imprevisibilidade das compreensões. E no direito, cuja norma faz a **redução** do **objeto imediato** da interpretação? O intérprete deve considerar somente o **objeto imediato**, que se

---

<sup>27</sup> BRITTO, Lucas Galvão. *O lugar e o tributo*. São Paulo: Noeses, 2014, p. 1.

mostra nos textos jurídicos ou, ao contrário, é dado a ele incursionar por todo e qualquer **objeto mediato** que componha o **objeto imediato**?

A outra pergunta que pode ser feita é a seguinte: ao tentar compreender os textos jurídicos, pode o intérprete **desprezar** o sentido corrente que a tradição cultural e, especialmente a cultura jurídica, atribuem à linguagem ali envolvida, **substituindo-o** por um que lhe seja **próprio** ou **particular**. Em outras palavras, pode o intérprete alterar o sentido dos termos e expressões que compõem o objeto da interpretação, com o objetivo de formar conceitos e ideias próprias dele, o intérprete, **a seu talante e conveniência**?

Estas duas perguntas são seminais na hermenêutica jurídica. Exemplificando a primeira pergunta. O casamento possui aspectos antropológicos, sociológicos, religiosos, econômicos, psicológicos e, dentre tantos outros, também aspectos jurídicos. O art. 1.514 do Código Civil diz que “o casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados”. Pode o intérprete levar em consideração algum aspecto não levado em conta pela norma acima e utilizá-lo para compor o objeto de sua interpretação, qual seja, o texto da referida norma? Por exemplo, pode o intérprete, observando os costumes sociais, e, portanto, a partir de visão devidamente justificada pela sociologia, interpretar o texto acrescentando o que se observa na sociedade, qual seja, uma tendência à formação de casais homoafetivos? Se a resposta for **positiva**, então também é possível que outro intérprete, levando em conta aspectos religiosos, pense exatamente de forma **oposta**? Qual a interpretação **correta**? É possível falar do princípio da **igualdade** e do princípio da **dignidade humana** sem abordar os aspectos sociológicos e religiosos acima referidos? **Até onde pode ir o intérprete**? E aspectos econômicos, podem ser abordados, quando o texto da norma a eles não aluda direta ou indiretamente, nem haja norma constitucional alusiva a eles **diretamente**? Aqui a palavra diretamente deve ser frisada porque nossa constituição, extensa que é, repleta de normas inconclusivas (os princípios), refere-se indiretamente a “**quase tudo**”.

No caso da segunda pergunta, a ideia seria a seguinte: interpretando o mesmo artigo, o jurista **ignora** a linguagem na qual o

texto está vertido e a **substitui** pela sua própria linguagem. Onde está dito homem e mulher, ele substitui por “**pessoas**”, porque acha que a linguagem original é **discriminatória**. Evidentemente, ele buscou fora do objeto da interpretação outros objetos para compor o objeto originário. Onde ele foi? Que critérios utilizou? Será que se valeu apenas de sua própria **vontade**, movida por sua própria **intuição** sobre o certo e errado. O direito **admite** essa extensão para a interpretação?

Será que, em ambos os casos, não estamos diante de questões **ideológicas** (axiológicas, portanto) que transcendem qualquer tipo de interpretação? Por ora, deixemos apenas a reflexão.

**O que importa pontuar**, ao fim, é que a hermenêutica tem uma função **estruturante** do direito, pois, conforme seja a resposta dada a estas perguntas, assim será a estrutura do direito com que teremos de conviver e, sobretudo, **preservar** e com ele sermos **coerentes**.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há várias escolas jurídicas estruturadas em torno dessas duas questões. Para resumir, poderíamos citar quatro delas. O formalismo, o neopositivismo, o realismo e neoconstitucionalismo.

Para o **formalismo** (positivismo legalista), o intérprete não pode considerar qualquer **objeto mediato**, mas ater-se ao **objeto imediato**, ou seja, aos estritos termos do texto legal. Neste contexto, não lhe é permitido tentar compreender qualquer **objeto mediato**, pois esta compreensão já foi feita pelo legislador e tudo que compõe o **objeto imediato** já está contido na sua respectiva compreensão. Não seria exagero dizer que, para o formalismo, é **proibido** compreender a linguagem além dos estritos termos em que ela se revela para o senso comum do jurista, ou seja, para o jurista médio.<sup>28</sup>

---

<sup>28</sup> Nas palavras do professor recifense Paula Batista, autor do clássico *Compêndio de hermenêutica jurídica*, publicado em 1872: “Interpretação é a exposição do verdadeiro sentido de uma lei obscura por defeitos de sua redação, ou duvidosa com

Não é dado ao intérprete, portanto, fazer indagações em torno, por exemplo, de outros aspectos da realidade que compõem aquele que se apresenta ali naquele texto.

No caso do **neopositivismo**, o intérprete deve adotar postura semelhante à do formalismo, porém até certo ponto. Para essa escola, o texto da norma jurídica nem sempre é conclusivo, a ponto de apresentar um sentido completo. Admitem-se textos com mensagens inconclusivas, de modo que ao intérprete, somente nestes casos, fica admitido incursionar em busca de objetos mediatos componentes do objeto da interpretação. É a “**moldura da norma**” de Kelsen<sup>29</sup> e a “**textura aberta**” de Hart.<sup>30</sup>

Para o **realismo**, o intérprete está livre para investigar todo e qualquer **objeto mediato** que compõe o **objeto imediato** da interpretação, inclusive, para reconstruí-lo de forma completamente diferente.<sup>31</sup> Esta escola, contudo, opera a partir do respeito à **tradição**, que se revela na linguagem, e ao **pragmatismo**, de modo que este é o que justifica essa busca do intérprete. Em termos judiciais, pragmatismo significa resolver os conflitos a partir da consideração dos valores sociais mais importantes envolvidos.

Para o **neconstitucionalismo**,<sup>32</sup> o intérprete sempre deverá considerar, na composição do **objeto imediato** da interpretação, todos os **objetos mediatos** que o compõem e que estejam em normas constitucionais. No caso das constituições produzidas na segunda metade do século XX, isso significa, praticamente, uma ausência de

---

relação aos fatos ocorrentes ou silenciosa. Por conseguinte, não tem lugar sempre que a lei, em relação aos fatos sujeitos ao seu domínio, é clara e precisa.” BATISTA, Francisco de Paul. *Compêndio de Hermenêutica Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1984.

<sup>29</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2012, pp. 273/275.

<sup>30</sup> HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

<sup>31</sup> ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Editorial Trotta, 2013.

<sup>32</sup> BEZERRA NETO, Bianor Arruda. “Júpiter, Hércules, Hermes e a Efetivação dos Direitos Sociais: quem são e por que estes juízes decidem de forma tão diversa?” In *Revista da Justiça Federal - SJPB* (Parahyba Judiciária). João Pessoa: Justiça Federal, 2015.

limites, dado ao grande número de normas-princípios, ou seja, de textura aberta e inconclusivas.

O objetivo da primeira escola é dar, ao direito, o máximo de **autonomia e previsibilidade**. O fundamento era a **democracia** e o respeito à **segurança jurídica**. O problema da primeira escola é ser **artificial ao extremo**, pois é impossível fazer a dissociação e o isolamento por ela pregado.

Já para segunda escola, o objetivo era **aperfeiçoar a primeira**. O seu grande problema, contudo, era conferir, ao juiz, liberdade para operar nos espaços vazios dos textos jurídicos inconclusivos, caindo na imprevisibilidade da compreensão apontado no item quatro acima.

O objetivo da terceira escola, por sua vez, é tornar a jurisdição uma **função prática** e, através dela, dar consecução aos **valores sociais** cultivados em um projeto de nação. Se o realismo, de um lado, permite que se **transcenda** o texto da norma, quando ele existe, de outro impõe grande **respeito à tradição cultural**, especialmente aos **precedentes jurídicos**, mitigando a imprevisibilidade na interpretação, porém não o eliminando, o que constitui um problema.

Por fim, o objetivo da quarta escola é aperfeiçoar a segunda escola, para determinar ao intérprete que, ao operar nas situações de inclusão dos textos normativos, considere, com veemência, **as normas constitucionais**. Seu fundamento é o respeito aos **direitos fundamentais**, elencados nas constituições ou decorrentes de suas normas. Seu grande problema é, especialmente, em países sem tradição de respeito aos **precedentes judiciais**, a **ampliação** do defeito da segunda escola, uma vez que praticamente todos os direitos fundamentais estão postos através de textos normativos inconclusivos e, em razão disso, abertos à composição por **elementos mediatos infinitos**, levando ao perigo da exagerada imprevisibilidade antes referida.

Enfim, qual o direito que queremos ter? Talvez as reflexões sobre **interpretação** jurídica nos aponte um caminho.

## REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO, Geraldo Eulálio. *Manual de Direito Internacional Privado*. Disponível em: <[https://juristas2016.files.wordpress.com/2014/04/manual-de-direito-internacional-hildebrando-accioly-\\_g-e-do.pdf](https://juristas2016.files.wordpress.com/2014/04/manual-de-direito-internacional-hildebrando-accioly-_g-e-do.pdf)>. Acesso em: 30.07.2015, às 11:45h

ARAÚJO, Clarice Von Oertzen. *Semiótica do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Editorial Trotta, 2013.

BATISTA, Francisco de Paul. *Compêndio de Hermenêutica Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1984.

BEZERRA NETO, Bianor Arruda. “Júpiter, Hércules, Hermes e a Efetivação dos Direitos Sociais: quem são e por que estes juízes decidem de forma tão diversa?” In, *Revista da Justiça Federal – SJPB* (Parahyba Judiciária). João Pessoa: Justiça Federal, 2015.

\_\_\_\_\_. “Hermenêutica jurídica e teoria da decisão judicial na obra do professor Paulo de Barros Carvalho”. In CARVALHO, Paulo de Barros e MAIA, Robson (Organizadores). *Ensaios sobre jurisdição federal*. São Paulo: Noeses, 2014.

BRITTO, Lucas Galvão. *O lugar e o tributo*. São Paulo: Noeses, 2014,

CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do direito*. São Paulo: Noeses, 2014.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. São Paulo: Noeses, 2012.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2012, pp. 273/275.

MORAIS, Fernando. *Olga*. São Paulo: Companhia de Bolso, 2008.

STRECK, Lenio. *Hermenêutica jurídica em crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2011, p. 32.

WITTGENSTEIN, Ludwig. "Tractatus Logico-Philosophicus". New York: Barne & Nobles. ("The limits of my language mean the limits of my world").





# REFLEXÕES SOBRE O PREPARO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS – CURSO DE FORMAÇÃO INICIAL DE MAGISTRADOS

---

**Otávio Henrique Martins Port**

Juiz Federal da 3ª Vara de Execuções.

Fiscais de São Paulo - SP.

Mestre e Doutorando em Direito pela PUC - SP.

---

## RESUMO

Nós vivemos em um contexto de proliferação em larga escala de demandas de massa. Por outro lado, há várias demandas individuais complexas, cujas decisões podem ter grande impacto socioeconômico. Os magistrados devem estar devidamente preparados para decidir levando em consideração não apenas o direito, mas também, avaliando as consequências socioeconômicas de suas decisões.

A necessidade do preparo e aperfeiçoamento dos juízes, nesse contexto, é contínua, tendo sido objeto de previsão expressa na Emenda Constitucional n. 45/2004, conhecida como Reforma do Judiciário.

## ABSTRACT

We live in a context of large-scale proliferation of mass demands. On the other hand, there are very complex individual demands and whose decisions can have major socio-economic impact. The judge must be properly prepared not only to decide considering the right, but also evaluate socio-economic implications of their decisions.

The need for preparation and improvement of judges, in this context, it is urgent and continuous, having been manifested this concern by constitutional reform within the Constitutional Amendment 45/04, known as the Judicial Reform.

A meta a ser atingida, em qualquer curso de formação inicial de juízes, é a formação de um juiz ético e imparcial, e ao mesmo tempo atento às inovações tecnológicas e constantes mudanças sociais. O juiz deve ter profundo conhecimento acerca da realidade que o cerca. O objetivo do curso de formação inicial, portanto, é propiciar ao novo juiz a aquisição do conhecimento essencial ao bom exercício da função jurisdicional, não se confundindo com o ensino puramente acadêmico.

**Palavras-chave:** Necessidade — Aperfeiçoamento constante — Magistrados — Curso — Formação inicial.

The goal to be achieved, in any initial training course for the judges, is the formation of a ethical judge, impartial, and at the same time attentive to technological innovations and constant social change. The judge must have a deep knowledge of the reality that surrounds him. What is therefore designed this course is the transfer of institutional knowledge essential to the proper exercise of judicial functions, as opposed to purely academic teaching, whose object is not confused with the initial training.

**Keywords:** Need — Constant improvement — Judges initial training — Course.

## INTRODUÇÃO

A sociedade atual é complexa, com uma proliferação de demandas e necessidades que muitas vezes se contrapõem. A existência de grupos sociais heterogêneos, cujos propósitos muitas vezes acabam por se entrecortar, tem como produto um aumento no grau de litigiosidade. O fato é que as demandas são cada vez mais numerosas e ganham em grau de complexidade, o que as torna de mais difícil atendimento. Esse quadro gera um sem número de conflitos, com alto potencial de litigiosidade.

Os litígios, por sua vez, batem às portas do Poder Judiciário, num número enorme de processos judiciais, cujas estatísticas crescem a cada ano. O excesso de judicialização, nesse sentido, é um fenômeno atual e que não pode ser ignorado, nem pelo estudioso do Direito, nem tampouco pelos cientistas sociais. Suas raízes podem estar fora do direito, mas certamente suas ramificações têm efeitos profundos na forma como se entende e se aplica o direito.

Segundo o relatório publicado recentemente pelo Conselho Nacional de Justiça, tramitaram no Brasil, em 2013, mais de 95 milhões

de ações. O volume de processos em andamento no país cresceu, em relação ao ano anterior. O número de processos concluídos, de 27,6 milhões, foi inferior ao de novas ações ajuizadas, que totalizaram 28,3 milhões. Desde 2009, o estoque de processos em tramitação foi acrescido de 12 milhões de ações, um crescimento de praticamente 14% (quatorze por cento) nos últimos cinco anos, considerando o que entrou e o que saiu do sistema judicial.

No entanto, tal defasagem no número de processos julgados não significa baixa produtividade. Enquanto a taxa de congestionamento, que é alcançada calculando-se o índice de processos que foram efetivamente julgados em relação ao número de processos em tramitação, no ano de 2013, chega a 70,9%, quase 1% superior ao ano de 2012, a produtividade dos juízes aumenta a cada ano. Em 2013, foram proferidas 25,7 milhões de decisões judiciais, o que supera em um milhão o desempenho de 2012, correspondendo a mais de 1.500 ações julgadas por cada juiz. Não se pode, com base nesses dados, concluir que é diminuta, em termos numéricos, a produção de decisões por cada magistrado.

Outra questão importante que se apresenta diz respeito ao número de demandas consideradas repetitivas, que representam o grande contingente das demandas que ingressam no Poder Judiciário Federal a cada ano. Vale dizer, aproveitando-se desse índice de congestionamento e da morosidade no julgamento das demandas, acarretada pela infindável quantidade de recursos, o próprio Poder Executivo, bem como suas autarquias, empresas públicas, além de grandes grupos empresariais, aproveitam-se da lentidão da Justiça para postergar o cumprimento das suas obrigações legais e contratuais, utilizando-se da máquina judiciária como meio de procrastinação do pagamento de seus encargos financeiros. Transfere-se ao conhecimento e à apreciação do Judiciário, muitas vezes, conflitos que poderiam e deveriam ser resolvidos por outras vias extrajudiciais, versando sobre obrigações que deveriam ter sido adimplidas a modo e tempo oportunos, mas cujo inadimplemento se dá exatamente porque o devedor conta com a morosidade judiciária para

relegar, aos exercícios financeiros futuros, o pagamento de suas dívidas. É a mais genuína aplicação do velho adágio popular: *“Devo, não nego, pago quando puder”*.

O quadro atual dentro do Poder Judiciário, portanto, é de asoberbamento e de dificuldade no atendimento às demandas sociais num prazo adequado, em observância ao princípio constitucional da duração razoável do processo.

O cerne da questão que ora se apresenta, objeto desse artigo, é saber como devem ser preparados os juízes, para produzirem decisões conformes a norma jurídica, mantendo um bom índice de produtividade, sem, entretanto, abrir mão da qualidade na elaboração de suas decisões.

Cumprir frisar ainda que, se, por um lado, vivemos num contexto de proliferação em grande escala das demandas de massa, por outro, há demandas individuais muito complexas e cujas decisões podem ter grande repercussão socioeconômica. Interesses múltiplos e contraditórios sempre remanescem em jogo e deve o julgador estar devidamente apto e preparado não só para decidir de forma consentânea ao direito, mas também avaliar as repercussões socioeconômicas de suas decisões.

Importante ainda registrar a necessidade de fazer cumprir as decisões judiciais. Essa questão ganha grande relevo quando o ente responsável pelo cumprimento é de natureza pública, como acontece na maior parte das vezes na Justiça Federal. É impressionante o índice de decisões judiciais que não são cumpridas a modo e termo determinados, seja por motivos de ordem administrativa, como é o caso da falta de organização do serviço ou da insuficiência de recursos orçamentários, ou pela simples recalitrância do devedor. Tal situação, configurada reiteradas vezes, traz desprestígio ao Poder Judiciário perante a sociedade e o enfraquece dentro do sistema de freios e contrapesos da República.

A necessidade de preparação e aperfeiçoamento dos juízes para o enfrentamento dessa pleora de demandas, nesse contexto, é premente e contínua, tendo sido essa preocupação manifestada

expressamente pelo constituinte reformador no âmbito da Emenda Constitucional n. 45/2004, conhecida como Reforma do Judiciário.

Cumpre-nos, inicialmente, portanto, analisar essas normas.

## 1 NECESSIDADE DO APERFEIÇOAMENTO E DE QUALIFICAÇÃO DO MAGISTRADO TEM PREVISÃO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL: QUADRO NORMATIVO

Passemos então a uma breve análise do quadro normativo que disciplina a necessidade de aperfeiçoamento e de qualificação do magistrado:

- a) Art. 93, inciso IV, da Constituição Federal, com a redação dada pela EC n.45/2004: estabelece a previsão de cursos oficiais de preparação e aperfeiçoamento de magistrados, reconhecidos pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, sendo, a efetiva participação em tais cursos, etapa obrigatória do processo de vitaliciamento;
- b) Art. 93, inciso II, alínea c, com a redação dada pela EC n.45/2004: Prevê que o merecimento, como um dos critérios constitucionais para a promoção de magistrados, será aferido pelos critérios objetivos de produtividade e presteza e pela frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento;
- c) Art. 105, parágrafo único, inciso I, com a redação dada pela EC N.45/04: confere atribuição de “status” constitucional à Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados — Enfam, que funcionará junto ao Superior Tribunal de Justiça, cabendo-lhe, dentre outras funções, regulamentar os cursos oficiais para o ingresso e promoção na carreira.

Com base na previsão constitucional que atribui poder normativo regulamentar à Enfam, foram editados diversos atos normativos, cujos princípios gerais são os seguintes:

- a) previsão de curso de formação inicial;
- b) avaliação do curso baseada em estudos de casos, por equipe multidisciplinar;
- c) estabelecimento de conteúdo programático mínimo para o curso de formação;
- d) atribuição de autonomia às entidades organizadoras para ampliar o conteúdo programático dos cursos;
- e) estabelecimento de conteúdo programático mínimo para os cursos de aperfeiçoamento;
- f) fixa a competência do Centro de Estudos Judiciários e das Escolas Judiciais dos Tribunais para a organização e a execução dos cursos.

O Conselho da Justiça Federal, por intermédio do Centro de Estudos Judiciários, valendo-se das disposições constantes do art. 8º, inciso II, da Lei n. 11.798/2008, regulamentou a questão no âmbito da Justiça Federal, devendo ser ressaltado:

- a) a criação do Plano Nacional de Aperfeiçoamento e Pesquisa para Juízes Federais (PNA), sendo, uma das suas diretrizes, a propositura de competências para nortear a formação inicial e o aperfeiçoamento contínuo dos magistrados;
- b) divisão do PNA em quatro programas: formação inicial, formação continuada, formação de formadores e pesquisa, editoração e intercâmbio;
- c) estabelecimento do conteúdo programático mínimo dos cursos de formação inicial;

## 2 REFLEXÕES SOBRE O PREPARO E APERFEIÇOAMENTO DOS MAGISTRADOS

Posto o quadro normativo vigente a respeito da matéria, cumpre-nos então reafirmar a importância da Enfam, Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, com funcionamento

junto ao Superior Tribunal de Justiça, como órgão formulador das diretrizes e políticas de ensino, voltando sua atuação à preparação e formação de magistrados. Às Escolas Judiciais locais, por sua vez, incumbe-lhes a tarefa de, com observância às diretrizes gerais impostas pela Enfam, operacionalizar e levar a efeito a realização de cursos que atendam às necessidades complexas de formação e preparo do juiz moderno.

No âmbito da Justiça Federal, assiste ainda ao Conselho da Justiça Federal, por intermédio do Centro de Estudos Judiciários, a competência de regulamentação dos cursos de formação inicial e continuada dos magistrados federais, estabelecendo diretrizes que devem ser seguidas pelas Escolas Judiciais vinculadas aos Tribunais Regionais Federais.

A respeito da importância das Escolas Judiciais, como órgãos vinculados aos Tribunais responsáveis pela difusão e transmissão do conhecimento científico e institucional indispensáveis ao bom exercício do ofício jurisdicional, o saudoso Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, já nos idos da década de 1990, reafirmou tratar-se de preocupação presente em praticamente todos os países democráticos.

Apenas a título exemplificativo, na Europa ganham destaque, dentre outras, a “Escola Francesa” e a “Escola Espanhola”, marcadas pela divisão em duas escolas distintas: uma destinada à seleção e preparação de novos magistrados; e outra que se ocupa do aprimoramento dos juízes mais antigos. Na Espanha, a Escola Judicial, até então centrada em Madri, a partir de 1996, a exemplo do modelo francês, que tem sedes em Paris e Bordeaux, subdividiu-se, passando a atuar, em relação à formação inicial, em Barcelona, refletindo a tendência dominante de separação entre formação inicial, dirigida aos magistrados recém-empossados, e formação continuada, voltada aos magistrados já no exercício das suas funções.

Nas Américas, destaca-se o modelo norte-americano, composto por duas grandes Escolas Judiciais: o *National Judicial College*, voltado ao preparo dos juízes estaduais, e o *Federal Judicial Center*, órgão da Justiça Federal cuja finalidade precípua é o preparo e

aperfeiçoamento dos Juízes Federais e a promoção de pesquisas visando ao aprimoramento do Judiciário.

Firmada a importância do preparo e do aperfeiçoamento contínuo dos magistrados, que pode ser dividido em duas etapas bem distintas, quais sejam, a formação inicial e a formação continuada, resta saber como deve ser o conteúdo e a metodologia dos cursos a serem ministrados pelas Escolas Judiciais.

Como já mencionamos, as diretrizes gerais, principalmente em relação à formação inicial, são estabelecidas pela Enfam, vinculada ao Superior Tribunal de Justiça, e pelo CEJ, vinculado ao Conselho da Justiça Federal, cabendo às Escolas Judiciais a promoção de cursos adequados a essas diretrizes gerais, observando e respeitando as necessidades e peculiaridades regionais e locais.

Passando a centrar nossa análise na formação inicial, primeiramente, devemos responder as perguntas: que tipo de juiz o mundo contemporâneo precisa? Quais os outros atributos dele exigidos, além da sólida formação técnica?

As respostas a essas perguntas dependem de um exame acurado das competências exigidas do magistrado no desempenho do ofício jurisdicional. Podemos dividir essas competências em técnicas, gerencias e comportamentais.

- a) As competências técnicas compreendem o conhecimento das normas e do instrumental hermenêutico indispensável a sua interpretação e aplicação, a habilidade de analisar um caso concreto, resumi-lo e tomar uma decisão, de forma motivada. Pode-se falar ainda na necessidade de conhecimento multidisciplinar, principalmente no tocante aos efeitos econômicos e sociais das decisões judiciais. Compreendem, ainda, o conhecimento dos métodos utilizados para se chegar a uma decisão judicial: indutivo, dedutivo e intuitivo.
- b) Dentre as competências comportamentais, por sua vez, podemos citar: como portar-se em audiências, como portar-se em redes sociais, como atender aos advogados e partes, como relacionar-se com a comunidade jurídica em geral. Exercício



e incremento de habilidades inter-relacionais, saber ouvir e saber se colocar na forma e no momento adequados. Comportar-se de forma imparcial e independente na condução dos feitos e na elaboração das decisões judiciais.

- c) Competências gerenciais: podem ser subdivididas em:
- c.1) competências referentes à gestão dos processos, como a condução do processo judicial de forma a atingir-se o melhor resultado com a maior eficiência, atendendo-se ao princípio da duração razoável do processo; a conciliação da exigência de produtividade com a manutenção da qualidade da prestação jurisdicional.
  - c.2) competências referentes à gestão de pessoas: estudo de técnicas de exercício de liderança, organização e de gerenciamento de pessoas, visando ao aperfeiçoamento do trabalho em equipe. Desenvolvimento e aprendizagem de técnicas de mediação e conciliação.

A meta a ser atingida, portanto, em qualquer curso de formação inicial, é a formação do juiz cioso de suas atribuições, com comportamento ético, imparcial, e ao mesmo tempo atento às inovações tecnológicas e às transformações sociais constantes. O juiz deve ser um profundo conhecedor da realidade que o cerca. O que se visa, pois, nesse curso, é a transmissão do conhecimento institucional indispensável ao bom exercício da função jurisdicional, em contraponto ao ensino meramente acadêmico, esse último também importante, mas a ser ministrado em outros cursos, principalmente os de pós-graduação, cujo objeto não se confunde com a formação inicial.

Em relação aos objetivos a serem atingidos pela formação inicial, podemos citar ainda, além do desenvolvimento e aprimoramento das competências já afirmadas, a preocupação com a utilização, pelo magistrado, de uma linguagem clara, simples e compreensível, sem menosprezo à técnica jurídica.

Em fevereiro de 2014 foi publicado, pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, o Manual Executivo

da Formação Inicial, contendo uma compilação de regras a serem utilizadas quando da aplicação do Curso de Formação Inicial de Magistrados, estabelecendo que os cursos de formação inicial serão divididos em 3 módulos básicos:

- a) Módulo de recepção dos novos juízes e apresentação da Justiça Federal, composto de apresentação da Escola Judicial, do Tribunal e das unidades judiciárias aos cursandos;
- b) Módulo de estudos, com a apresentação dos fundamentos para a atividade prática jurisdicional e gerencial, no qual serão desenvolvidos os temas propostos pela Enfam e todos os temas necessários à aquisição de competências fundamentais para a atividade judicante. Esse módulo compreenderá ainda as visitas de observação a órgãos de interface com a Justiça, como o Ministério Público, a Defensoria Pública, estabelecimentos prisionais e outras instituições, conforme interesse do Tribunal.
- c) Módulo de atividade prática jurisdicional e gerencial, com o exercício efetivo de atividade jurisdicional, realização de audiências, prolação de decisões e sentenças, tudo supervisionado por juiz orientador. Esse módulo terá a duração mínima de metade de toda a carga horária do curso de formação inicial.

O referido Manual prevê, ainda, de forma bastante didática e clara, a metodologia de aprendizagem, os atores da formação inicial, os métodos de avaliação a serem utilizados, bem como os instrumentos de acompanhamento pedagógico a serem utilizados para essa avaliação. Por fim, faz o registro de algumas boas práticas adotadas pelas Escolas da Magistratura Federal em cursos de formação inicial.

Trata-se de importante instrumento, a ser utilizado como verdadeiro guia prático, quando da aplicação do curso de formação inicial para os novos magistrados.

## REFERÊNCIAS

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 7ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2007

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Administração da Justiça Federal: Concurso de Monografias*. Série Monografias do CEJ. Volume 10. Brasília: 2005

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Manual Executivo da Formação Inicial*. Brasília, fevereiro de 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996

ESCOLA DE DIREITO DO RIO DE JANEIRO DA FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. *A reforma silenciosa da Justiça*. Prêmio Inovare: O Judiciário do século XXI. Rio de Janeiro: 2006

NALINI, José Renato. *Ética da Magistratura: Comentários ao Código de Ética da Magistratura Nacional – CNJ*. São Paulo: Ed. RT, 2009

TAVARES, André Ramos. *Manual do Poder Judiciário brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *O Juiz – Seleção e Formação do Magistrado no Mundo Contemporâneo*. Participação especial de Eládio Lecey, Fátima Nancy Andrichi, José Renato Nalini, Mônica Jacqueline Sifuentes, Nildo Nery dos Santos, Ricardo Arnaldo Malheiros Fiuzza, Sidnei Agostinho Beneti. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1999.

ZAFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. São Paulo: Ed. RT, 1995.



# O PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL E O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE – UMA VISÃO GERAL

---

**Sylvia Marlene de Castro Figueiredo**

Juíza Federal na 10ª Subseção Judiciária de São Paulo (Sorocaba),  
Doutoranda em Direito pela PUC-SP, Mestre em Direito do Estado  
pela PUC-SP e Especialista em Direito Público pela PUC-SP.

---

## RESUMO

No presente estudo, focaliza-se a utilização do Poder Judiciário para a implantação do direito fundamental à saúde.

Aborda-se a evolução dos direitos fundamentais, a força normativa da Constituição, o papel do Poder Judiciário no século XXI e sua atuação proativa.

O tema tratado é de grande importância, encontrando-se na Constituição a resposta para a extensão e os limites do controle do Poder Judiciário, nessa temática de direitos à saúde, devendo ser expurgado eventual subjetivismo, permitindo-se a análise crítica da opção tomada, tutelando-se, assim, os casos concretos que estão a exigir a proteção dos direitos fundamentais.

**Palavras-chave:** Direito Constitucional — Poder Judiciário — Força normativa da Constituição — Direitos fundamentais e sua proteção — Direito à saúde e sua concretização.

## ABSTRACT

The present study focuses on the use of the judiciary to implement the fundamental right to health.

Discusses the evolution of fundamental rights, the normative force of the Constitution, the role of the judiciary in the XXI century and its proactive role.

The treaty issue is of great importance, lying in the Constitution the answer to the extent and limits of the control of the judiciary, that health rights issue and should be expunged any subjectivism, allowing yourself to critical analysis of the option taken, tutoring is thus on specific cases which are demanding the protection of fundamental rights.

## INTRODUÇÃO

O Direito à Saúde é um direito fundamental previsto na Constituição Federal de 1988, garantindo-se a todos o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, segundo preconiza o art. 196, da Carta Magna<sup>1</sup>.

Neste estudo, pretendemos demonstrar que a atuação concretizadora do Poder Judiciário está ligada ao princípio da universalização de jurisdição, estampado no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, da qual toda a sociedade se beneficia, na medida em que se implementa o direito fundamental à saúde.

Registre-se, outrossim, que não temos a pretensão de esgotar a matéria sob exame, mas tão somente de trazê-la ao debate.

Vale frisar que compreendemos o direito à saúde como

[...] o conjunto de normas jurídicas reguladoras da atividade do Poder Público, destinada a ordenar a proteção, promoção e recuperação da saúde e a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e asseguradores desse direito."<sup>2</sup>

Não obstante o direito à saúde seja erigido a um direito fundamental na Constituição Federal, o Poder Legislativo deixa de regulamentá-lo para a sua concretização e o Poder Executivo não o efetiva de forma satisfatória.

Nesta seara, tem-se a atuação do Poder Judiciário, o qual é incitado a atuar com vistas a concretizar o direito à saúde, o que lhe enseja inúmeras críticas, sob o fundamento de não se tratar de um poder soberano e eleito pelo povo, e por se temer eventual afronta ao princípio da separação dos poderes.

---

<sup>1</sup> Constituição Federal, art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

<sup>2</sup> ROCHA, Júlio César de Sá da. *Direito da saúde, direito sanitário na perspectiva de interesses difusos e coletivos*. São Paulo: LTr, 1999, p. 39-42.

No entanto, pretendemos demonstrar neste estudo que se justifica a atuação mais proativa dos órgãos jurisdicionais, não como substituto legislativo ou administrativo, mas sim como garantidor do direito fundamental do cidadão, prestigiando-se o princípio da dignidade humana.

Para tanto, examinaremos o constitucionalismo e a evolução dos direitos fundamentais, a força normativa da Constituição e o papel do Poder Judiciário no século XXI, para, por fim, estudarmos o ativismo e a concretização de direitos fundamentais, especialmente no que concerne ao direito à saúde.

## 1 O CONSTITUCIONALISMO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

### 1.1 Constitucionalismo inglês

A Magna Carta de 1215 surge na Inglaterra, constituindo-se no primeiro registro de limitação do poder do soberano, com o objetivo de garantir direitos aos cidadãos ingleses perante a lei.

Nessa época, o devido processo legal aparece, para que o baronato tivesse a proteção da *law of the land*, a lei da terra, ou a *rule of the land*.

Lúcia Valle Figueiredo<sup>3</sup> revela que:

[...] os senhores feudais deveriam conhecer qual era a lei a seguir, a se submeter. Mas verifica-se que ainda o devido processo legal tinha conteúdo meramente formal. Formal e sem a expressão, com que, depois, passaria do Direito Inglês para as Colônias Americanas e, mais tarde, para a Federação Americana.

Além do advento da cláusula do devido processo legal, como acepção meramente formal, na Magna Carta, em 1215, escrita em

---

<sup>3</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. "Estado de direito e devido processo legal." *In Cadernos de Soluções Constitucionais 1: Associação Brasileira dos Constitucionalistas Democratas*, São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 138.

latim, já que, nesse período, fazia-se a lei, cumpria-se a lei, mas a lei era o que o soberano ditava, também se procurou assegurar o direito de propriedade e o direito de locomoção dos cidadãos.

Inicia-se um comportamento estatal para assegurar direitos e garantias aos cidadãos.

Após o advento da Magna Carta de 1215, aparecem inúmeros documentos que procuravam limitar o poder do monarca.

No século XVII, na Inglaterra, exsurge o *habeas corpus*, com o objetivo de assegurar o direito de locomoção dos cidadãos, e o *Bill of Rights*.

Assim, limita-se o poder do soberano e se confere ao Legislativo a atribuição da elaboração das leis.

## 1.2 Constitucionalismo norte-americano

Em 1776, tem-se o advento da Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, primeira Constituição escrita que se tem conhecimento.

O Estado Constitucional manifesta-se, em 1787, com a Constituição dos Estados Unidos da América, na qual se assegura a ideia de supremacia da Constituição e a garantia jurisdicional: o Judiciário é o principal encarregado de garantir a supremacia da Constituição.

Inicialmente, vale registrar que os puritanos ingleses, insatisfeitos com a política desenvolvida pela Coroa Inglesa, partiram para o novo Mundo (América do Norte), criando, no navio *Mayflower*, um contrato dos colonos, no qual são definidos seus direitos e deveres.

Na América, esses colonos têm a intenção gradual de declarar sua independência da Inglaterra.

Inicialmente, os entes confederados se revoltam pela falta de representatividade no Parlamento inglês, no que concerne, principalmente, às questões tributárias, manifestando intenções de se libertarem da Coroa Inglesa, o que culmina com a Declaração de Independência, escrita por Thomas Jéferon.



Em 1787, a Constituição dos Estados Unidos da América é aprovada, com inúmeros princípios, dentre eles, o princípio da tripartição de poderes e a previsão de eleições periódicas.

O Poder Judiciário desponta como um poder independente.

A linha teórica de John Locke, Jean-Jacques Rousseau e Charles de Montesquieu fez desenvolver a Carta de Direitos dos Estados Unidos, cuja proposta era emendar a Constituição Americana, fato este que teve início em 1791 e perdurou por quase duzentos anos, trazendo importantes consequências ao reconhecimento de Direitos e Garantias Fundamentais nos Estados Unidos da América, constituindo o *Bill of Rights*.

Assim, são aprovadas dez emendas à Constituição, com a finalidade de detalhar os princípios contidos na Constituição dos Estados Unidos.

Tem-se, por consequência, um modelo de Estado Constitucional, com uma Constituição rígida e suprema, no qual o órgão garantidor da Constituição é o Poder Judiciário.

Marcelo Figueiredo<sup>4</sup> revela que: “o prestígio da Suprema Corte é fornecido por sua ‘independência, força e idoneidade moral de seus membros’. É a guardiã da Constituição Americana, símbolo da unidade política nacional e de seus valores”.

Lúcia Valle Figueiredo<sup>5</sup> disserta que:

“É, todavia, depois das Emendas V e XIV que o devido processo legal toma outro corpo. A Emenda V deixa claro que os direitos à liberdade e à propriedade obedecem ao devido processo legal, o *due process of law*. Mas ainda persiste o caráter formal durante a Emenda V.

Na Emenda XIV, há grande transformação. Isso porque já não mais se fala apenas do devido processo legal, mas na igual

---

<sup>4</sup> FIGUEIREDO, Marcelo. “O controle de constitucionalidade (algumas notas e preocupações).” In “*Cadernos de soluções constitucionais 1: Associação Brasileira dos Constitucionalistas Democratas*”, São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 187.

<sup>5</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. “Estado de Direito e Devido Processo Legal.” In *Cadernos de soluções constitucionais 1: Associação Brasileira dos Constitucionalistas Democratas*”, São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 138.

proteção da lei: “equal protection of *law*”. Então, depois da Emenda XIV, sobretudo com a aplicação que a Suprema Corte Americana faz da cláusula, dá-se abrangência muito maior. O devido processo legal passa a significar a “igualdade na lei”, e não só “perante a lei”.

Em sendo assim, pensamos que o modelo americano é paradigmático, porque, desde então, o controle de constitucionalidade difuso, combinado com o modelo concentrado, restam preservados.

Outrossim, no modelo americano, a jurisdição tem o poder de dizer o Direito com força vinculante, na medida em que o precedente deve ser observado por todos e de forma imediata.

### 1.3 Constitucionalismo francês

A França também procurou conter o Poder do Soberano e criar um Parlamento livre, através da aprovação, em 1789, da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (liberdade-igualdade-fraternidade).

Em 1791, o preâmbulo da Constituição Francesa traz a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, consagrando direitos fundamentais de primeira geração (liberdade) e de segunda geração (igualdade material), bem como a separação dos poderes.

Na França, a Constituição se aplica na medida da lei, já que o legislador é quem diz o Direito, e não a Constituição, não cabendo, por consequência, ao Judiciário, limitar o Poder Legislativo.

Em 1804, desponta o Código de Napoleão, o qual rende ensejo ao aparecimento de uma concepção legalista e literal, garantindo-se a supremacia da lei e a manutenção dos interesses da burguesia.

Assim, a fonte do Direito, anteriormente feita pelo monarca, ou pela Igreja, passa a ser feita pelo legislador. Na falta da lei, utilizava-se das fontes delegadas do Direito, constituídas pela analogia e costumes, possibilitando-se, dessa forma, o controle do Direito pela burguesia.

Neste passo, exsurge a corrente exegética do Direito, cabendo ao Juiz ler o Direito, para bem aplicá-lo.

Cuida-se da interpretação literal do Direito.

Anote-se que essa aderência ao que está escrito na lei é o oposto do que ocorre nos Estados Unidos da América, em que o Direito só surge quando há uma decisão judicial.

#### 1.4 Constitucionalismo contemporâneo (fraternidade)

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, surgem os direitos de terceira geração (fraternidade): direitos transindividuais ou metaindividuais.

Trata-se do constitucionalismo contemporâneo, no qual as constituições começaram a consagrar o princípio da dignidade da pessoa humana como valor supremo, com a rematerialização constitucional, com extenso rol de direitos fundamentais, reconhecendo-se a força normativa da Constituição.

Assim, sob essa nova concepção, tem-se uma Constituição rígida com força normativa, dispondo de ferramentas que controlam a constitucionalidade de leis e atos.

## 2 A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

Antes de adentrarmos ao exame do papel do Poder Judiciário no século XXI, devemos, preliminarmente, analisar a Constituição sob a ótica dos intérpretes concretistas, os quais a compreendem como responsável pela unidade política da Comunidade.

Para Konrad Hesse:<sup>6</sup> *“La Constitución es el orden jurídico fundamental de la Comunidad.”*

O Estado, com funções estatais, e a Sociedade, dotada de funções não estatais, formam a Comunidade.

---

<sup>6</sup> HESSE, Konrad, “Escritos de Derecho Constitucional”, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 16: *“A Constituição é o ordenamento jurídico fundamental da Comunidade.”* (tradução livre da autora).

Não há justaposição entre Estado e Sociedade, porque não deve haver hierarquia entre eles.

O Estado administra a Sociedade com a autoridade suprema, que é a soberania estatal.

A Sociedade, por sua vez, aproximou-se mais do Estado, mediante a ativa participação dos cidadãos, por meio da democracia e seus instrumentos, como o referendo e a iniciativa popular no processo legislativo, dentre outros.

O aumento dos intermediários entre Estado e Sociedade – associações civis, sindicatos, partidos políticos – tornam as funções não estatais mais atuantes, o que propicia maior coesão entre Estado e Sociedade, ou seja, entre as funções estatais e não estatais da Comunidade.

A unidade política da Comunidade vem destacada em sua natureza funcional, que, no entanto, admite tensões entre a ordenação constitucional e realidade política e social.<sup>7</sup>

Hesse<sup>8</sup> diz que:

Por el contrario, la unidad política que debe ser constantemente perseguida y conseguida en el sentido aquí adoptado es una *unidad de actuación* posibilitada y realizada mediante el acuerdo o el compromiso, mediante el asentimiento tácito o la simple aceptación y respeto, llegado el caso, incluso, mediante la coerción realizada con resultado positivo; en una palabra, una unidad de tipo *funcional*. La cual es condición para el que dentro de un determinado territorio se puedan adoptar

<sup>7</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, Coimbra: Coimbra Editora Ltda, 1994, p.119: “É certo que a teoria da constituição acolhe positivamente a ‘existência de conflitos’ e reconhece a sua indissociabilidade da vida humana comunitária. Mesmo neste aspecto, se verifica, contudo, que eles são dimensionados, não na sua ‘estrutura de tensão’, mas como garantia da criação e manutenção da ‘unidade política’.

<sup>8</sup> HESSE, Konrad, op. cit., p. 08-9: “Pelo contrário, a unidade política, que deve ser constantemente perseguida e alcançada no sentido aqui adotado, é uma *unidade de atuação*, posibilitada e realizada mediante o acordo ou o compromisso, mediante o assentimento tácito ou a simples aceitação e respeito, chegado o caso, inclusive, mediante a coerção realizada com resultado positivo; em uma palavra, uma unidade de tipo *funcional*. A qual é condição para o que, dentro de um determinado território, se possam adotar e se cumpram decisões vinculantes, para que, em definitivo, exista ‘Estado’, e não anarquia ou guerra civil.” (Tradução livre da autora).

y se cumplan decisiones vinculantes, para que, en definitiva, exista 'Estado' y no anarquía o guerra civil.

Desse modo, o Texto Magno apresenta-se como instrumento político e jurídico de ordenação e fundação social, tanto que “a Constituição jurídica não significa simples pedaço de papel<sup>9</sup>, tal como caracterizada por Lassalle.”<sup>10</sup>

Assim, “[...] a interpretação das normas constitucionais deve ter em conta a especificidade resultante do facto de a Constituição ser um *estatuto jurídico do político*.”<sup>11</sup>

A manutenção da Constituição se origina do simultâneo condicionamento entre o Texto Constitucional e a realidade político-social subjacente, a qual sempre deve preservar a força normativa da Constituição.<sup>12</sup>

### 3 O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NO SÉCULO XXI

André Ramos Tavares<sup>13</sup> assinala que:

---

<sup>9</sup> Segundo Ferdinand Lassalle: “Quando podemos dizer que uma ‘constituição escrita é boa e duradoura?’ [...]: Quando essa constituição escrita ‘corresponder à constituição real’ e tiver suas raízes nos ‘fatores reais do poder que regem o país.’ Onde a constituição ‘escrita’ não corresponder à ‘real’, irrompe inevitavelmente um conflito que é impossível evitar e no qual, mais dias menos dias, a constituição escrita, a ‘folha de papel’, sucumbirá necessariamente, perante a constituição real, a das verdadeiras forças vitais do país.” (LASSALLE, Ferdinand, *A Essência da Constituição*; prefácio de Aurélio Wander Bastos. 2ª edição, Rio de Janeiro: Líber Juris, 1988, p. 41-2).

<sup>10</sup> HESSE, Konrad, *A força normativa da Constituição*, tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 25.

<sup>11</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional*, 5ª edição, 1991, Coimbra: Livraria Almedina, p. 215.

<sup>12</sup> HESSE, Konrad, “A Força Normativa da Constituição”, tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 19: “Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, [...]. Concluindo-se, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se (*sic*) fizerem-se presentes, na consciência geral — particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional —, não só a vontade de poder [...], mas também a vontade de Constituição [...]”

<sup>13</sup> TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 71.

[...] em muitas situações, a retirada do juiz constitucional do cenário de implementação de direitos fundamentais, constitucionalmente verbalizados, vai produzir resultados semelhantes às posturas liberais de diminuição do papel do Estado.

O Estado Social é um Estado intervencionista.

O Estado deixa de ser um ente omissor, tornando-se um ente ativo, intervencionista: no Estado Social a regra é o agir, o prover.

Quando o Estado não age, cabe ao indivíduo incitá-lo, via Judiciário.

O Estado-juiz passa a ocupar um espaço importante na realização da justiça social. Decorre, daí, o aumento da demanda judicial com um conflito entre os poderes praticamente inafastável.

Esse conflito entre os poderes se acentua no Estado Constitucional, no qual a pedra de toque é o controle de constitucionalidade: os atos de Executivo e do Legislativo serão submetidos ao crivo da Constituição, personificada no Judiciário, no sistema brasileiro.

Lenio Luiz Streck<sup>14</sup> assinala que “As Constituições Sociais” devem ser interpretadas diferentemente das Constituições Liberais.”

Segundo o mesmo autor, “o juiz (e o operador jurídico “lato sensu”) somente está sujeito à lei enquanto válida, quer dizer, coerente com o conteúdo material da Constituição.”<sup>15</sup>, devendo os operadores do direito ter em mente de que há, no Estado Democrático de Direito, uma tutela constitucional do processo.

No Estado Democrático do Direito, o Poder Judiciário passa a integrar o circuito de negociação política, nas palavras de Campilongo<sup>16</sup>:

[...] garantir as políticas públicas, impedir o desvirtuamento privatista das ações estatais, enfrentar o processo de desinstitucionalização dos conflitos – apenas para arrolar algumas hipóteses de trabalho – significa atribuir ao magistrado uma

<sup>14</sup> STRECK, Lenio Streck. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise* – Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 5ª edição revista e atualizada, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 246.

<sup>15</sup> *Op. Cit.*, p. 250.

<sup>16</sup> CAMPILONGO, Celso. “Os Desafios do Judiciário”, p. 49, *apud Op. Cit.*, p. 257.

função ativa no processo de afirmação da cidadania e da justiça distributiva.

Nesta seara, pensamos que a valorização e as especificidades do Direito, inerentes ao Estado Democrático do Direito, desloca o centro de decisões politicamente relevantes do Legislativo e do Executivo em direção ao Judiciário.

Referida questão também se extrai do discurso de Posse do Presidentes do STF, Min. Celso de Mello, ao dizer que:

[...] os juízes, em sua atuação institucional, não podem desconhecer a realidade insuprimível dos direitos essenciais da pessoa, trata-se de direitos de primeira, segunda ou de terceira gerações. O Poder Judiciário constitui o instrumento das liberdades civis e das franquias constitucionais.

Nas omissões materiais imputadas ao Estado-Administração e até ao Estado-legislador, o juiz constitucional é chamado para fins de implementação dos direitos fundamentais sociais proclamados em certas constituições contemporâneas.

Ao contrário das clássicas liberdades negativas, agora é assinalada uma tarefa ativa ao Estado, constituindo-se o juiz constitucional num protetor da vontade constitucional de implementação desses direitos.

Conclui-se, dessa forma, que o papel do Juiz sofreu grandes modificações, cabendo ao Juiz dizer, em cada caso concreto, qual dos princípios em conflito deverá prevalecer para solucionar o caso trazido à baila.

Nesta seara, cumpre anotar, também, os diversos tipos de litigiosidade, os quais, ao Juiz Constitucional, são ofertados: (i) litigiosidade individual, sobre a qual o estudo e dogmática do direito foram tradicionalmente desenvolvidos, envolvendo lesões ou ameaças a direitos individuais; (ii) litigiosidade coletiva: envolve lesões ou ameaças a direitos coletivos e difusos, nos quais se utilizam procedimentos coletivos representativos (Ministério Público, Associações etc.); (iii) litigiosidade em massa ou de alta intensidade: que

ensejam a propositura de ações repetitivas ou seriais, que possuem como base pretensões isomórficas, com especificidades, mas que apresentam questões jurídicas e/ou fáticas comuns para a resolução da causa.<sup>17</sup>

Em sendo assim, paralelamente à necessária mudança da cultura ao litígio, com o amplo incentivo à mediação e à conciliação, urge ao Juiz Constitucional uma função ativa no processo de afirmação da cidadania e da justiça distributiva.

Pensamos que o Poder Judiciário, no século XXI, não deve “invadir” a área de atuação do Poder Executivo, mas tão somente corrigir inconstitucionalidades, ilegalidades, abusos ou desvios de poder, promovendo ações afirmativas, com a compatibilização de políticas públicas às diretrizes e metas constitucionais.

Acreditamos, outrossim, que não cabe ao Poder Judiciário ou à jurisdição constitucional sufocar o espaço da política, dos indivíduos e a autonomia privada da pessoa humana, mas lhe compete preservar o princípio da dignidade da pessoa humana, tutelando os direitos à saúde, inclusive, contidos na Carta Magna.

#### 4 ATIVISMO JUDICIAL E O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

Como vimos no tópico anterior, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania e para a realização do direito à saúde.

Entretanto, as decisões judiciais têm gerado conflitos para os elaboradores e executores das políticas públicas, que são compelidos a garantir prestações sociais das mais diversas formas e além das possibilidades orçamentárias.

---

<sup>17</sup> BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. NUNES. Dierle José Coelho. “Ativismo e protagonismo judicial em xeque – Argumentos pragmáticos.” *Revista Jus Navigandi*. Teresina, ano 14, n.2106, 7 abril de 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12587>>.



O debate sobre o direito à saúde e o dilema entre o “mínimo existencial” e a “reserva do possível” alcança outros aspectos que estão a exigir, do Poder Judiciário, conhecimentos eminentemente técnicos multidisciplinares sobre medicamentos e suas propriedades, procedimentos, tratamentos e seus prognósticos de eficiência, exames complexos e sua necessidade e tantas outras questões afetas à área médica e de saúde pública.

De acordo com Lenio Luiz Streck:<sup>18</sup>

Ou seja, o sentido da Constituição não pode continuar velado (isto porque, passados mais de quinze anos desde sua promulgação, grande parte de seu texto continua inefetivo, portanto, “não descoberto”). Por isto, para interpretar a Constituição (“entendida como o novo, o estranho), é necessário, primeiro, “tornar transparente a própria situação hermenêutica a fim de que o estranho ou diferente do texto possa fazer-se valer antes de tudo”, isto é, sem que nossos “pré-juízos” não esclarecidos exerçam aí sua despercebida dominação e “assim escondam o específico do texto”. Não podemos esquecer, como diz Gadamer, que “toda compreensão começa com o fato de que algo nos interpela”. Ou seja, para compreender, temos que pôr entre parênteses os pré-juízos.

Em sendo assim, os pré-juízos devem ser extirpados da atuação jurisdicional, a qual deve se pautar pela transparência, inclusive.

Por outro lado, constata-se que o direito à saúde não é ilimitado e absoluto, podendo ser restringido ou não incidir em determinada situação fática, o que não impede o jurisdicionado de questionar as escolhas do Poder Executivo perante o Poder Judiciário, quando será feita uma ponderação de interesses ou da adequabilidade normativa. Ressalte-se que é na Constituição que a resposta a essa questão, quanto à extensão e limite do controle, deve ser encontrada.

---

<sup>18</sup> Streck, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 7ª edição, revista e atualizada, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 305.

Luís Roberto Barroso<sup>19</sup> revela que o juiz:

[...] (i) só deve agir em nome da Constituição e das leis, e não por vontade política própria; (ii) deve ser deferente para com as decisões razoáveis tomadas pelo legislador, respeitando a presunção de validade das leis; (iii) não deve perder de vista que, embora não eleito, o poder que exerce é representativo (iv) e, emana do povo e em seu nome deve ser exercido), razão pela qual sua atuação deve estar em sintonia com o sentimento social, na medida do possível. [...] Logo, a intervenção do Judiciário, nesses casos, sanando uma omissão legislativa ou invalidando uma lei inconstitucional, dá-se a “favor” e não contra a democracia.

O mesmo autor, ao examinar a capacidade institucional do Judiciário e seus limites, anota que:

[...] o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir. Ter uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional e optar por não exercer o poder, em autolimitação espontânea, antes eleva do que diminui.<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> BARROSO, Luís Roberto. “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.” *Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB*. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009, p. 14.

<sup>20</sup> BARROSO, Luís Roberto. “Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.” *Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB*. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009, p. 17. Luís Roberto Barroso diz que, no ativismo, há uma escolha do magistrado no modo de interpretar as normas constitucionais, a fim de dar-lhes maior alcance e amplitude. Segundo Luís Roberto Barroso: “a judicialização e o ativismo são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente, ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins sociais.”

Barroso assinala, ademais, que a doutrina constitucional contemporânea tem explorado a ideia de capacidade institucional e a de efeitos sistêmicos.

Segundo citado autor:<sup>21</sup>

“Capacidade institucional” envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria. Temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz de direito o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou conhecimento específico. [...]. Em questões como demarcação de terras indígenas ou transposição de rios, em que tenha havido estudos técnicos ou científicos adequados, a questão da capacidade institucional deve ser sopesada de maneira criteriosa.

Nas situações acima transcritas, Barroso sugere que o Poder Judiciário prestigie as manifestações do Legislativo ou do Executivo, cedendo o passo para os juízos discricionários dotados de razoabilidade.

O mesmo autor revela que o risco de “efeitos sistêmicos” imprevisíveis e indesejados pode recomendar, em casos relacionados ao setor da saúde, uma posição de cautela e deferência, por parte do Judiciário.

O fato é que o direito fundamental à saúde não pode ficar desprovido de tutela jurisdicional.

Neste passo, pensamos oportuno gizar que compartilhamos do posicionamento de Marcelo Figueiredo<sup>22</sup>, segundo o qual a questão deva ser delimitada conforme os parâmetros do próprio regime constitucional, que são: (i) princípio da inafastabilidade de controle jurisdicional; (ii) cabe ao Poder Judiciário aplicar os valores e

---

<sup>21</sup> BARROSO, Luís Roberto. “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”. *Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB*. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009, p. 16.

<sup>22</sup> FIGUEIREDO, Marcelo. “O controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário no Brasil – Uma Visão Geral”, *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP*, “in” <<http://revistas.pucsp.br/index.php/red/article/viewFile/736/509>>, p. 29.

direitos constitucionais consoante o Estado Democrático de Direito, do qual constitui o Brasil; (iii) os direitos e garantias fundamentais devem embeber a interpretação da constituição e de seus destinatários; (iv) observância ao princípio da dignidade da pessoa humana; (v) a consideração de que os direitos constitucionais fundamentais, como saúde, educação, moradia etc. são de variada eficácia e aplicabilidade e demandam a integração dos vários poderes para sua total fruição pelos particulares.

Ana Paula de Barcellos sugere que deve haver uma solução intermediária entre a ausência do controle jurisdicional de políticas públicas e a politização do Direito.<sup>23</sup>

Referida autora assinala que será possível controlar as políticas públicas, em abstrato, com relação às metas e prioridades por parte do Poder Público, em matéria de direitos fundamentais, e, em concreto, quanto ao resultado final esperado das políticas públicas em determinado setor, a quantidade de recursos a ser investida, o atingimento ou não das metas fixadas pelo próprio Poder Público e a eficiência mínima na aplicação dos recursos públicos destinados a determinada finalidade.

A mesma autora revela que os controles acima descritos podem ser veiculados em ações individuais, coletivas ou via controle abstrato de constitucionalidade de leis ou atos do Poder Público.

Pensamos que seja possível o controle judicial das políticas públicas, envolvendo o direito à saúde, no Brasil, no que concerne à sua adequação ao conteúdo e aos fins estabelecidos na Constituição, constituindo-se em verdadeiro dever do Estado-Juiz.

A teoria da “reserva do possível” deve ser acolhida com inúmeras ressalvas, na medida em que, em nome dessa teoria, não se pode pretender impedir o reconhecimento de direitos a prestações estatais e também não podemos nos fixar nas meras alegações de falta de recursos públicos.

---

<sup>23</sup> BARCELLOS, Ana Paula. “Constitucionalização das Políticas Públicas em matéria de direitos fundamentais: O controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático”. *Revista de Direito do Estado*, Ano 1, número 3, 2006, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, p.28.

Neste tópico, revela-se importante consignar os julgados proferidos pelo Eg. STF, na ADPF 45 e R.E. AgR 410715/SP, em ambos tendo o Ministro Relator Celso de Mello, a respeito do papel do Supremo Tribunal Federal e o controle das políticas públicas, no qual restaram examinadas as teorias da reserva do possível e do mínimo existencial.

Neste passo,

[...] quando o Judiciário busca a concretização do texto constitucional, na maior medida possível, com a máxima eficácia das normas constitucionais, com ponderação, um discurso fundamentado e respeito aos limites do administrador, no que tange ao orçamento ou a discricionariedade administrativa, configura-se o concretismo judicial e, aí sim, uma atuação positiva.<sup>24</sup>

Pensamos, por consequência, que a atuação mais ativa do Poder Judiciário com a finalidade de concretizar o direito fundamental à saúde demonstra ser um meio adequado para se afirmar a força normativa da Constituição, sendo o Estado cumpridor de seu papel constitucional, garantindo-se o direito constitucional à saúde e limitando-se, o Poder Público, em estrita observância ao princípio da separação dos poderes e ao disposto nos arts. 3º e 5º, inciso XXXV, ambos da Constituição Federal.

## CONCLUSÕES

1. O Direito à Saúde é um direito fundamental previsto na Constituição Federal de 1988.
2. A atuação do Poder Judiciário está ligada ao princípio da universalização de jurisdição, estampado no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

<sup>24</sup> COSTA. Keirton Nascimento e. LEHFELD, Lucas de Souza. “A intervenção do Poder Judiciário na Administração dos Recursos destinados à garantia do Direito Coletivo à saúde: ativismo ou concretismo judicial?”. Coordenação: Maria Garcia. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: IBDC, Ano 21, vol. 85, outubro/dezembro -2013.

3. Não obstante o direito à saúde seja erigido a um direito fundamental na Constituição Federal, o Poder Legislativo deixa de regulamentá-lo para a sua concretização e o Poder Executivo não o efetiva de forma satisfatória.
4. Justifica-se a atuação mais proativa dos órgãos jurisdicionais, não como substituto legislativo ou administrativo, mas sim como garantidor do direito fundamental do cidadão.
5. A unidade política da Comunidade vem destacada em sua natureza funcional, que, no entanto, admite tensões entre a ordenação constitucional e realidade política e social.
6. A manutenção da Constituição se origina do simultâneo condicionamento entre o Texto Constitucional e a realidade político-social subjacente, a qual sempre deve preservar a força normativa da Constituição.
7. Nas omissões materiais imputadas ao Estado-Administração e até ao Estado-legislador, o juiz constitucional é chamado para fins de implementação dos direitos fundamentais sociais proclamados em certas constituições contemporâneas.
8. É possível o controle judicial das políticas públicas, envolvendo o direito à saúde, no Brasil, no que concerne à sua adequação ao conteúdo e aos fins estabelecidos na Constituição, constituindo-se em verdadeiro dever do Estado-Juiz.
9. O ativismo judicial com a finalidade de implementar o direito fundamental à saúde, concretizando a Constituição Federal, demonstra ser um meio adequado para se afirmar a força normativa da Constituição, sendo o Estado cumpridor de seu papel constitucional, garantindo-se o direito constitucional à saúde e limitando-se o Poder Público, em estrita observância ao princípio da separação dos poderes e ao disposto pelos arts. 3º e 5º, inciso XXXV, ambos da Constituição Federal.

## REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula. “Constitucionalização das Políticas Públicas em matéria de direitos fundamentais: O controle político-social

e o controle jurídico no espaço democrático". *Revista de Direito do Estado*, Ano 1, número 3, 2006, Rio de Janeiro: Ed. Renovar.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. NUNES. Dierle José Coelho. "Ativismo e protagonismo judicial em xeque - Argumentos pragmáticos." *Revista Jus Navegandi*. Teresina, ano 14, n.2106, 7 abril de 2009, Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/12587>>.

BARROSO, Luís Roberto. "Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática." *Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB*. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*, 5ª ed., 1991, Coimbra: Livraria Almedina.

COSTA. Keirton Nascimento e. LEHFELD, Lucas de Souza. "A intervenção do Poder Judiciário na Administração dos Recursos destinados à garantia do Direito Coletivo à saúde: ativismo ou concretismo judicial?". Coordenação: Maria Garcia. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: IBDC, Ano 21, vol. 85, outubro/dezembro -2013.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. "Estado de direito e devido processo legal." In *Cadernos de Soluções Constitucionais 1: Associação Brasileira dos Constitucionalistas Democratas*", São Paulo: Malheiros Editores, 2003

FIGUEIREDO, Marcelo. "O controle de constitucionalidade (algumas notas e preocupações)." In *"Cadernos de soluções constitucionais 1: Associação Brasileira dos Constitucionalistas Democratas"*, São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

FIGUEIREDO, \_\_\_\_\_ . "O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário no Brasil – Uma visão geral", *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP*, "in" <<http://revistas.pucsp.br/index.php/red/article/viewFile/736/509>>.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Prefácio de Aurélio Wander Bastos. 2ª edição, Rio de Janeiro: Líber Juris, 1988, p. 41-2).

ROCHA, Júlio César de Sá da. *Direito da saúde, direito sanitário na perspectiva de interesses difusos e coletivos*. São Paulo: LTr, 1999, p. 39-42.

STRECK, Lenio. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise - Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5ª edição revista e atualizada, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TAVARES, André Ramos. *Manual do Poder Judiciário brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.



# DEFICIÊNCIA DA ESTRUTURA DA JUSTIÇA FEDERAL E UMA PROPOSTA DE REESTRUTURAÇÃO INTERNA

---

**Rodrigo Navarro de Oliveira**

Juiz Federal. Doutorando em Direito pela PUC/SP. Mestre em Direito pela PUC/RS.

---

## RESUMO

O aumento da produtividade da Justiça Federal, observado nos últimos anos, como resultado do implemento de metas de julgamento, de adoção de várias práticas de gestão de processos, e de implantação de um sistema de conciliação, não foi suficiente para diminuir o estoque de 8 milhões de processos em tramitação. Existe uma deficiência da estrutura, em algumas Seções e Subseções Judiciárias, que pode ser corrigida ou diminuída com a reestruturação interna das regiões, a partir da transferência de Varas Federais em localidades onde a distribuição é inferior a 50% da média regional, com consequente instalação de postos avançados para atendimento da demanda, na forma prevista

na Resolução 184/2013 do CNJ. A medida concretiza o princípio da eficiência administrativa na medida em que possibilita aumento de produtividade, maior celeridade na tramitação e julgamento de processos, e diminuição do estoque de processos, com a utilização dos recursos materiais e humanos existentes.

**Palavras-chave:** Justiça Federal — Reestruturação — Vara Federais — Transferência — Resolução CNJ 184/2013 — Postos avançados — Princípio da eficiência.

## INTRODUÇÃO

A partir da análise dos indicadores da Justiça no Brasil pode-se constatar que houve, nos últimos anos, um aumento da produtividade na Justiça Federal, tanto em primeiro como em segundo grau de jurisdição. No entanto, a maior produtividade não produziu efeito de reduzir o estoque de mais de oito milhões de processos, que tramitam nas Seções e Subseções Judiciárias em todo país, em razão do crescente número de novos processos distribuídos anualmente.

As possíveis soluções para refrear o crescente aumento da litigiosidade, e também para reduzir o tempo de julgamento e o quantitativo de ações, que tramitam nas Varas Federais e nos Tribunais Regionais Federais, envolvem o estudo de questões diversas, como a criação de sistemas administrativos de solução de conflito; a modificação de procedimentos administrativos e judiciais, com a adoção de novos modelos de gestão; a implantação de sistemas informatizados para processamento de todas as ações, dentre outras.

Por outro lado, a realidade revela que as medidas adotadas nos últimos anos, para implantação do processo eletrônico; estímulo à conciliação “pré-processual” ou judicial; realização de treinamentos pelas Escolas da magistratura e melhoria da gestão administrativa nas unidades judiciais não foram suficientes para atingir um grau de eficiência que possibilitasse o julgamento de processos em número maior do que o de novos casos, de três milhões e trezentos mil por ano, com a estrutura material e de pessoal existente.

O sistema de metas, adotado pelos tribunais por iniciativa do Conselho Nacional de Justiça — CNJ, teve o mérito de levar a julgamento os casos que há mais tempo aguardavam por uma solução judicial —, mas não produziu o efeito de determinar maior celeridade no julgamento dos processos em geral, pois existe um limite de ganho de produtividade que se pode alcançar, com novas práticas de gestão e organização administrativa.

Nesse quadro, identifica-se o problema da inadequação da estrutura da Justiça Federal, em certas localidades, que podem ser

identificadas por critérios técnicos, para processar e julgar, com maior celeridade, o número elevado de processos pendentes de julgamento.

Diante desse problema exige-se uma reestruturação da Justiça, que pode ocorrer a partir de um aumento de unidades judiciais – seja em primeiro grau e, principalmente, em segundo grau de jurisdição – a depender de iniciativa dos tribunais e de aprovação do Poder Legislativo. Também pode ser realizada, de forma concorrente, uma reorganização interna das unidades judiciárias de primeira instância, sem que haja aumento de despesa ou necessidade de aprovação de projeto de lei para criação de novas varas. É neste campo de ação que se propõe que os Tribunais Regionais Federais e os órgãos de controle – Conselho Nacional de Justiça e Conselho da Justiça Federal – atuem concertadamente com o objetivo de assegurar que haja uma estrutura adequada para atendimento da demanda judicial em algumas sedes da Justiça Federal.

Dentre as várias propostas de reestruturação interna destaca-se, neste trabalho, a possibilidade de transferência de Varas Federais e de criação de Postos Avançados de Atendimento, como alternativa para racionalizar a distribuição de recursos, diante da insuficiência de recursos humanos em algumas localidades em que há uma elevada demanda judicial.

## 1 OS INDICADORES DA JUSTIÇA FEDERAL

Na última década houve uma significativa evolução na coleta de dados sobre as despesas, os recursos humanos, as taxas de litigiosidade, de congestionamento e de produtividade do Poder Judiciário no Brasil. Estas informações compõem os principais indicadores da Justiça brasileira, que são divulgados no relatório anual Justiça em números, publicado pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Conform dados disponíveis em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-aco/es/pj-justica-em-numeros/relatorios>>.

Esse trabalho de coleta de dados, que vem sendo realizado pelo CNJ, desde a sua criação, em 2004<sup>2</sup>, tem inegável importância para planejamento da política judiciária. Nos Estados Unidos semelhante atividade é realizada pelo Federal Judicial Center-FJC, desde 1967, como agência de educação e pesquisa do sistema judiciário federal americano<sup>3</sup>, e serve de base para a propositura de alterações nos circuitos da Justiça Federal naquele país.

À vista das informações do anuário Justiça em números de 2014 é possível constatar que existe uma grande discrepância entre o número de magistrados e servidores nos ramos do Poder Judiciário, em nível federal, e também entre as unidades federadas, considerado o número de novos processos distribuídos anualmente, além de outros critérios secundários, como a taxa de congestionamento e o estoque de processos pendentes de julgamento.

A título de exemplo verifica-se que a Justiça do Trabalho, formada em segundo grau de jurisdição por 24 Tribunais Regionais do Trabalho, integrados por 529 (quinhentos e vinte e nove) Desembargadores do Trabalho<sup>4</sup> e por 2.842 (dois mil oitocentos e quarenta e dois) Juizes do Trabalho, recebeu 3.954.800 novos casos para serem julgados no ano de 2013. A Justiça Federal, composta por 5 Tribunais Regionais Federais em segundo grau de jurisdição, é integrada por 134 (cento e trinta e quatro) Desembargadores Federais<sup>5</sup> e por 1.415 (mil quatrocentos e quinze) Juizes Federais, e recebeu 3.353.742 novos processos para julgamento em 2013.

---

<sup>2</sup> A Emenda Constitucional 45, promulgada em 30.12.2004, alterou o dispositivo do art. 92 da Constituição Federal para prever a instituição do Conselho Nacional de Justiça como órgão do Poder Judiciário, com a composição e competência definidas pelo art. 103-B, na redação dada pela mesma EC.

<sup>3</sup> Disponível em: <<http://www.fjc.gov>>.

<sup>4</sup> A Resolução n. 104, de 10.05.2012, do Conselho Superior da Justiça do Trabalho uniformiza os vocábulos de tratamento dispensados aos magistrados de 1ª e 2ª instância no âmbito da Justiça do Trabalho. A proposta de Emenda à Constituição 358/2005 propõe a alteração do texto constitucional para atribuir aos integrantes dos Tribunais Regionais do Trabalho a nomenclatura de “Desembargador”.

<sup>5</sup> A denominação Desembargador Federal é utilizada em Regimentos Internos de Tribunais Regionais Federais para identificar os membros integrantes dos Tribunais Regionais Federais.

O número de casos novos por magistrado é de 924 na Justiça do Trabalho e de 2066 na Justiça Federal. Considerado o estoque a ser julgado, a carga de trabalho é de 2.561 processos, por magistrado, na Justiça do Trabalho e de 7.801 processos, por magistrado, na Justiça Federal. Os indicadores de produtividade revelam ainda que o número médio de processos julgados anualmente por cada magistrado na Justiça Federal (1.879) não é inferior ao índice médio anual de julgamento por magistrado na Justiça do Trabalho (1.180).

A comparação entre os indicadores serve para revelar que uma das causas determinantes da eficiência das Varas do Trabalho e dos Tribunais Regionais do Trabalho, que se demonstra com o processamento e julgamento célere das ações, é a existência de uma estrutura material e de pessoal mais adequada, compatível com a quantidade de ações judiciais propostas perante a Justiça do Trabalho.

Os indicadores de congestionamento da Justiça, aferidos pelo CNJ, indicam que o estoque de processos da Justiça do Trabalho concentra ações propostas a partir de 2013, enquanto na Justiça Federal o estoque inclui processos ajuizados a partir de 2010. Estes dados são reflexos do resultado do trabalho executado por um corpo maior de magistrados e servidores, na Justiça do Trabalho, tornando efetiva e célere a prestação jurisdicional, embora seja elevada a demanda de ações. Assim, na Justiça do Trabalho, a meta para o ano de 2015 – estabelecida pelo CNJ – é de julgar, em primeiro e segundo graus, 90% (noventa por cento) dos processos distribuídos até o ano de 2013. Na Justiça Federal, a meta é de julgar os processos distribuídos até 2010.<sup>6</sup>

Não há dúvida de que a existência de maior estoque de processos pendentes de julgamento, nas Varas Federais e Tribunais Regionais Federais, e de maior demora no processamento de ações, está relacionada à deficiência da estrutura material e de recursos humanos.

---

<sup>6</sup> Meta 2 do CNJ para a Justiça Federal de 1º e 2º graus: julgar até 31.12.2015, 100% dos processos distribuídos até o ano de 2010. Nos Juizados Especiais Federais e Turmas Recursais, a meta é de julgar até 31.12.2015, 100% dos processos distribuídos até 2011 e 70% dos processos distribuídos até 2012.

Não se desconsidera a existência de outras causas determinantes da elevada taxa de congestionamento, que estão associadas a outros fatores, tais como a disciplina da legislação processual; a demora na implantação de sistemas eletrônicos em todo o território nacional, por limitações de rede, número reduzido de servidores de TI e falta de equipamentos; a inexistência de corpo técnico nas Corregedorias Regionais da Justiça Federal, formado por número adequado de juízes e servidores, para melhor acompanhar o trabalho nas Varas Federais, propor e implantar medidas destinadas ao aprimoramento do serviço judiciário; a existência de elevado número de cargos vagos de juízes, dentre outros.

Entretanto, à vista dos números indicativos da Justiça, a carência de recursos materiais e humanos na área fim pode ser facilmente identificada como fator primordial da causa de demora na prestação jurisdicional na Justiça Federal.

## 2 A TRANSFERÊNCIA DE VARAS COMO FORMA DE REORGANIZAÇÃO INTERNA DA JUSTIÇA

A partir da constatação da insuficiência dos recursos materiais e, principalmente, dos recursos humanos — considerado o número de magistrados e servidores em exercício em unidades judiciais e administrativas — pode-se estudar o que poderia ser realizado pelos órgãos de controle da Justiça Federal e pelos Tribunais Regionais Federais para reestruturação da Justiça Federal.

Na esfera de atuação do Conselho Nacional de Justiça, a coleta de dados e informações sobre o Poder Judiciário brasileiro tem subsidiado a implementação de ações voltadas, principalmente, para a melhoria da gestão administrativa e de processos, com implementação e acompanhamento de metas anuais de julgamento.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> Entre as metas do Conselho Nacional de Justiça destacam-se, ainda, além da Meta 2, a Meta 4, priorizar o julgamento dos processos relativos à corrupção e à improbidade administrativa, e a Meta 6, priorizar o julgamento das ações coletivas.

Nos relatórios anuais elaborados pelo CNJ, no exercício da competência conferida pelo artigo 103-B § 4º, inciso VII, da Constituição Federal<sup>8</sup>, não se identifica nenhuma proposição, a ser encaminhada aos Tribunais Regionais Federais ou ao Superior Tribunal de Justiça, para criação de novas estruturas judiciais de primeiro ou de segundo grau na Justiça Federal, uma vez que nos termos do art. 96, inciso I, alínea *d*, e inciso II, alínea *c*, da Constituição Federal, compete, privativamente, aos Tribunais, a iniciativa de propor a criação de novas varas, e ao Superior Tribunal de Justiça compete a iniciativa legislativa de propor a criação ou extinção de Tribunais Regionais Federais.<sup>9</sup>

A propósito de estabelecer critérios para a criação de cargos, funções e unidades judiciárias no âmbito do Poder Judiciário, o CNJ editou a Resolução n. 184, de 06 de dezembro de 2013.<sup>10</sup> O art. 9º da referida resolução dispõe sobre providências que devem ser tomadas pelos tribunais para extinção, transformação ou transferência de unidades judiciárias, na seguinte situação que especifica:

---

<sup>8</sup> CF, art. 103-B, § 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: VII - elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa.

<sup>9</sup> Em estudo de direito comparado, José Adércio Leite Sampaio cita exemplos de disciplina normativa que confere competência a órgão que exerce atribuições próprias de “conselho da magistratura” para propor a criação ou modificação de unidades, seções ou circunscrições judiciárias. Na Itália, o Consiglio Superiore della Magistratura pode formular proposta ao Ministro da Justiça sobre modificação de circunscrições judiciárias. Na Bélgica, o Conselho Superior de Justiça pode elaborar proposições relativas ao funcionamento geral da ordem judiciária. Na Espanha, o Consejo General del Poder Judicial manifesta-se nos anteprojetos de leis e disposições gerais do Estado e das Comunidades Autônomas que digam respeito ao Judiciário, especialmente criação e modificação de Seções Judiciárias, assim como ocorre no Brasil, em que o Conselho Nacional de Justiça manifesta-se sobre a proposta de criação de novas varas.

<sup>10</sup> Nota: A inconstitucionalidade dos artigos da Resolução CNJ 184/2013 que dispõe sobre requisitos para a criação de cargos públicos e de varas foi arguida nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 5119 e 5221, pendentes de julgamento no Supremo Tribunal Federal.

*Art. 9º Os tribunais devem adotar providências necessárias para extinção, transformação ou transferência de unidades judiciárias e/ou comarcas com distribuição processual inferior a 50% da média de casos novos por magistrado do respectivo tribunal, no último triênio.*

*§ 1º Para os fins do caput, o tribunal pode transferir a jurisdição da unidade judiciária ou Comarca para outra, de modo a propiciar aumento da movimentação processual para patamar superior.*

*§ 2º Na hipótese do parágrafo anterior, o tribunal pode instalar postos avançados de atendimento, cabendo definir a estrutura de funcionamento do aludido órgão, de acordo com seu volume processual, observando-se, preferentemente, a recomendação CNJ nº 28, de 16 de dezembro de 2009.*

*§ 3º O tribunal pode instituir calendário periódico de atendimento dos jurisdicionados e realização de audiências nos postos avançados, em caráter itinerante.*

*§ 4º Os postos avançados equivalem, para os fins legais, a sedes de unidades judiciárias.*

*§ 5º O tribunal pode, ainda, instituir atendimento itinerante para prestar jurisdição em localidades que não comportem a criação de postos avançados, utilizando-se de unidades móveis e/ou, mediante parceria, de estruturas de outros órgãos do Poder Judiciário e/ou instituições públicas.*

A possibilidade de transferência de unidade judiciária de uma localidade para outra, com instalação de posto avançado de atendimento, constitui inovação que permite uma readequação interna da estrutura judiciária. É promovido o deslocamento de uma unidade judiciária de uma localidade com baixa demanda de processos para outra em que há efetiva necessidade de ampliação, para que haja adequada prestação jurisdicional.

No âmbito da 1ª região da Justiça Federal, pode-se verificar uma grande distorção no número de processos distribuídos a varas federais já instaladas e em funcionamento, que contam, de modo geral, com uma mesma estrutura de pessoal – quantitativa de cargos de magistrados e servidores. Em polos extremos, há varas federais, com competência geral, instaladas em Subseções Judiciárias, uma com mais de 22.000 (vinte e dois mil) processos em tramitação e outra com número inferior a 400 (quatrocentos) processos em tramitação. O estoque de ações em andamento reflete proporcionalmente, no caso indicado, o quantitativo de distribuição de processos nas referidas varas federais.



A transferência de unidades judiciárias é medida impositiva, de acordo com a disciplina da Resolução n. 184/2013 do CNJ, e deve ser promovida pelos Tribunais quando verificada a situação de distribuição de processos inferior a 50% (cinquenta por cento) da média da região, seguindo um critério de racionalidade na distribuição de recursos na prestação de serviço público, e com o propósito de atender a uma finalidade de melhoria do funcionamento do Judiciário e de concretizar o princípio da eficiência.

Há que se destacar, ainda, que a transferência de varas pode e deve ser feita com a simultânea instalação de posto avançado de atendimento na localidade de origem, para permitir que haja continuidade da prestação do serviço judiciário. Ocorre, assim, apenas uma readequação da estrutura do Judiciário, para que uma unidade judiciária de menor porte passe a servir de sede na localidade com baixa demanda de processos. Não se mantém, desnecessariamente, uma unidade permanente, com estrutura maior, em funcionamento. Assim, é deslocado o corpo de pessoal, de juízes e servidores, para outra sede em que há sobrecarga de trabalho, em razão de elevado estoque de processos pendentes de julgamento e maior número de processos distribuídos anualmente.

O atendimento nas localidades onde se instalam postos avançados deve ser disciplinado considerando a demanda, podendo ser mantido serviço contínuo de atermação e protocolo de petições; agendamento de perícias e audiências; cadastramento de partes e advogados em sistemas eletrônicos e expedição de certidões. É realizado atendimento periódico, em caráter itinerante, para realização de exames e audiências, prolação de atos judiciais e ordinatórios e movimentação de processos.

A instalação de postos avançados de atendimento já ocorreu na 4ª Região da Justiça Federal – onde tem a nomenclatura de Unidades Avançadas de Atendimento-UAA. Há 20 (vinte) Unidades Avançadas de Atendimento em toda a região sul. Naquela região houve instalação de postos avançados sem que tenha havido correspondente transferência de varas nas respectivas localidades, mas a implantação dessas Unidades Avançadas de Atendimento revela, por seus próprios resultados estatísticos, que esse modelo de unidade

judicial pode atender adequadamente jurisdicionados de áreas com menor concentração populacional.<sup>11</sup>

## CONCLUSÃO

A instalação de unidades judiciais em primeiro e segundo graus deve ser feita seguindo critérios técnicos – que hoje são estabelecidos pelo CNJ, com aplicação do Índice de Produtividade Comparada da Justiça – IPC-Jus, que adota fórmula estatística para subsidiar as manifestações daquele órgão sobre a necessidade de ampliação da estrutura judicial, considerando parâmetros de produtividade, distribuição e estoque de processos.

É importante que também por aplicação de critérios técnicos, estabelecidos pela Resolução n. 184 do CNJ, seja promovida a reestruturação interna da Justiça Federal de primeiro grau, com transferência de Varas Federais de localidades com baixa demanda para outras em que há elevado número de processos.

A medida – apresentada neste texto como ‘uma proposta’ de reestruturação interna da Justiça Federal – é na verdade impositiva no caso em que se verifica a situação objetiva descrita no ato normativo do CNJ, apuração de distribuição inferior a 50% (cinquenta por cento) da média de distribuição da região, mas pode ser adotada por proposta dos Tribunais Regionais Federais, no uso de sua autonomia administrativa, mediante aprovação do Conselho da Justiça Federal, em situações outras em que a transferência indique a possibilidade de melhoria na prestação jurisdicional da região.

A instalação de Postos Avançados de Atendimento atende, adequadamente, localidades em que há baixa demanda de processos, como revela a iniciativa pioneira do TRF da 4ª Região, e quando realizada concomitantemente com a transferência de Vara Federal

---

<sup>11</sup> A iniciativa de instalação de Unidades Avançadas de Atendimento-UAA na 4ª região foi premiada na XI edição do Prêmio Inovare.

dirige a ação administrativa no sentido de manter, em toda a região, uma estrutura adequada de funcionamento, e um número mais aproximado e equivalente de processos por magistrado, concretizando, assim, o princípio da eficiência da Administração Pública (art. 37, *caput*, da CF).

Espera-se, assim, que essa reestruturação interna, realizada em maior ou menor escala, conduza a um aumento da produtividade, à diminuição do estoque de processos e a uma maior celeridade na prestação jurisdicional na Justiça Federal.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. CNJ. Relatório Justiça em números 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-aco-es/pj-justica-em-numeros/relatorios>>.

BRASIL. CJF. *A visão interna da Justiça Federal*. Brasília: Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, 1995.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *O Conselho Nacional de Justiça e a independência do Judiciário*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007.

TAVARES, André Ramos. *Manual do Poder Judiciário brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012.



# MODELO FEDERATIVO DE JUDICIÁRIO – O SISTEMA ORGÂNICO MÚLTIPLO DA JUSTIÇA FEDERAL COMUM

---

**Marisa Cláudia Gonçalves Cúcio**

Juíza Federal da 8ª. Vara Previdenciária de São Paulo/SP.  
Doutoranda no Programa de Jurisdição Federal da PUC/SP.  
Bacharel e Mestre em Direito pela PUC/SP.

---

## RESUMO

O sistema orgânico da Justiça Federal comum cresceu e se especializou após a Constituição de 1988, aproximando-se da população, que busca a efetivação dos direitos constitucionalmente albergados. Contudo, os esforços ainda não foram suficientes para enfrentar a demanda que sobreveio à nova ordem constitucional.

## ABSTRACT

The Federal Justice organic system grown and specialized, approaching the population that seeks the realization of constitutionally sheltered rights. However, efforts have not been sufficient to meet the demand that came with the new constitutional order, delivering the jurisdiction quickly and effectively.

## INTRODUÇÃO

Neste breve estudo, analisaremos o sistema orgânico múltiplo da Justiça Federal comum, inserida no sistema federativo de jurisdição, no qual a função jurisdicional se exerce tanto no âmbito federal como no estadual.

Partiremos da análise da organização constitucional brasileira para verificar que, na separação de funções do Estado, o Poder Judiciário é uno, e que a mera administração de seus órgãos, distribuída nas esferas Estadual e Federal, não tem o condão de desconstituir o seu caráter nacional. Esse sistema, inspirado no modelo norte-americano, foi introduzido no Brasil desde antes da República, com a edição do Decreto 848, perdurando até 1937, quando extinta pelo Estado Novo. Em 1946, foi parcialmente reinstalada com a criação do Tribunal Federal de Recursos. O constituinte de 1988 optou por consolidar este sistema pré-existente no Brasil desde 1966, quando da recriação plena da Justiça Federal Comum.

Ressalva-se, inicialmente, que não é pretensão deste trabalho esgotar o assunto, mas apenas instigar a reflexão sobre o tema proposto, analisando se o sistema judicial adotado para o exercício da função jurisdicional, no âmbito da Justiça Federal comum, é funcional e efetivo para atender os anseios da população e se cumpre o papel entregue pela sociedade ao Estado.

### 1 REPARTIÇÃO TRIPARTITE DO PODER ESTATAL

Impossível qualquer manifestação sobre Poder Judiciário sem ingressar, ainda que superficialmente, no que se denominou de constitucionalismo. A doutrina define ou delimita o termo constitucionalismo como um movimento que pretende assegurar a organização do Estado, estabelecendo os preceitos de soberania popular, separação de poderes e atividade política, legitimando, na carta formal, a sua legitimidade.

A despeito desta simplicidade, a identificação deste movimento na evolução histórica,<sup>1</sup> é tarefa de grande dificuldade para os doutrinadores, porque o constitucionalismo não tem suas origens derivadas de uma fonte única, nem mesmo um marco histórico definido.<sup>2-3</sup> Acredita-se que o movimento teria sido idealizado nos núcleos políticos da Grécia antiga, primeiros casos reais de democracia constitucional e, durante a Idade Média, o movimento foi interrompido diante da grande concentração de poder nas mãos dos governantes absolutistas. Por muitos séculos, os homens viveram sob a tutela de regimes absolutistas, nos quais as decisões dos monarcas eram consideradas acima das leis, sem qualquer submissão a controle judicial.

Mas é na Idade Média, em contraposição aos regimes totalitários, que o constitucionalismo aparece como movimento de conquista de liberdades individuais,<sup>4</sup> retomando sua força. Pode-se citar, como marco do renascimento do constitucionalismo, o surgimento da Magna Carta, que não se limitou a impor balizas para a atuação soberana, mas também representou o resgate de certos valores, como garantir direitos individuais em contraposição à opressão estatal.<sup>5</sup> Não se nega, assim, que é na Idade Média que se iniciou um “esboço” de uma lei fundamental, a qual, surgida inicialmente como um conjunto de princípios, normas e práticas adotadas nas relações religiosas e comunitárias, trazia os limites de exercício do poder do soberano.<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> TAVARES, 2014, p. 21.

<sup>2</sup> Idem, *ibidem*, p.2 3. O autor identifica marcos na história desde a Antiguidade clássica, ou mesmo antes, já entre os hebreus.

<sup>3</sup> Idem, *ibidem* (2014 p.23). “a Cidade-Estado grega representou o início da racionalização do poder, estabelecendo identidade plena entre governantes e governados e diferentes funções estatais, distribuídas entre os detentores de cargos públicos, escolhidos por sorteio, por determinado tempo, sendo permitido o acesso a esses cargos a qualquer cidadão.”

<sup>4</sup> Idem, *ibidem*. Assim entendido como limitações aos poderes dos soberanos.

<sup>5</sup> Idem, *ibidem*, p. 25

<sup>6</sup> Anota Canotilho, citado por TAVARES (2010, p.25) que “a ideia da lei fundamental como lei suprema, limitativa dos poderes soberanos, vira a ser particularmente salientada pelos monarcas franceses e reconduzida a velha distinção do século VI,

Destacam-se outros diplomas de cunho constituinte<sup>7</sup> com intuito de estabelecer os contornos dos Estados e, principalmente, os limites do poder outorgado aos governantes a fim de tutelar as garantias dos governados. Nas primeiras Constituições escritas, o ponto essencial é composto por normas de repartição e limitação de poder e do capítulo de proteção dos direitos individuais.<sup>8</sup>

Interessante destacar que o Poder Judiciário surgiu com muita desconfiança no período pós-revolucionário, uma vez que no absolutismo medieval, a função jurisdicional era apenas uma extensão do soberano; assim os cidadãos não eram muito seguros em relação às atividades dos juízes, ante a sua proximidade com o monarca.<sup>9</sup> E essa desconfiança, e até mesmo desprestígio dos membros do Poder Judiciário, se manteve também nos primórdios do Estado moderno, sendo considerado por Montesquieu um “poder de segunda categoria”.

A despeito disso, a função judiciária, ao lado das funções legislativa e executiva, compõe os chamados poderes de Estado, e deve ser exercida nos limites e na forma da constituição. Então, muito além de um instrumento jurídico, a Constituição é um corpo de importante feição sociológica, sem deixar, contudo, de prever grandes implicações jurídicas em caso de desrespeito aos seus termos.<sup>10</sup>

---

entre ‘lois de royaume’ e ‘lois du roi’, as primeiras eram leis fundamentais da sociedade, uma espécie de *lex terrae* e de direito natural que o rei devia respeitar” .

<sup>7</sup> Na Inglaterra, também na Idade Média, surgem os primeiros diplomas constitucionais, numa fase que se denomina de pre-constitucionalismo: 1.215(Magna carta), 1.628(*Petition of Rights*), as revoluções de 1648 e 1688, e, em 1689, (*Bill of Rights*).

<sup>8</sup> BARROSO, 2010, p. 40.

<sup>9</sup> TAVARES, 2010, p. 25.

<sup>10</sup> Das lições de LOUIS HENKIN, citado por TAVARES (2010, P. 25) é possível identificar as principais exigências para se reconhecer o constitucionalismo:

- 1) soberania popular para o constitucionalismo atual (we the people);
- 2) supremacia e imperatividade da Constituição, limitando e estabelecendo o Governo;
- 3) sistema democrático e governo representativo, mesmo em tempos de emergência nacional;
- 4) governo limitado, separação de poderes e ‘checks and balances’, controle civil dos militares, governos das leis e ‘judicial control’, assim como um judiciário independente;



De acordo com a doutrina mais recente, houve sensível evolução conceitual do constitucionalismo moderno para o constitucionalismo contemporâneo, resultado da construção do Estado constitucional de direito ou Estado constitucional democrático, no curso da última metade do século XX, envolvendo intensos debates acerca da dimensão formal e substantiva dos conceitos centrais envolvidos: Estado de direito e democracia.<sup>11</sup>

Se de um lado, temos o Estado de direito, em sentido formal, no qual a mera existência de alguma ordem legal dá-lhe validade, mesmo que abrigue regimes autoritários e totalitários,<sup>12</sup> por sua vez, a Democracia busca uma dimensão mais profunda de respeito aos direitos individuais e também anseia a promoção de outros direitos fundamentais, de conteúdo social, indispensáveis para que se alcance uma igualdade material, para a existência de uma vida livre e digna.<sup>13</sup>

Nesse contexto, o Poder Judiciário, que surgiu nos primórdios do constitucionalismo como uma função mais distante da sociedade, assume, a partir da segunda metade do século XX, seu papel social na defesa da Democracia, ganhando importância uma vez que recebe a função de controlar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Executivo, com vistas a garantir a preservação dos valores e princípios constitucionais.

Essa alteração no protagonismo do Poder Judiciário é sentida especialmente no Brasil, com o fim do regime militar e a redemocratização do país. Nesse cenário social e político, encontrou-se

---

5) direitos civis respeitados e assegurados pelo governo, geralmente aqueles indicados na Declaração Universal. Os direitos podem ser limitados, mas essas limitações devem ter limites;

6) instituições que monitorem e assegurem o respeito à Constituição;

7) respeito pelo 'self determination', o direito de escolha política livre. (TAVARES. *Curso de Direito Constitucional*, p. 23).

<sup>11</sup> BARROSO, 2010, p. 42.

<sup>12</sup> BARROSO, 2010, *Democracia, no sentido material, contudo que dá alma ao Estado constitucional de direito, é, mais do que o governo da maioria, o governo para todos, Isso inclui não apenas as minorias, mas também os grupos de menor expressão política, ainda que não minoritários, como as mulheres, os pobres em geral.*

<sup>13</sup> Barroso, 2010, p. 42

ambiente perfeito para a convocação de uma assembleia constitucional voltada à reorganização do Estado e aos novos anseios de democracia e liberdade, com uma grande gama de direitos individuais e sociais incorporados na Constituição Federal de 1988.

Com a nova ordem constitucional, veio também um novo perfil da jurisdição constitucional exercida pelo Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do Poder Judiciário, com função de zelar pela Constituição. Até 1988, o controle de constitucionalidade era fundamentalmente concreto, mas houve uma tendência crescente de incorporar o controle abstrato, com ampliação dos legitimados à ação direta de inconstitucionalidade, sem deixar de manter o controle difuso, recebendo por via de recurso, a palavra final sobre a constitucionalidade das leis.<sup>14</sup>

Com a Reforma do Judiciário, introduzida pela Emenda Constitucional n. 45/2004, grandes mudanças significativas ocorreram no controle da constitucionalidade, com a criação da súmula vinculante e o instituto de repercussão geral. Houve assim,

[...] uma nítida conexão entre o modelo de controle difuso-concreto e o modelo de controle abstrato-concreto, aproximando aquele das características próprias deste último, uma preocupação adequada para países que pretendam manter ambos os modelos concomitantemente.<sup>15</sup>

Com as alterações introduzidas pela referida emenda, o Supremo Tribunal Federal passou a concentra-se em questões jurídicas mais relevantes, impedindo que recursos ordinários, sem qualquer impacto relevante para o país, viessem a congestionar a Corte. Obviamente, não foram poupadas críticas a esse movimento que se denominou de *abstrativização* do controle concreto e vice-versa. Essa mudança paradigmática, verificada tanto pela edição de leis como por parte da jurisprudência do STF, encontrou na súmula vinculante e na repercussão geral institutos que são representativos desse

<sup>14</sup> TAVARES, 2014, p. 145

<sup>15</sup> Idem ibidem, p. 145.

novo perfil de aproximação, pela recíproca influência do concreto e do abstrato.

O resultado imediato dos mecanismos de controle de admissibilidade foi uma expressiva diminuição de recursos recebidos pelo Tribunal Constitucional, sendo que as estatísticas indicam que em 2003, 109.965 processos foram distribuídos aos ministros do STF, e em 2014, 21.555 processos foram distribuídos.<sup>16</sup> Um menor número de novos processos, somados à redução de acervo, demonstra uma melhor qualidade na jurisdição constitucional, o que inspirou um maior protagonismo do Supremo Tribunal Federal, que assumiu uma posição mais ativa perante a sociedade, destacando-se por decidir questões de maior relevância, extraindo, diretamente da Constituição, os princípios e valores adotados, ora decidindo sobre os instrumentos legais, seja quando julgou questões de relevância social antes mesmo de edição de leis, diante da ausência de manifestação do Poder Legislativo. A este fenômeno se dá o nome de judicialização da vida.<sup>17</sup>

Além desse comportamento mais ativo do Supremo Tribunal Federal, verifica-se que, ante o espectro analítico da Constituição Federal de 1988, quase nenhuma questão jurídica atualmente pode ser discutida sem que se confronte com a Constituição Federal, especialmente no caso das matérias de competência da Justiça Federal comum.

---

<sup>16</sup> Dados colhidos no site do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual>>. Acesso em: 4 maio 2015.

<sup>17</sup> BARROSO, 2010, *Cadernos Temáticos (...)*, p. 389 “Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do poder judicial e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito inclui o Presidente da República e seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativa na linguagem, na argumentação e no mundo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro.”

## 2 O SISTEMA ORGÂNICO MÚLTIPLO DA JUSTIÇA FEDERAL

Como vimos acima, as funções do Estado brasileiro foram devidamente contempladas e delimitadas no corpo da Constituição de 1988. No art. 2º da Constituição Federal de 1988, os constituintes consignaram que “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Estabelecem-se, então, na Constituição, as funções e os órgãos que serão responsáveis pelas atividades dos “poderes”, de forma harmoniosa.<sup>18</sup>

A função jurisdicional, cuja principal finalidade é a composição de conflitos litigiosos, é assumida pelo Estado, realizada através de seus juízes. Decorrem da Jurisdição, duas diretrizes básicas: a) não é dado ao particular fazer justiça com as próprias mãos e, b) todo conflito pode ser levado ao Estado que deverá solucioná-lo.<sup>19</sup>

A jurisdição é, ao mesmo tempo, poder, função e atividade, com monopólio do Estado e atribuição aos órgãos do Poder Judiciário. Como poder é a manifestação do Estado, o poder de decidir imperativamente e impor suas decisões. A atividade da jurisdição é exercida através do processo formado pelo complexo de atos praticados pelo Juiz.<sup>20</sup>

Através dos seus órgãos, o Poder Judiciário se dedica a compor conflitos de interesses de pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, nacionais ou estrangeiras, buscando a solução

---

<sup>18</sup> BARROSO, 2010, p. 174. 6.3. A separação de Poderes. Para o Ministro do STF, as funções estatais devem ser divididas e atribuídas a órgãos diversos e devem existir mecanismos de controle recíprocos entre eles, de modo a proteger os indivíduos contra o abuso potencial de um poder absoluto. É um dos conceitos seminais do constitucionalismo moderno, estando na origem da liberdade individual e dos demais direitos fundamentais. O Professor identifica dois corolários: (i) especialização funcional e (ii) a necessidade de interdependência orgânica de cada um dos poderes em face dos demais. Especialização inclui três requisitos: (i) uma mesma pessoa não poderá ser membro de mais de um poder ao mesmo tempo. (ii) um poder não pode destituir os integrantes de outro poder por força de decisão exclusivamente política e (iii) a cada poder são atribuídos, além de suas funções típicas e privativas, funções atípicas como reforço de sua independências frente aos outros poderes.

<sup>19</sup> TAVARES, 2012, p.42.

<sup>20</sup> PONCIANO, 2009, p.18.

de cada caso concreto. Para obter a decisão judicial, a jurisdição se realiza por meio de um processo judicial, o qual é regulado por lei, a qual estabelece prazos, procedimentos, realização de atos, até que seja feita a entrega efetiva do provimento judicial almejado.<sup>21</sup>

Para prestar a jurisdição, o Estado distribui competências a órgãos responsáveis por cada parcela da jurisdição, dividindo-se não o poder, mas a administração. Competência é a limitação prevista na Constituição mediante critérios de especialização da justiça, distribuição territorial e divisão de serviço<sup>22</sup> e encerra a medida da jurisdição de um juiz.<sup>23</sup> A jurisdição é una, mas seu exercício é dividido, mediante estabelecimento de competências entre os órgãos que compõem o que chamamos de Poder Judiciário, em um sistema judicial constitucionalmente previsto. Este sistema é dividido nos âmbitos Federal e Estadual, de acordo com a esfera política que o administra. A justiça federal é organizada pela União, a qual disponibiliza os instrumentos materiais que permitem a criação e o funcionamento dos seus órgãos. A justiça estadual, por sua vez, organiza a Justiça Estadual, responsável pelas instâncias ordinárias de decisão, nos limites de sua competência.

O modelo piramidal de Poder, claramente inspirado na Constituição Americana, tem seus órgãos e competências estabelecidas na Constituição Federal, nos arts. 92 a 126. O sistema judicial é harmônico entre si, no qual há órgãos que funcionam sob a organização da União e outros que são organizados pelos Estados, incluindo o Distrito Federal e Territórios.

---

<sup>21</sup> A despeito da possibilidade de utilização de outros meios para a solução de conflitos previstos em lei, tais como a arbitragem, mediação e conciliação, para alcançar, por outros caminhos a tão desejada pacificação social, a verdade é que a maioria dos casos de conflitos de interesses é entregue ao Poder Judiciário.

<sup>22</sup> PERRINI, 2012, p. 76.

<sup>23</sup> PERRINI, 2012, p. 83. "A jurisdição é genuína expressão do poder estatal e não comporta fragmentações, pois é una e indivisível, todavia, dada a profusão de demandas surgidas no seio social, faz-se necessária a distribuição dos feitos entre os órgãos jurisdicionais. Referida divisão é efetivada por meio de atribuições de competências, está precedida de acordo com os critérios já registrados, cujas normas emanam de diversas fontes legislativas".

No âmbito federal, atuam os seguintes órgãos judiciais: a Justiça Federal comum, composta pelas Varas Federais e os Juizados Especiais Federais; e a Justiça Especializada, integrada pela Justiça do Trabalho, a Justiça Eleitoral e a Justiça Militar. A Justiça Estadual, a cabo dos Estados e do Distrito Federal, que também inclui os Juizados Especiais Cíveis Criminais e da Fazenda Pública, tem suas competências e organização estabelecidas pelas Constituições de cada um dos 26 estados brasileiros e do Distrito Federal.

Por opção constitucional, a Justiça Federal da União (comum) foi mantida como ramo do Poder Judiciário Nacional e, até 1988, podemos considerar que a Justiça Federal era uma desconhecida da população. Contudo, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve uma grande revolução na atuação da Justiça Federal, cuja reestruturação foi prestigiada pelos constituintes. Passou-se assim de uma atuação pouco divulgada e sem grandes impactos no cotidiano, para uma atuação cada vez mais buscada pela sociedade, transformando a atuação de seus juízes, elevando-a a um novo patamar institucional, instrumento indispensável para a consolidação da democracia.

Aos poucos, os juízes federais incorporaram o espírito da Constituição de 1988 e já nos primeiros anos da restauração da democracia, conseguiram se firmar como uma instituição forte e independente com atuação considerada indispensável ao regime democrático. É certo que este novo papel da Justiça Federal se consolidou diante de julgamentos que foram paradigmáticos para estabelecer o caráter social da Justiça Federal no país.<sup>24</sup>

Desde a sua recriação, em 1966<sup>25</sup>, até às vésperas da promulgação da Constituição Federal, em 1988, a Justiça Federal contava

---

<sup>24</sup> Casos paradigmáticos: Desbloqueio de ativos financeiros bloqueados pela MP 168/90 - Plano Collor I, Recomposição dos saldos nas contas fundiárias (FGTS) e das cadernetas de poupança, com a determinação de inclusão de índices expurgados. Revisões de contratos de mútuo imobiliário da CEF, concessão e revisão de benefícios previdenciários. Reconhecimento de direitos das minorias, como pensão por morte a companheiros em relação homoafetiva, entre outros.

<sup>25</sup> Lei 5.010 de 30.05.1966.

com poucas varas cíveis e criminais, localizadas nas Capitais dos Estados Federativos e algumas — muito raras — unidades instaladas no interior dos Estados. Atualmente, conta com 976 Varas e Juizados Especiais, na primeira instância.<sup>26</sup> Em um país de extensão continental, com diferenças regionais e culturais, a Justiça Federal passou os últimos 25 anos aproximando-se dos cidadãos, apresentando um serviço essencial de resgate da dignidade.

Assim, da mesma forma que o direito constitucional passou de desimportante ao apogeu após a promulgação da Constituição Federal de 1988, fenômeno semelhante aconteceu com a Justiça Federal comum. A reestruturação da Justiça Federal contou com a extinção do Tribunal Federal de Recursos, a criação do Superior Tribunal de Justiça, e a criação de cinco Tribunais Regionais,<sup>27</sup> descentralizando, dividindo em cinco regiões.

Foram inúmeras as vantagens da regionalização dos Tribunais Regionais Federais, entre elas podemos citar a maior capacidade de enfrentamento do estoque de processos, acessibilidade e celeridade do segundo grau, possibilidade de interiorização da Justiça Federal, além da melhora da gestão administrativa, provimento dos cargos e da prestação jurisdicional, entre outras.

Com administração e autonomia, os Tribunais Regionais puderam estabelecer melhores critérios para a prestação jurisdicional, com a especialização de Varas, com competência criminal ou cível, de forma a poder criar as Varas de lavagem de dinheiro, Varas previdenciárias, Varas agrárias etc., de acordo com as particularidades de cada região.

---

<sup>26</sup> Dados colhidos no site do Conselho da Justiça Federal <[www.jf.jus.br](http://www.jf.jus.br)> (atualizados até abr/2015).

<sup>27</sup> MENDES, 2006, p. 23/24. A Justiça Federal surgiu no Brasil pelo Decreto 848/1890, baixado pelo Governo Provisório, inspiração na Lei Orgânica do Judiciário Americano. Constou da Constituição Federal de 1891. Foi extinta no Estado Novo, na Constituição de 1937, e foi parcialmente recriada em 1946, quando foi previsto o Tribunal Federal de Recursos, que criou somente a segunda instância para julgamento de causas oriundas da Justiça dos Estados. Pelo Ato Institucional n. 2 de 1965, restabeleceu-se a Justiça Federal na sua totalidade. Na CF de 1967 e de 1988, constou do seu corpo, a sua estrutura.

Com a autorização legal da Lei 10.259/20101, foram criados e instalados, a partir de 2002, os dois Juizados Especiais Federais, órgãos judicantes que realmente aproximaram a Justiça Federal da população carente, oferecendo acesso à justiça sem a necessidade de representação por advogados e acolhendo, em suas estruturas, demandas que estavam latentes na sociedade, como as relativas à concessão e revisão de benefícios previdenciários e assistenciais, e questões patrimoniais de pequeno valor, que muitas vezes não estimulam a advocacia patrocinar. Sem deixar de mencionar que o quadro de advogados públicos da Defensoria Pública da União não é suficiente para o atendimento da população carente.

A Emenda Constitucional 45/2004 previu a possibilidade de permuta de juízes e a possibilidade de justiça itinerante, com a realização de audiências e demais funções da atividade jurisdicional, para o fim de assegurar o pleno acesso dos jurisdicionados.

A competência dos Tribunais Regionais Federais encontra-se estabelecida no art. 108 da Constituição Federal, e compreende competência originária e recursal<sup>28</sup> e, por sua vez, o art. 109 da Constituição Federal estabeleceu a competência dos juízes federais.<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> I) competência originária compete aos Tribunais Regionais Federais em processar e julgar, originariamente: a) os juízes federais da área de sua jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, nos crimes comuns e de responsabilidade, e os membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral; b) as revisões criminais e as ações rescisórias de julgados seus ou dos juízes federais da região; c) os mandados de segurança e os *habeas data* contra ato do próprio Tribunal ou de juiz federal; d) os *habeas corpus*, quando a autoridade coatora for juiz federal; e) os conflitos de competência entre juízes federais vinculados ao Tribunal. No inciso II, a competência recursal, cabe ao Tribunal Regional Federal julgar, em grau de recurso, as causas decididas pelos juízes federais e pelos juízes estaduais no exercício da competência federal da área de sua jurisdição.

<sup>29</sup> Art. 109. “Aos juízes federais compete processar e julgar: I — as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho; II — as causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada ou residente no País; III — as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional; IV — os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse



A Constituição ainda determinou possíveis competências territoriais para a parte interessada ingressar com a ação em face da União, quando as entidades autárquicas ou as empresas públicas federais forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes.<sup>30</sup> Por conta da grande extensão territorial do Brasil, a Constituição Federal previu a delegação de competência, autorizando a que algumas ações sejam julgadas na justiça estadual.<sup>31</sup> No entanto, o recurso cabível será sempre para o Tribunal Regional Federal na área de jurisdição do juiz de primeiro grau.

Analisando o atual estágio da Justiça Federal comum, verifica-se uma melhora na estrutura e na prestação jurisdicional, se comparada àquela mesma estrutura de 25 anos atrás. No entanto, o que se vislumbra que as mesmas causas que garantem o perfil atuante da Justiça Federal comum, são as mesmas que dão origem aos problemas surgidos com o aumento da demanda e a busca incessante da solução de conflitos litigiosos.

---

da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral; V — os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente; V-A as causas relativas a direitos humanos a que se refere o §5º deste artigo; VI — os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira; VII — os *habeas corpus*, em matéria criminal de sua competência ou quando o constrangimento provier de autoridade cujos atos não estejam diretamente sujeitos a outra jurisdição; VIII — os mandados de segurança e os *habeas data* contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais; IX — os crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves, ressalvada a competência da Justiça Militar; X — os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro, a execução de carta rogatória, após o “*exequatur*”, e de sentença estrangeira, após a homologação, as causas referentes à nacionalidade, inclusive a respectiva opção, e à naturalização; XI — a disputa sobre direitos indígenas. [...]”

<sup>30</sup> Via de regra, o interessado deve ingressar com a ação na seção judiciária onde tiver domicílio a outra parte. Além disso, as causas intentadas contra a União poderão ser aforadas na seção judiciária em que for domiciliado o autor, naquela onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou, ainda, no Distrito Federal.

<sup>31</sup> No foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que for parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal, e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual.

O constante crescimento de demandas na Justiça Federal, em decorrência dos direitos sociais abarcados pela Constituição de 1988, impulsionou a criação de mais cargos de juízes federais, mais Varas e Juizados para absorver as ações propostas. No último ano de 2014, a Justiça Federal comum contava com 976 unidades de jurisdição (Varas Federais e Juizados Especiais autônomos)<sup>32</sup>. No entanto, este crescimento e interiorização não foram devidamente planejados de modo que se constatarem importantes distorções e disparidades na prestação jurisdicional.

Há locais onde a quantidade de Varas e Juizados e as estruturas físicas e de pessoal disponibilizadas são superiores às necessidades da população, e outros em que a prestação jurisdicional é feita em prédios improvisados e sem estrutura mínima para receber os juízes, servidores e os jurisdicionados.<sup>33</sup>

A interiorização é um processo irreversível, mas ela exige melhor dimensionamento pelos órgãos de planejamento estratégico dos Tribunais e do próprio Conselho da Justiça Federal,<sup>34</sup> suprimindo regiões que ainda não conseguiram entregar a prestação jurisdicional ante a dificuldade do acesso físico e de tecnológico. A interiorização e outros mecanismos de acesso à justiça, como as iniciativas de juizados itinerantes devem ser facilitados e promovidos, alcançando os jurisdicionados das camadas mais necessitadas da população, cujos direitos são os comumente mais lesados.

A interiorização mal planeja aumenta o custo direto e indireto da prestação jurisdicional, uma vez que a cada Vara ou Juizado instalado, inúmeros postos de serviço são abertos, e não só de juízes e servidores da justiça, mas também aqueles da atividade de limpeza, segurança, manutenção etc.

---

<sup>32</sup> Dados colhidos no site do Conselho da Justiça Federal. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/atlas/Internet/QUADRODEVARASFEDERAIS.htm>>. Acesso em: 4 maio 2015.

<sup>33</sup> Relatórios de Acesso à Justiça Federal: dez anos de juizados especiais. Série Pesquisas do CEJ.

<sup>34</sup> O Conselho da Justiça Federal (CJF), com sede em Brasília-DF, criado pela Lei 5.010/66, exerce a supervisão orçamentária e administrativa, o poder correicional e a uniformização para integração e o aprimoramento da Justiça Federal.

O mecanismo de especialização das varas é imprescindível para melhor prestação jurisdicional, uma vez que concentra a atividade no direito a ser tutelado. Outros mecanismos de gestão também devem ser oferecidos aos Juízes e Servidores, a fim de compartilhar a padronização de procedimentos cartorários e de gestão de pessoas, indispensáveis para a boa administração dos acervos processuais e recursos materiais e pessoais, sempre aquém das necessidades.

Outro fator primordial para melhoria da prestação jurisdicional é a implantação do programa de nivelamento de informática. O desequilíbrio dos estágios de informatização entre os Tribunais Regionais Federais, Varas Federais e Juizados Especiais é prejudicial e atrasa a prestação jurisdicional. Há ilhas de excelência em que o processo virtual está em todas as esferas jurisdicionais, com eliminação total do processo em meio papel e outras que, em virtude da extensa área geográfica, não conseguem acessar serviços de internet. A substituição do papel pelo processo virtual permite uma melhor utilização dos recursos humanos e materiais disponibilizados ao Poder Judiciário.

Finalmente, não há como deixar de mencionar a busca e o estímulo por diferentes formas de solução de conflitos, com especial destaque aos procedimentos de conciliação e mediação. O Poder Judiciário deve promover as formas de alternativas para a solução de conflitos, sendo que o atual programa de conciliação do Conselho Nacional de Justiça conseguiu inserir, em todos os Tribunais Regionais Federais, a cultura de conciliações. É patente que o grande gerador de causas judiciais é o próprio poder público, e é imprescindível um canal de comunicação para que o Judiciário impeça a judicialização das políticas públicas.

Esses são apenas alguns dos problemas a serem enfrentados, com muito empenho e criatividade pelos membros do sistema orgânico da Justiça Federal, que, como foi esclarecido no início deste trabalho, não teve a intenção de esgotar o assunto, mas e tão somente, de fomentar o debate.

## CONCLUSÃO

A Justiça Federal comum assumiu um papel de protagonista da defesa da democracia e dos direitos fundamentais e sociais. Houve impressionante crescimento da importância junto à população que passou a utilizar os seus serviços jurisdicionais com significativo aumento das demandas judiciais, exigindo uma prestação mais célere e eficaz.

Em resposta, o sistema orgânico múltiplo da Justiça Federal comum foi reestruturado e houve, ao longo dos mais de vinte e cinco anos desde a promulgação da Constituição de 1988, grande empenho na melhora da prestação jurisdicional, com o aumento dos quadros de juízes, servidores e instalação de novas unidades judiciais, com o intuito de oferecer, à população, um melhor acesso à justiça, mediante a interiorização e criação de novas varas federais e de juizados especiais. Contudo, nem todos os esforços foram suficientes para enfrentar a crescente demanda para a proteção dos direitos albergados na Constituição Federal.

Há uma sensível diminuição de acervo, mas essa melhora não é uniforme entre as regiões. O tempo médio para alcançar o resultado da ação ainda é longo, os recursos se avolumam nos tribunais e as execuções das sentenças são lentas e repletas de novos incidentes processuais. Então, a despeito do acesso à justiça, a demora na prestação jurisdicional é o causador dos inúmeros problemas.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, José Mauricio Pinto de. *O Poder Judiciário brasileiro e sua organização*. 1ª. ed. 3ª. Triagem. Curitiba. Juruá, 1993.

BARROSO, Luiz Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 2ª. ed. São Paulo. Saraiva, 2010.

BARROSO, Luiz Roberto. “Judicialização, ativismo e legitimidade democrática”. *Cadernos Temáticos*. Justiça Constitucional. Política e Direito. Anais do Seminário Nacional sobre a Justiça Constitucional. Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª. Região. Dezembro/2010.

CARVALHO, Vladimir de Souza. *Competência da Justiça Federal*. 4ª. ed.. Curitiba: Juruá, 2003.

DECOMIAN, Pedro Roberto. “A função constitucional do Recurso Extraordinário”. *Revista Dialética de Direito*. 121, abr/2013.

FREITAS, Vladimir Passos. *Evolução e histórico da Justiça Federal no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2003.

JUCOVSKI, Vera Lucia Rocha Souza. *Serie Monografias do CEJ*. Brasília, 1997.

MARMELSTEIN LIMA, George. *Papel social da justiça federal: garantia de cidadania*. Junho, 2004. Disponível em: <[georgemlima.blogspot.com/](http://georgemlima.blogspot.com/)>. Acesso em: 4 maio 2015.

MENDES, Alúcio Gonçalves De Castro. *Competência cível da justiça federal*, 2ª. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Ed. RT, 2006.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 5ª. ed. São Paulo: Atlas 2005.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 3ª. Ed. São Paulo: Atlas 1998.

OLIVEIRA, Pedro Miranda. “O Papel do TF no novo sistema processual brasileiro”. *Revista Dialética de Direito Processual*, 118, jan/2013. Pg 71-85.

PERRINI, Raquel Fernandez. *Competência da Justiça Federal Comum*. 3ª. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2012.

PONCIANO, Vera Lucia Feil. *Justiça Federal ao alcance de todos*. Esmafe- PR, Curitiba, 2010.

\_\_\_\_\_. *Justiça Federal*. Organização, competência, administração e funcionamento. Curitiba: Juruá. 2009.

RAMOS NETO, Newton Pereira. A construção do direito na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidade no uso das sentenças aditivas. *Revista de Direito Federal*. Associação dos Juízes Federais do Brasil. Ano 26. Número 93. 2º Semestre de 2013

STRECK, Luiz Lenio. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3ª. ed. Reformulada da obra *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. São Paulo: Ed. RT, 2013.

Série Pesquisas do CEJ. Acesso à justiça federal: dez anos de juizados especiais. Brasília, Conselho da Justiça Federal. 2012

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 18ª. Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

TAVARES, André Ramos. *Manual do Poder Judiciário brasileiro*. São Paulo. Editora Saraiva. 2012.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional*. 12ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2014.

WATANABE, Kazuo. “Política pública do Poder Judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses”. *Revista de Processo* v. 195. Maio/2011.

# A CONCILIAÇÃO NA JUSTIÇA FEDERAL E OS DESAFIOS DA INDISPONIBILIDADE DOS DIREITOS

---

**Pedro Francisco da Silva**

Doutorando em Direito pela PUCSP, Mestre em Direito pela UFSC,  
Juiz Federal da Seção Judiciária de Mato Grosso, Professor Assistente  
de Ensino da UFMT, Juiz-Membro do TRE/MT.

---

## RESUMO

Este trabalho desenvolve uma reflexão a respeito da aplicação da conciliação como forma alternativa de resolução de litígios na Justiça Federal, tomando como ponto de partida o papel constitucional conferido ao Poder Judiciário, revisitando a evolução do instituto na legislação e concluindo pela necessidade de se encontrar um preciso conteúdo semântico da dicotomia disponibilidade/indisponibilidade dos direitos como forma de ampliação do raio de atuação do instituto neste ramo do Poder Judiciário.

**Palavras-chave:** Poder Judiciário — Justiça Federal — Conciliação — Indisponibilidade dos Direitos — Desafios.

## INTRODUÇÃO

A partir do momento em que o ser humano adotou a vida em sociedade, o Direito passou a exercer um papel essencial na coordenação dos interesses que emergem dessa peculiar forma de existência, a ponto de não se imaginar uma sociedade sem direitos. Confere-se, ao Direito, a função de organizar a convivência entre as pessoas, oferecendo instrumentos para composição dos conflitos de interesses que nascem da relação entre os membros do corpo social.

Dentre as mais variadas teorias que tentam explicar a origem do Estado, pode-se identificar, entre elas, um ponto comum, que consiste da constatação de que essa instituição se afirma com base em direitos, de modo que a distinção entre os Estados se obtém pelo confronto dos seus respectivos catálogos de direitos. Nessa perspectiva, Immanuel Kant conceitua Direito como “o conjunto de condições mediante as quais a vontade de cada um pode coexistir com a vontade dos demais, segundo uma lei geral de liberdade”, enquanto o Estado é “a união de uma multidão de homens sob as leis do Direito”.<sup>1</sup>

Embora reconhecendo a unicidade do poder estatal, o cumprimento da missão conferida ao Estado impõe a necessidade de sua repartição em funções típicas, dando origem ao que se denomina “repartição de poder”, que se materializa nas funções legislativa, executiva e jurisdicional. Comete-se, ao Poder Judiciário, o papel de promover a pacificação social mediante a composição dos conflitos de interesses que afloram na vida em sociedade.

Sob uma óptica conceitual, essa repartição de funções deve alcançar uma harmonia, um ponto de equilíbrio, de modo que não interessa ao Estado a superposição entre os órgãos titulares de cada uma dessas funções. Nada obstante, muitos estudiosos já constataram historicamente uma supremacia do Legislativo e do Executivo

---

<sup>1</sup> *Apud* BONAVIDES, Paulo. *In Do Estado liberal ao Estado social*. São Paulo: Malheiros, 6<sup>a</sup> ed., 1996, p. 110.



em detrimento do Poder Judiciário, a exemplo de André Ramos Tavares,<sup>2</sup> que indica como uma das possíveis causas dessa timidez jurisdicional o fato desse poder ser “reativo e não ativo. Seu atuar praticamente sempre esteve condicionado à provocação do cidadão ou do interessado”.

Entretanto, os mesmos estudiosos apontam que, no final do século XVIII, a partir da consolidação do que se tem denominado “Estado de Direito”, o Poder Judiciário vem gradativamente recuperando o seu prestígio como guardião das promessas dessa nova era de direitos. Essa recuperação do prestígio institucional do Poder Judiciário também reserva, ao próprio juiz, um novo espaço de atuação, cuja atividade historicamente centrada na pronúncia de uma decisão, que substitui a vontade das partes, sem exclusão do próprio Estado, agora se volta para novas formas de composição da lide, num esforço indispensável para pacificação dos conflitos na contemporaneidade, tendo em conta a crescente complexidade das relações nas diferentes dimensões sociais, políticas e jurídicas.

Este trabalho pretende investigar o instituto da conciliação aplicado à Justiça Federal, abordando os desafios inerentes à indisponibilidade dos direitos litigiosos submetidos à sua competência constitucional.

## 1 MEIOS ALTERNATIVOS DE PACIFICAÇÃO DE CONFLITOS SOCIAIS

A afirmação do Estado como entidade soberana praticamente retirou dos atores sociais a possibilidade da autotutela, a qual fora relegada ao plano das ilicitudes, porque tipificada como crime, não só quando cometida pelo particular, mas também quando praticada por agentes da Administração Pública no exercício de suas funções, conforme se verifica dos arts. 345 e 350, respectivamente, do Có-

---

<sup>2</sup> TAVARES, André Ramos. *Manual do Poder Judiciário brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 23.

digo Penal Brasileiro.<sup>3</sup> Sua aceitação na ordem jurídica nacional prevalece em estreitos limites, a exemplo do desforço imediato para a proteção possessória, previsto no art. 1.210, §1º, do Código Civil Brasileiro.<sup>4</sup>

Na transposição do Estado Liberal para o Estado Social, em função do rompimento da tradicional divisão de poderes, uma nova postura foi requisitada do Poder Judiciário, o qual fora chamado a abandonar uma conduta negativa em favor de uma atuação ativa, capaz de assegurar uma gama de novos direitos sociais. A Declaração Universal dos Direitos Humanos e a constitucionalização dos direitos sociais bem representam esse novo momento histórico, conforme observa Érica Barbosa e Silva:<sup>5</sup>

O Judiciário passou, então, a enfrentar uma realidade completamente diferente. A atividade jurisdicional, estruturada a partir da supremacia irretocável da lei, deixa a posição tecnocrata de outrora para proporcionar a concretização das normas constitucionais, interferindo cada vez mais nas pautas políticas. Os direitos constitucionais deixam de ser vistos como recomendações ao legislativo ou ao executivo e tornam-se direitos subjetivos, que podem ser judicializados para ter efetivo cumprimento. Esse novo posicionamento em relação à normatividade constitucional traz uma série de implicações e, sobretudo, solicita nova postura do Poder Judiciário, além de técnicas processuais diferenciadas, capazes de atender essas novas exigências.

Essas novas demandas conferidas ao Poder Judiciário, inquestionavelmente, elevaram o seu grau de importância no protagonismo das entidades estatais encarregadas da concretização das

---

<sup>3</sup> BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 30 abr. 2015.

<sup>4</sup> BRASIL. <Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002>. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 30 abr. 2015.

<sup>5</sup> SILVA, Érica Barbosa e. *Conciliação judicial*. Brasília/DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 6.

promessas do Estado Democrático de Direito, mas logo revelaram suas fragilidades, culminando no reconhecimento de uma crise institucional.

Maria Tereza Sadek<sup>6</sup> faz uma pungente observação a esse respeito ao reconhecer a prevalência da ideia de que o Poder Judiciário, além de incapaz de responder à crescente demanda por Justiça, tornou-se anacrônico e, pior ainda, refratário a qualquer modificação, constatação que também se dá em relação aos seus métodos de composição de litígios.

Ada Pellegrini Grinover, em obra conjunta com outros renomados processualistas brasileiros, observa que:

A própria autocomposição, que nada tem de antissocial, não vinha sendo particularmente estimulada pelo Estado. A arbitragem, que em alguns países é praticada mais intensamente e também no plano internacional, é praticamente desconhecida no Brasil, quando se trata de conflitos entre nacionais.<sup>7</sup>

O confronto com essa realidade permite especular com razoável grau de acerto que qualquer tentativa de superação dessa crise institucional passa necessariamente pela mudança de paradigmas no sistema de resolução de conflitos historicamente empregado pelo Poder Judiciário. Não se trata de simplesmente renunciar a seus métodos tradicionais, mas de promover uma crescente utilização de outras modalidades de solução de controvérsias que outrora não mereceram a atenção devida.

Para alcançar esse novo desafio não basta modificar a legislação, como se ela fosse o remédio eficaz para todos os males que afligem o exercício da jurisdição. É preciso despertar uma mudança de mentalidade nos atores envolvidos nesse processo, visando à consolidação de uma nova cultura de resolução de conflitos, espe-

---

<sup>6</sup> SADEK, Maria Tereza. Judiciário: mudanças e reformas. In: *Estudos Avançados da USP*, v. 18, nº 51, mai.-ago.2004, p. 83-84

<sup>7</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 24<sup>a</sup> ed., p.31.

cialmente porque, como observa Francisco José Cahali,

[...] as pessoas, de um modo geral, perderam a capacidade de superar as suas adversidades, acomodando-se na entrega de seus litígios para serem resolvidos por um terceiro: a *cultura do litígio*, bem presente na sociedade contemporânea.<sup>8</sup>

A percepção dessa realidade, aliado ao crescente aumento das demandas, tem impulsionado a Justiça Federal a buscar novos mecanismos consensuais para resolução dos conflitos, fazendo com que a conciliação adquira grande importância nesse cenário.

## 2 A CONCILIAÇÃO NO SISTEMA JURÍDICO NACIONAL

A Constituição do Império, de 1824, conferiu à conciliação um relevante papel no sistema de resolução de conflitos, atribuindo-lhe o *status* de condição de procedibilidade para instauração de qualquer litígio. Estabelecia o art. 161 daquela Carta Política que: “Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará Processo algum”.<sup>9</sup>

Para cumprimento desse preceito constitucional ficou estabelecido que a função conciliatória prévia estava a cargo dos Juizes de Paz, eleitos da mesma forma que os Vereadores, e com suas atribuições previstas em lei específica, afastando assim o juiz da causa da atividade conciliatória. Com a aprovação da Lei Orgânica das Justiças de Paz, Lei n. 0-026, de 1827, ampliou-se em demasia as funções dos juizes de paz, como observa Érica Barbosa e Silva:

[...] concentrando nas Câmaras (juizes e vereadores que a compunham) poderes jurisdicionais, administrativos e policiais. Com a promulgação do Código de Processo Criminal de

<sup>8</sup> CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. São Paulo: Ed. RT, 4ª ed., p.27.

<sup>9</sup> BRASIL. Constituição política do Império do Brazil (de 25 de março de 1824). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm)>. Acesso em: 09 mar. 2015.

1832, as perspectivas liberais da época alargaram ainda mais esses poderes de vigilância dos juízes de paz, que chegaram a assumir funções policiais. Além disso, o juiz de paz poderia também substituir o juiz municipal e até mesmo, em caráter excepcional, o próprio juiz de direito.<sup>10</sup>

Não havia exigência de formação jurídica para exercício das funções de juiz de paz, e nem mesmo qualquer remuneração pelo ofício, circunstância que tornou recorrente a utilização do cargo para finalidade política, pois as candidaturas nascem no âmbito dos partidos políticos, o que acabou conduzindo à decadência do modelo, em função da crescente perda de credibilidade, levando à sua extinção.

Pode-se afirmar que a função conciliatória dos juízes de paz não produziu o resultado esperado nesse período imperial, não apenas em função das causas acima mencionadas, mas também por falta de formação específica desses agentes a respeito da arte de conciliar, e até mesmo por causa do excesso de atribuições que lhes foram conferidas pelo legislador.

Embora a reforma do Código de Processo de 1841 tenha esvaziado as atribuições dos juízes de paz, porque submeteu os juízes e tribunais inferiores ao governo central, foi o Decreto 359, de 26 de abril de 1890, editado no Período Republicano, que afastou de vez a conciliação como condição de procedibilidade:

*Art. 1º. E' abolida a conciliação como formalidade preliminar ou essencial para serem intentadas ou prosequirem as acções, civeis e commerciaes, salva ás partes que estiverem na livre administração dos seus bens, e aos seus procuradores legalmente autorizados, a facultade de porem termo á causa, em qualquer estado e instancia, por desistencia, confissão ou transacção, nos casos em que for admissivel e mediante escriptura publica, ternos nos autos, ou compromisso que sujeite os pontos controvertidos a juizo arbitral.<sup>11</sup>*

<sup>10</sup> SILVA, Érica Barbosa e. *Conciliação judicial*. Brasília/DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 155.

<sup>11</sup> BRASIL. Decreto n. 359, de 26 de abril de 1890. Revoga as leis que exigem a tentativa da conciliação preliminar ou posterior como formalidade essencial nas causas civeis e commerciaes. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/>

Com a instauração do Período Republicano, denota-se um silêncio constitucional a respeito da conciliação, ocorrendo o mesmo em relação às normas infraconstitucionais. Embora em alguns momentos tenha reaparecido a figura dos juízes de paz, suas funções não se identificavam com a atividade conciliatória, da forma como ocorreu durante o Império.

O ressurgimento da conciliação no ordenamento jurídico brasileiro se dá gradualmente, a partir da Lei n. 968, de 10 de dezembro de 1949, que transferiu esse papel para o juiz da causa:

*Art. 1º Nas causas de desquite litigioso e de alimentos, inclusive os provisionais, o juiz, antes de despachar a petição inicial, logo que esta lhe seja apresentada, promoverá todos os meios para que as partes se reconciliem, ou transijam, nos casos e segundo a forma em que a lei permite a transação.*<sup>12</sup>

O Código de Processo Civil de 1973 restabeleceu a conciliação de forma geral para todos os litígios, ao admitir a transação como forma de extinção do processo com exame de mérito, embora sem conferir caráter preliminar e obrigatório, mas preservando o juiz da causa como figura proeminente nesse processo. Contudo, uma maior disciplina do instituto somente foi alcançada pela Lei n. 8.952, de 13 de dezembro de 1994, que acrescentou, dentre as atribuições do juiz no processo, a responsabilidade de tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes, introduzindo assim o inciso IV ao art. 125 do referido Código Processual.

O Juizado Especial de Pequenas Causas, regulamentado pela Lei n. 7.244, de 7 de novembro de 1984 trouxe importante contribuição para o sistema de resolução de conflitos, representada na proposta de um modelo informal que valorizava a solução consensual

---

fed/decret/1824-1899/decreto-359-26-abril-1890-506287-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 16 mar. 2015.

<sup>12</sup> BRASIL. Lei nº 968, de 10 de dezembro de 1949. Estabelece a fase preliminar de conciliação ou acôrdo nas causas de desquite litigioso ou de alimentos, inclusive os provisionais, e dá outras providências. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=107033>>. Acesso em: 16 mar. 2015.

para as demandas de reduzido valor econômico, orientadas “pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando sempre que possível a conciliação das partes”,<sup>13</sup> instituindo a figura do conciliador, desempenhada por pessoa diversa do juiz da causa.

Consagrando a restauração da ordem democrática do país, a Constituição Federal de 1988, cumpriu o papel de reformular as instituições públicas, tendo determinado em seu art. 98, inciso I, a criação dos Juizados Especiais, “providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau”.<sup>14</sup> Referido preceito fora regulamentado pela Lei n. 9.099/1995 e, posteriormente, na Justiça Federal, pela Lei n. 10.259/2001.

Sob os influxos da nova ordem constitucional, os meios alternativos de solução de conflitos adquiriram crescente importância, tanto na legislação como no campo da prática judiciária, onde as antigas resistências vêm sendo superadas gradativamente por meio de iniciativas inovadoras.

Essa tendência representou a instituição de uma audiência preliminar destinada à conciliação, conforme redação do art. 331, do Código de Processo Civil [art. 357 do Novo CPC], com redação determinada pela Lei n. 10.444/2002, o que não impede que o juiz possa promover a conciliação em qualquer outro momento, como acentuam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

A atividade de tentar conciliar as partes é decorrente do ofício do magistrado, de sorte que não pode ser vista como

---

<sup>13</sup> BRASIL. Lei nº 7.244, de 7 de novembro de 1984. Dispõe sobre a criação e o funcionamento do Juizado Especial de Pequenas Causas. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1980-1988/L7244.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7244.htm)>. Acesso em: 20 mar. 2015.

<sup>14</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 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: 20 mar. 2015.

caracterizadora de suspeição de parcialidade do juiz, nem de prejulgamento da causa. Para tanto, deve o juiz fazer as partes anteverem as possibilidades de sucesso e de fracasso de suas pretensões, sem prejudicar a causa e sem exteriorizar o seu entendimento acerca do mérito.<sup>15</sup>

O Novo Código de Processo Civil, aprovado pela Lei 13.105, de 16.03.2015<sup>16</sup>, atualmente em fase de *vacatio legis*, e que entrará em vigor no dia 18 de março de 2016, conferiu maior importância à conciliação como forma de resolução consensual dos conflitos, mantendo o preceito de que ao juiz incumbe “promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais”, nos termos do seu art. 139, inciso V. Além disso, estabeleceu regras específicas acerca do instituto em seus arts. 165 a 175, com extensa regulamentação, inclusive a previsão de criação de centros judiciários de solução consensual de conflitos, alcançando o ponto mais alto do instituto na legislação brasileira.

### 3 CONCILIAÇÃO NA JUSTIÇA FEDERAL: BARREIRA DA INDISPONIBILIDADE DO DIREITO

O elevado índice de demandas na Justiça Federal<sup>17</sup> tem despertado a preocupação dos operadores jurídicos, estimulando a busca por novos mecanismos de resolução de conflitos, de modo que a conciliação vem sendo tratada como um eficiente meio para acelerar a prestação jurisdicional, ou até mesmo evitar o próprio litígio.

<sup>15</sup> NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*, 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 334.

<sup>16</sup> BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 29 abr. 2015.

<sup>17</sup> O acervo da Justiça Federal está na casa de 11,4 milhões de processos, representando 12% do total de 95,1 milhão de processos que tramitam em todos os órgãos e instâncias do Poder Judiciário do país, conforme relatório do Conselho Nacional de Justiça, denominado “Justiça em Números”, expedido em 2014, tendo como base o ano anterior. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros/relatorios>>. Acesso em: 30 abr. 2015.



Experiências nascidas da necessidade de responder ao acúmulo de ações em determinadas matérias protagonizadas por litigantes contumazes, a exemplo das ações relativas ao Sistema Financeiro de Habitação, na Subseção Judiciária de Londrina, vinculada ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no ano de 2002, são apontadas como os primórdios da conciliação na Justiça Federal. Outras iniciativas do Programa de Conciliação do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, também antecederam as iniciativas do Conselho Nacional de Justiça, materializadas na Resolução n. 125/2010, que procurou institucionalizar a conciliação por meio de práticas reiteradas no Poder Judiciário como um todo.<sup>18</sup>

O maior desafio para desenvolvimento dos meios consensuais de solução de controvérsias neste ramo da justiça comum decorre da própria competência deste órgão jurisdicional, prevista nos arts. 108 e 109, da Constituição Federal, onde se denota que a competência cível da Justiça Federal mais recorrente é aquela fixada em razão da pessoa, caracterizada pela presença na lide da União, entidade autárquica ou empresa pública federal na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes.

Ocorre que, em grande proporção, o bem jurídico, objeto do litígio protagonizado por tais pessoas jurídicas, não se encontra sujeito à livre disposição material, ou possui alguma indisponibilidade normativa que precisa ser superada, circunstâncias que acabam por estabelecer barreiras para a conciliação, porque a autonomia da vontade das partes, necessária para solução consensual da lide, não se faz presente ou fora normativamente limitada.

O problema da disponibilidade e indisponibilidade do direito objeto do litígio assume especial posição nessa reflexão, pela ausência de um conceito unitário ou uniforme dessas categorias, conforme

---

<sup>18</sup> GABBAY, Daniela Monteiro e THAKASHI, Bruno: Desenho de sistemas e mecanismos consensuais de solução de conflitos na Justiça Federal: uma introdução. *In*: Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos. GABBAY, Daniela Monteiro e TAKAHASHI, Bruno (Coord.). Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 6/7.

identificado por Carlos Alberto de Salles, que relata a existência de “conceitos com um sentido plurívoco, que acabam por conduzir à sua utilização em uma extensão indevida, qualificando, como indisponíveis, situações jurídicas às quais esse atributo não deveria ser aplicado, como ocorre em relação aos bens e negócios da Administração Pública”.<sup>19</sup>

Consequência maior dessa ausência de critério semântico que delimite os sentidos das expressões disponibilidade/indisponibilidade do direito é a compreensão generalizada de que a transação seja algo estranho ao universo da Justiça Federal, revigorando a ideia de que somente o exercício da jurisdição estatal, em seu sentido tradicional, pode resolver as disputas que lhe são apresentadas.

Na linha da construção doutrinária de Carlos Alberto de Salles, em brilhante trabalho anteriormente citado, releva estabelecer algumas distinções conceituais básicas acerca da indisponibilidade, considerando sua origem e as consequências jurídicas que produzem.

### 3.1 Indisponibilidade material

Esta modalidade considera uma determinada relação entre bens e sujeitos, “indicando a proibição de modificação da titularidade originária do bem jurídico, seja essa atribuída a um sujeito individual ou a uma coletividade”.<sup>20</sup> Nesse campo, a regra geral é da disponibilidade, entendida como a possibilidade de o bem jurídico ter sua propriedade transferida de um titular para outro, direta ou indiretamente, por força da vontade das partes ou por determinação judicial.

Por outro lado, excepcionalmente, um determinado bem jurídico pode estar sujeito a uma vedação jurídica a respeito de sua

---

<sup>19</sup> SALLES, Carlos Alberto de. “A indisponibilidade e a solução consensual de controvérsias”. In: *Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos*. GABBAY, Daniela Monteiro e TAKAHASHI, Bruno (Coord.). Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 211.

<sup>20</sup> SALLES, *op. cit.*, p. 212.

disponibilidade, a qual fica condicionada à superação dessa restrição legal para que a transferência de propriedade possa ser operada. Essa categoria não se confunde com outra, relativa aos bens “indisponíveis por razão de sua própria natureza ou por especial proteção jurídica que lhes empresta. É o caso daqueles tipicamente coletivos, caracterizados por sua indivisibilidade e de sua atribuição a uma coletividade de sujeitos”<sup>21</sup>, a exemplo do meio ambiente, ou ainda dos direitos inerentes à personalidade do sujeito, os quais são absolutamente indisponíveis.

### 3.2 Indisponibilidade normativa

Sob essa perspectiva, Carlos Alberto de Salles explica que a dicotomia disponibilidade/indisponibilidade refere-se a uma qualificação das próprias normas jurídicas, de modo que a indisponibilidade:

[...] volta-se a proteger a própria efetividade da norma, não um bem materialmente considerado. Dessa forma, exerce uma função dirigida ao próprio sistema jurídico e institucional envolvido. A indisponibilidade não se justifica em qualquer posição subjetiva, ainda que, de forma indireta, algum sujeito possa vir a ser por ela beneficiado.<sup>22</sup>

Essa indisponibilidade normativa, porque se refere à aplicação das próprias normas jurídicas, muitas vezes possui índole cogente, não se encontrando na esfera de disponibilidade do seu titular, para o bem do próprio sistema, razão pela qual não há espaço para concurso de vontade das partes. É o que se dá, por exemplo, no caso da comunicação da prisão em flagrante ao juiz competente, prevista no art. 5º, LXII, da Constituição Federal.

Contudo, outras situações existem no campo da indisponibilidade normativa nas quais há espaço para concurso de vontade.

---

<sup>21</sup> Id. *Ibid.*, p. 213.

<sup>22</sup> Id. *Ibid.*, p. 213/214.

Significa dizer que, nessas hipóteses, a indisponibilidade foi instituída por norma dispositiva, podendo ser removida mediante certos condicionamentos. Portanto, a indisponibilidade somente é peregrina quando possuir natureza material ou tenha sido instituída por norma cogente.

### 3.3 Indisponibilidade e bens públicos

No que se refere ao regime de disponibilidade dos bens públicos, Carlos Alberto de Salles identifica uma indevida extensão da indisponibilidade do interesse público ao regime jurídico a que se submetem os bens do Estado, esclarecendo que: “O engano está na falsa premissa de que ‘sendo o interesse público indisponível e sendo os bens públicos meros instrumentos para a consecução desse interesse, os bens seriam, por conseguinte, também, indisponíveis’”.<sup>23</sup>

Ocorre que a vinculação de um bem público a uma determinada finalidade pública não é fator impeditivo da modificação de titularidade do próprio bem, desde que a finalidade pública a que se dirige tenha sido alcançada. Nesse contexto, não há falar propriamente em indisponibilidade, que só se verifica em relação a outro fim, diverso daquele previamente estabelecido pela norma. Recorde-se, ainda, que até mesmo a finalidade pública pode ser alterada, por meio de sua desafetação.

Conclui, então, o arguto jurista antes mencionado:

Verifica-se, assim, que, como regra, não existe indisponibilidade dos bens públicos. Na verdade, os bens públicos submetem-se a um regime de disponibilidade condicionada, nos termos indicados em item anterior, devendo sua disposição atender a determinados requisitos de ordem material, como a vinculação a determinada finalidade, e processual, com a exigência de licitação.<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> Id. *Ibid.*, p. 217.

<sup>24</sup> Id. *Ibid.*, p. 218/219.

Denota-se que a ampliação do raio de ação da conciliação na Justiça Federal depende da apreensão de conceitos mais precisos sobre a dicotomia disponibilidade/indisponibilidade de direitos, afastando a ideia apriorística de que todos os bens públicos são por natureza indisponíveis, a fim de que se possa instituir um mecanismo jurídico capaz de gerenciar a desafetação das finalidades públicas nos casos de indisponibilidades normativas estabelecidas por legislações dispositivas, viabilizando a solução consensual das controvérsias com vantagens para ambas as partes envolvidas no conflitos de interesses.

## CONCLUSÃO

O sistema jurídico vem evoluindo para admitir progressivamente outros mecanismos de resolução de controvérsia, numa perfeita simbiose com o sistema tradicional. Nesse contexto, o instituto da conciliação vem ganhando especial destaque, cujo ponto máximo no plano legislativo foi alcançado com a aprovação do novo Código de Processo Civil, que entrará em vigor em março de 2016.

A Justiça Federal também participa dessa ideia de valorização dos meios consensuais de resolução de controvérsia, adotando programas de conciliação como forma de resolução de litígios, ou até mesmo de impedir o seu surgimento. Entretanto, considerando sua competência jurisdicional estabelecida na Constituição Federal, algumas barreiras precisam ser superadas, dentre elas a questão da indisponibilidade do direito controvertido.

Ponto de partida para obtenção de avanços nesse campo é a busca de um preciso conteúdo semântico da dicotomia disponibilidade/indisponibilidade dos direitos, afastando falsas compreensões fartamente disseminadas na doutrina e na prática jurídica a partir da incorreta ideia de que todos os bens públicos são indisponíveis, tornando possível uma reflexão mais propositiva da questão, de modo a encontrar um ponto de equilíbrio a partir do qual

se possa construir um sistema que permita gerenciar a desafetação do interesse público nos casos de indisponibilidade normativa dispositiva, facilitando a resolução consensual das controvérsias nos litígios protagonizados por pessoas jurídicas de direito público, a exemplo daquelas que determinam a competência em razão da pessoa na Justiça Federal.

## REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. São Paulo: Malheiros, 6ª ed., 1996, p. 110.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 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: 20 mar. 2015.

BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm)>. Acesso em: 09 mar. 2015.

BRASIL. Decreto n. 359, de 26 de abril de 1890. Revoga as leis que exigem a tentativa da conciliação preliminar ou posterior como formalidade essencial nas causas cíveis e commerciaes. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-359-26-abril-1890-506287-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 16 mar. 2015.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 30 abr. 2015.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 30 abr. 2015.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 29 abr. 2015.

BRASIL. Lei nº.7.244, de 7 de novembro de 1984. Dispõe sobre a criação e o funcionamento do Juizado Especial de Pequenas Causas. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1980-1988/L7244.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7244.htm). Acesso em: 20 mar. 2015.

BRASIL. Lei n. 968, de 10 de dezembro de 1949. Estabelece a fase preliminar de conciliação ou acôrdo nas causas de desquite litigioso ou de alimentos, inclusive os provisionais, e dá outras providências. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=107033>>. Acesso em:16 mar. 2015.

CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 4ª ed. São Paulo: Ed. RT, p.27.

GABBAY, Daniela Monteiro e THAKASHI, Bruno. “Desenho de sistemas e mecanismos consensuais de solução de conflitos na Justiça Federal: uma introdução”. In: *Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos*. GABBAY, Daniela Monteiro e TAKAHASHI, Bruno (Coord.). Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 6/7.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 24ª ed., p.31.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*, 9º ed. São Paulo: Ed. RT, 2006, p. 334.

SADEK, Maria Tereza. “Judiciário: mudanças e reformas”. In: *Estudos Avançados da USP*, v. 18, n. 51, mai.-ago.2004, p. 83-84.

SALLES, Carlos Alberto de. “A indisponibilidade e a solução consensual de controvérsias”. In: *Justiça Federal: inovações nos*

mecanismos consensuais de solução de conflitos. GABBAY, Daniela Monteiro e TAKAHASHI, Bruno (Coord.). Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 211.

SILVA, Érica Barbosa e. *Conciliação judicial*. Brasília/DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 6.

TAVARES, André Ramos. *Manual do Poder Judiciário brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 23.



# PRIMEIRAS LINHAS SOBRE A MEDIAÇÃO E A CONCILIAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

---

**Herbert Cornelio Pieter de Bruyn Jr.**

Juiz Federal da 6ª Turma Recursal de São Paulo e ex-Coordenador da Central de Conciliação de Osasco. Doutorando e Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP. Especialista em Direito Público pela PUC/SP, em Direito Tributário pelo CEEU e em Direito Aduaneiro pela ESAF.

---

## RESUMO

Trata o artigo das normas do Novo Código de Processo Civil, aprovado pela Lei n. 13.105/2015, relativas aos procedimentos de conciliação e mediação judicial, analisando a sistemática adotada e sua capacidade de resolver conflitos.

**Palavras-chave:** Conciliação — Mediação — Solução consensual de conflitos — Novo CPC.

## ABSTRACT

This article studies the rules of the new Civil Procedure Code, introduced by the Act n. 13.105/2015, concerned to the ADR procedures, analyzing the system adopted and his ability to resolve conflicts.

## INTRODUÇÃO

Se não é desconhecido o empréstimo, pelo Direito, de alguns conceitos típicos da Medicina – como as ideias de sistema, de órgãos e de “remédios jurídicos” – não menos ignorada é a noção de que, constatada a doença, o único modo de debelá-la é mediante correto diagnóstico e tratamento adequado, apto a restaurar a saúde do sistema afetado.

No caso do Judiciário, há muito se fala em crise, caracterizada, principalmente, pela dificuldade de acesso à justiça, por sua excessiva morosidade e pela ineficácia das decisões. Como instituição, portanto, incapaz de atender satisfatoriamente suas funções.

Não com outro propósito senão o de melhorar seu funcionamento, pois, paulatinas mudanças foram efetuadas nesse sistema com o fito de aprimorá-lo e modernizá-lo. São exemplos o acolhimento das ações coletivas, a partir da Lei da Ação Civil Pública (1985) e do Código de Defesa do Consumidor (1990), as inúmeras modificações pontuais ao Código de Processo Civil de 1973, entre elas a da Lei n. 8.952/1994 (antecipação da tutela etc.) e a previsão dos Juizados Especiais (Leis n. 9.099/1999 e 10.259/2001).

No entanto, ainda que não se possa cogitar de erro de diagnóstico, à vista dos resultados obtidos, decerto o tratamento foi ineficaz, tendo sido, no mínimo, insuficiente para o tamanho do desafio.

O diagnóstico não era difícil. Inúmeros autores apontaram, como causas da crise, o advento da sociedade de massas, à qual é ínsita o efeito multiplicador de conflitos; o fator demográfico; o reconhecimento de novas dimensões de direito (v.g. os coletivos); e, ainda, principalmente nos países democráticos, a maior conscientização das pessoas sobre seus direitos.

Particularmente, quanto a este último ponto, naturalmente isso ensejou uma demanda por um maior acesso à Justiça, atendida, em primeiro plano, pela interiorização do Judiciário, pela previsão de assistência judiciária gratuita e, ainda, pelo atendimento das

Defensorias aos mais necessitados, e, em segundo, pela proteção aos direitos transindividuais.

Ao alargamento da “entrada” do sistema, todavia, não correspondeu ao adequado ajuste em seu funcionamento, de modo que propiciasse mais rapidez e eficácia na resolução das demandas. Daí a necessidade, portanto, num espectro de ajustes possíveis – em meio a todo o redesenho do sistema processual – de encontrar outras fórmulas de solução dos conflitos, aptas a assegurar, também sob o prisma substancial, mais acesso à justiça, corolário do princípio da igualdade, ao qual, nesse aspecto, conjugam-se o da eficiência e o da celeridade, sem abandono da necessária segurança.

Esse problema, sentido também em outras partes do mundo, levou, desde a década de 1970, ao grande desenvolvimento do instituto das ADR (*Alternative Dispute Resolution*) nos Estados Unidos e a adoção de soluções desse tipo no Canadá e em quase toda a Europa: França, Itália, Espanha, Portugal, Inglaterra, Alemanha entre outros. Mais recentemente, a União Europeia tem desempenhado papel importante ao procurar estabelecer uniformidade normativa em seu âmbito, destacando no “*Livro Verde sobre Meios Alternativos de Resolução de Litígios em Matéria Civil e Comercial*”, publicado em 19.04.2002,<sup>1</sup> os seguintes atributos na solução consensual: (i) ser instrumento de acesso à justiça; (ii) ser instrumento de paz social; (iii) sua flexibilidade, por propiciar liberdade para procurar a solução e o meio mais pertinente ao caso; (iv) a economia. Na China e Japão, o uso dos meios de solução consensuais é mais antigo. Na América Latina, também eles são disseminados, sendo pioneira a Colômbia, seguida da Argentina.

É nesse contexto que se insere o advento do Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105, de 16.03.2015), o qual se propõem a solver essa crise, que não afeta somente o Brasil, mas várias partes do mundo. Ele não só modifica certos institutos, como busca o aperfeiçoamento e o resgate de outros, como é o caso da solução

---

<sup>1</sup> Disponível em: <<http://ec.europa.eu/civiljustice/adr>>.

consensual das controvérsias, relegada a segundo plano desde o advento do positivismo.

A esse propósito, é sempre essencial ter em mente, como escopo último das alterações propostas, a consideração de alinhar nossa legislação aos valores constitucionais vigentes — como sinaliza seu art. 1º: “*O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código*” — entre os quais, como explanado, encontram-se o princípio da solução pacífica das controvérsias (art. 4º, VII), do livre acesso à justiça (art. 5º, XXXV), da eficiência (art. 37, *caput*), da celeridade (art. 5º, LXXVIII), somados aos da razoabilidade e da proporcionalidade, sem olvido de constituírem objetivos fundamentais da República, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, dedicada à promoção do bem comum (art. 3º, I e IV) e seus fundamentos os valores justiça, igualdade, cidadania e dignidade da pessoa humana (arts. 5º e 1º, II, III e IV). Alguns desses princípios são especificamente ressaltados no art. 8º do Novo CPC, que, além de reportar aos fins sociais e às exigências do bem comum, destaca a observância à dignidade da pessoa humana, à proporcionalidade, à razoabilidade e à eficiência e outros princípios.

Bem por isso, não é por outra razão que, diante dos postulados do Estado Democrático de Direito que alicerçam a Constituição de 1988, de notável carga axiológica, por dever-se afastar os juízos *a priori* e ponderar-se os valores em conflito nos casos concretos, que vários autores, modernamente, apontam para a necessidade de reavaliação do conceito de interesse público, inconfundível com o do Estado.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Remeto, neste ponto, não só aos argumentos por mim expostos em (BRUYN Jr., Herbert Cornelio Pieter de. *O Direito Subjetivo à Conciliação no Estado Democrático de Direito e sua Aplicabilidade às Causas de Competência da Justiça Federal*, p. 121/142), mas, principalmente, às do Prof. Carlos Alberto de Salles (SALLES, Carlos Alberto. “A indisponibilidade e a solução consensual de controvérsias”, pp. 209/226), publicadas na obra coordenada por GABBAY, Daniela Monteiro e TAKAHASHI, Bruno. *Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de so-*

É com esses olhos, enfim, que devem ser analisadas as inovações do Novo CPC com relação às soluções consensuais de conflito, que, de resto, adquiriram considerável vulto depois da Resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, que configurou a estrutura básica do funcionamento desse microssistema. Parece ser nela que o art. 165, *caput*, do CPC inspirou-se ao determinar que:

*Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.*

*§1º Sua composição e organização fica a cargo do tribunal respectivo, observadas as normas do CNJ.*

e, ainda, ao prever a criação, pelas pessoas jurídicas de direito público políticas, de todos os níveis, de câmaras de mediação e conciliação para resolução consensual de conflitos no âmbito administrativo (art. 174).

Deve-se notar que, no caso dos centros judiciais, a ideia de instituí-los em local distinto do ofício judicante alinha-se perfeitamente à concepção pela qual, para maior eficácia do procedimento, é recomendável a parte sentir-se mais à vontade, livre – sentimento certamente minorado no judicial – e maior confiança na preservação da confidencialidade dos assuntos ali tratados. Caso fosse tratado pelo juiz da Vara, certamente isso não se averiguaria, por “*contaminação*” psicológica do magistrado.

## 1 DOS MEIOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS PREVISTOS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

No Brasil, antes da aprovação do Novo CPC, a matéria foi objeto de vários projetos e ainda hoje remanesce um em tramitação,

---

lução de conflitos. Brasília: Ed. Gazeta Jurídica, 2014, e, ainda, de Humberto Ávila e Daniel Sarmiento, em artigos expostos na obra coordenada por este último (SARMENTO, Daniel (coord.). *Interesses Públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007).

que, mesmo aprovado, não se espera venha colidir com a norma geral processual.<sup>3</sup>

Antes, tende a melhor especificá-la, como requer o próprio Código, implícita ou explicitamente, em seu art. 175.<sup>4</sup>

Quanto à finalidade, as normas do CPC não apenas buscam, em várias passagens, disseminar o uso desse instrumento de solução de conflitos – fato expressado nos §§ 2º e 3º do art. 3º do Código,<sup>5</sup> mas criar verdadeira “cultura” voltada a resoluções dessa espécie, hábil a alcançar melhor nível de vida, em que as pessoas estejam mais conscientes de seus direitos e deveres, compreendendo melhor os interesses do outro e verificando que nem sempre, necessariamente, são antagônicos aos seus. Nesse ponto, como em muitos outros, as regras do Novo Código harmonizam-se à mais moderna doutrina sobre a matéria e à disciplina consagrada pelo CNJ, expressa, principalmente, por sua Resolução n. 125/2010.

De fato, o CPC, acompanhando a doutrina, faz clara distinção entre os vários meios de solução de controvérsias, na medida em que, além de tocar naquelas decorrentes do julgamento de um juiz e o derivado de decisão arbitral, por árbitro direta ou indiretamente (institucionalmente) escolhido pelas partes, trata, ainda, daquelas alcançadas mediante a intermediação de terceiro, seja pela mediação, seja pela conciliação (admitindo-se, ainda, *outros métodos (art. 3º, §3º)*).

*Assim, se a pessoa, situada pelo Código como auxiliar da Justiça<sup>6</sup>, limita-se a procurar a aproximação das partes para que melhor*

---

<sup>3</sup> Tratava-se do Projeto de Lei n. 517/2011 do Senado, renumerado para Projeto de Lei n. 7169/2014 na Câmara. Posteriormente ao artigo, foi sancionada como Lei n. 13.140, de 29 de junho de 2015.

<sup>4</sup> Art. 175. “As disposições desta Seção não excluem outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes, que poderão ser regulamentadas por lei específica.”

<sup>5</sup> Art. 3º. 2º: “O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”. 3º: “A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.”

<sup>6</sup> De igual modo o conciliador.

compreendam “as questões e interesses em conflito, de modo que possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si (...) soluções consensuais que gerem benefícios mútuos”, atuará como mediador (art. 165, §3º). Esse é o meio recomendado para os casos que exista vínculo prévio entre as partes, de qualquer natureza, pois, encontrando por si próprios o caminho, será mais fácil a recomposição do vínculo.

Será conciliador, todavia, se, além de atuar na aproximação das partes, à pessoa for autorizado fazer sugestões para a resolução do litígio, “vedada a utilização de qualquer meio de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.” (art. 165, § 2º). Preferencialmente, há de ser utilizado nas situações em que não exista vínculo prévio às partes.

Circunscrita a discussão ao âmbito da mediação e da conciliação, esta tanto poderá ser extrajudicial — a teor do art. 167, que alude às câmaras privadas de conciliação e mediação, como, *v.g.*, a existente no âmbito da FIESP — quanto judicial se realizada no âmago da estrutura judiciária, caso em que a lei prevê a criação de centros pelos tribunais. No último caso, a realização do ato poderá ser prévia ou incidental ao processo judicial.<sup>7</sup>

Certamente, à luz dos princípios constitucionais, sempre que possível, a preferência deveria ser dada à solução pré-processual, não só por tender a ser econômica, célere e informal — diversamente da incidental — mas, também, por ter a vantagem de desafogar o Judiciário, deixando-o livre para tratar de questões mais difíceis e cruciais.<sup>8</sup> Distribuída a ação, contudo, ainda assim é salutar, o quanto antes — enquanto os ânimos não estão mais exaltados — buscar uma solução consensual dentro da própria instituição judiciária (principal objeto do CPC).

---

<sup>7</sup> No exterior, principalmente no Japão, é significativa a importância das câmaras privadas no exercício da mediação e conciliação vinculadas aos principais setores econômicos: o das indústrias automobilísticas, o da indústria eletrônica, um especificamente relacionado à energia nuclear, e assim por diante.

<sup>8</sup> Certamente, é a esses aspectos da autocomposição, pré-processual e privada, que os dispositivos de uma futura lei deverão largamente dedicar-se.

Em um ou outro caso, todavia, sempre o procedimento deverá observar aos princípios específicos dos meios de solução consensual, mencionados no art. 166, a saber:

- a) Princípio da independência – a atuação do mediador ou do conciliador, quanto às suas funções precípua, é autônoma em relação ao juiz, às partes e ao processo;
- b) Princípio da imparcialidade – o profissional deve ser neutro; isento de qualquer espécie de simpatia étnica ou vinculação social, profissional ou emocional em relação a qualquer das partes, devendo abster-se de tomar partido no curso do procedimento;
- c) Princípio da autonomia da vontade – a parte, capaz, é livre para tomar a decisão que lhe aprouver e, também, para estipular as próprias regras procedimentais (art. 166, §4º), respeitados, todavia, estes princípios básicos aplicados à espécie;
- d) Princípio da confidencialidade – as informações originadas nas comunicações realizadas, oral ou escrita, não podem ser expostas em contexto externo à sessão ou à audiência em que elas surgiram. Somente podem ser utilizadas para o fim previsto por expressa deliberação das partes (art. 166, §§ 1º e 2º). Assim, em regra, não poderão servir como provas no processo referente ao caso ou a outro conexo, nem pode o mediador ou conciliador mencioná-las, nem mesmo como testemunha, ao juízo. Busca-se, com isso, garantir a confiança das partes do intermediário, seguros que nenhuma informação ali gerada poderá ser, posteriormente, considerada em seu desfavor; com maior liberdade das partes e garantido o sigilo profissional, tende a aumentar a eficácia do procedimento. A única exceção, ainda assim especificamente com relação aos fatos que lhe são correlatos, é na hipótese de prática do crime no curso da sessão ou audiência.
- e) Princípio da oralidade – toda a negociação é oral, não sendo recomendável, para garantia da confidencialidade, a produção ou conservação de textos escritos, obviamente ressalvado o termo do acordo, devidamente assinado;



- f) Princípio da informalidade – corolário do anterior, determina que toda a condução das sessões ou audiências seja realizada sem maiores barreiras (v.g. hierárquica), colocando-se todos, inclusive mediadores e conciliadores, em patamar semelhante e próximo ao das partes, bem como na simplicidade dos procedimentos, que vêm a envolver o reconhecimento de serem as formas meros instrumentos para a consecução dos fins almejados (instrumentalidade das formas).
- g) Princípio da decisão informada – conexo à autonomia da vontade, esse princípio estabelece que, para que a decisão das partes seja legítima, elas devem estar plenamente conscientes das consequências dos atos que deliberaram, muitas vezes correspondentes a renúncias a direitos.

Implícito, está ainda o princípio da flexibilidade, conexo à informalidade, pelo qual, ao versar direitos que admitam autocomposição, as partes podem estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo (art. 190, *caput*). Nesse caso, a validade das convenções será, de ofício ou a requerimento de das partes, aferida pelo juiz, que somente poderá recusar-lhes aplicação nos casos de nulidade ou “*inserção abusiva em contrato de adesão*” ou que coloque a parte em situação de vulnerabilidade (art. 190, parágrafo único).

Ademais, mesmo não mencionados no CPC, outros princípios reconhecidos na doutrina merecem ser levados em consideração: o *da ciência do procedimento*, que prescreve devam as partes estar conscientes da oportunidade para franca e direta exposição dos seus interesses e de estarem protegidos pela confidencialidade, e o *da validação*, que, fundado em preocupações humanísticas, pretende que, no curso do procedimento, as partes alcancem maior aproximação entre si, de modo, pelo menos, a reconhecer e compreender os sentimentos e interesses da outra. Será por meio desse último que se pretende que as partes mudem sua consciência no trato com

o outro, tornando-se aptas a prevenir e resolver, por si, insertos em nova cultura, novos conflitos (o que a doutrina denomina de *princípio do empoderamento*).

## 2 DOS MEDIADORES E CONCILIADORES

Tratados pelo CPC como auxiliares da justiça, em situação semelhante aos peritos e intérpretes, pessoas normalmente não integrantes do quadro judiciário, a eles o Código dedica uma larga Seção que, embora também discipline outros assuntos (regras de competência e princípios), preocupa-se com a capacitação específica a ser por eles obtida para que bem possam cumprir sua função.

Segundo o CPC, os conciliadores e mediadores podem ser voluntários, observada a legislação pertinente e regulação do tribunal (art. 169, §1º), ou remunerados, caso em que tanto poderão ser funcionários de quadro próprio da Justiça (quando já percebem seus proventos desta), como, se desvinculados, serem custeados consoante os valores fixados em tabela do tribunal, segundo os parâmetros fixados pelo CNJ (art. 169, *caput*).

Em termos gerais, preenchidas as condições do edital de inscrição e possível aprovação em concurso público (art. 167, § 2º) – sempre necessária na hipótese de tratar-se de quadro próprio da Justiça<sup>9</sup> (art. 167, §6º) – o candidato será submetido à frequência e à aprovação em curso realizado por entidade credenciada conforme os parâmetros curriculares definidos pelo CNJ, em conjunto com o Ministério da Justiça (art. 167, §1º). Habilitado e munido do certificado, inscrever-se-á no cadastro nacional e no do respectivo tribunal ou câmara privada, que mencionarão sua área profissional (art. 167, *caput*). Isso feito, cabe ao tribunal encaminhar os dados ao diretor da comarca, foro ou subseção na qual o profissional atuará, para que o registre na lista dos profissionais credenciados aos quais

---

<sup>9</sup> Nesse caso, fala-se explicitamente em concurso de provas e títulos.

os casos serão distribuídos. A distribuição far-se-á de forma alternada e aleatória, observando-se o princípio da igualdade na mesma área de atuação (art. 167, §2º). Remanesce às partes, porém, a possibilidade de escolher, de comum acordo, o mediador ou o conciliador, independentemente de seu cadastramento no tribunal (art. 168, *caput*, e § 1º).

A lei prevê que desses cadastros constem todas as informações relevantes sobre a atuação do profissional, para permitir a adequada avaliação de sua atividade: número de processos,<sup>10</sup> de sucessos e insucessos, a matéria da controvérsia e outros dados julgados úteis pelos tribunais (§ 3º). Periodicamente, ao menos uma vez ao ano, os dados serão publicados para conhecimento da população e para fins estatísticos e de avaliação do serviço (art. 167, §4º).

Sem dúvida, dada a natureza da função e sua “substitutividade” à atividade judicante, é imprescindível não só que as pessoas credenciadas – que de antemão se espera intelectual e moralmente habilitadas – também o estejam em relação às técnicas específicas da função, como, igualmente, que se faça regular acompanhamento das atividades desenvolvidas pelo profissional, para ver se, de fato, tem bem cumprido suas funções.

Ao procurar garantir a isenção das operações e resguardar a moralidade pública, a lei prevê o impedimento dos mediadores e conciliadores, no prazo de um ano, contado do término da última audiência em que atuaram, para assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes (art. 172). Se for advogado, ele estará impedido, ainda, de, concomitantemente, exercer a advocacia nos juízos onde desempenha a função de mediador ou conciliador (art. 167, § 5º). A lei não faz referência expressa quanto ao período posterior à cessação, de quarentena mínima de um ano para a advocacia no juízo ao qual se vincula o centro em que atuaram. De todo o modo, porém, enquadraram-se na regra geral do art. 172, que os impede de, por um ano, “representar ou patrocinar” qualquer das partes.

---

<sup>10</sup> A mesma regra deve aplicar-se aos expedientes pré-processuais.

Há previsão, ainda, das situações de impedimento, o qual deve ser comunicado imediatamente, de preferência por meio eletrônico, quando os autos serão devolvidos ao juiz do processo ou ao coordenador do centro, que fará nova distribuição (art. 170). Apurada a causa após iniciado o procedimento, este será interrompido lavrando-se ata com relatório do ocorrido, solicitando ao coordenador do centro sua distribuição a novo mediador ou conciliador (art. 170, parágrafo único). As causas de impedimento, assim como as de suspeição, são as mesmas fixadas para o magistrado e demais auxiliares do juízo. Por questão lógica, também neste último caso, tão logo verificada sua causa, a suspeição deve ser imediatamente comunicada, procedendo-se, no nosso entender, do mesmo modo que no impedimento.

Na hipótese de impossibilidade temporária do exercício da função (v.g. por doença), o profissional informará o fato ao centro, preferencialmente por meio eletrônico, para que não lhe haja, no período, novas distribuições (art. 171).

Se o juiz do processo ou coordenador do centro verificar comportamento<sup>11</sup> ou atuação inadequada dos conciliadores ou mediadores, poderá afastá-los de suas atividades por até 180 (cento e oitenta) dias, mediante decisão fundamentada, informando o fato imediatamente ao tribunal para instauração de processo administrativo (art. 173, § 2º). Na hipótese de dolo ou culpa na condução do procedimento sob sua responsabilidade, ou, ainda, violação ao dever de confidencialidade e de sigilo ou, ainda, se tiverem atuado impedidos ou suspeitos nas sessões ou audiências, serão submetidos a processo administrativo, respeitados a ampla defesa e contraditório, do qual poderá resultar seu afastamento (art. 173, I, II e § 1º).

---

<sup>11</sup> Embora o art. 173 do CPC não cite, expressamente, o mero comportamento inadequado, que pode dar-se inclusive fora do procedimento em questão, entendemos que, sendo, em qualquer caso, auxiliar da justiça está sujeito, no quanto couber, aos deveres impostos pelo Código de Ética da respectiva função e pelo CPC, além do próprio Estatuto dos Servidores; no caso da União, atualmente, a Lei n. 8.112/90.

## 2.1 Do procedimento

Distribuída a ação e não constatada a inépcia da inicial ou se tratar de caso de improcedência liminar do pedido (respectivamente, hipóteses dos arts. 330 e 332), o juiz designará audiência de conciliação ou mediação com antecedência mínima de trinta dias, e determinará a citação do réu, com pelo menos vinte dias de antecedência (art. 334, *caput*). O autor, por sua vez, deverá ser intimado, por seu advogado, da data da audiência, a qual poderá ser feita por meio eletrônico, atendidas as condições de lei específica (art. 334, §7º).

Ela só não se realizará se: (i) ambas as partes manifestarem, expressamente, seu desinteresse na autocomposição; (ii) ou quando a natureza do pedido não admiti-la (art. 334, §4º). Por parte do autor, semelhante intenção há de ser manifestada na inicial; o réu, por sua vez, deverá de fazê-lo com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data marcada para a audiência. Caso haja litisconsortes, ela só será cancelada se todos manifestarem desinteresse (art. 334, §§ 5º e 6º).

Não manifestado desinteresse por ambas as partes, ela será mantida e o não comparecimento injustificado do autor ou do réu será considerado ato atentatório à dignidade da justiça, a ser sancionado com multa de até 2% (dois por cento) da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, a ser revertida em favor da União ou do Estado, conforme a competência da Justiça (art. 334, §8º).

Diante dessas alterações, portanto, o prazo para apresentação da contestação não mais há de correr a partir da citação, como era regra anterior. Conforme os incisos do art. 335 do Novo Código ele será contado: (I) da data da audiência de conciliação, de mediação ou da última sessão referente a esses atos, sempre que uma das partes não comparecer ou resultar infrutífero o acordo; (II) do protocolo do pedido de cancelamento da audiência apresentado pelo réu, se ambas manifestaram seu desinteresse no ato; (III) “da data prevista no art. 231, de acordo com o modo como foi feita a citação, nos demais casos”. Igualmente, na hipótese de litisconsórcio em que todos hajam

manifestado desinteresse, o prazo fluirá, para cada um, a partir da data de apresentação de seu respectivo pedido de cancelamento da audiência (art. 335, §1º).

É de notar que, sempre que houver, na Comarca ou Subseção, mediadores ou conciliadores, necessariamente eles deverão atuar nas audiências respectivas, nos termos da lei (art. 334, §1º). Portanto, ressalvada a excepcional hipótese de inexistência de profissional qualificado no local – pois, diante de seu regramento, o CPC exige dos tribunais a capacitação de mediadores e conciliadores para essa função – não há mais como o juiz conduzir esse ato, reservado a esses auxiliares.

Naturalmente, existindo situações complexas nas quais, muitas vezes, se torna preciso levantar dados ou se mostra aconselhável, simplesmente, ofertar prazo para as partes refletirem melhor; o PC possibilita a realização de mais de uma sessão destinada à conciliação ou mediação, no prazo de 2 (dois) meses a data da primeira. Trata-se, sem dúvida, de medida salutar, por procurar equilibrar a necessidade de flexibilização desses atos procedimentais com salvaguardas ao uso indevido desse expediente, com intuito procrastinatório. Ainda assim, porém, é inegável a existência de situações em que, com frequência, a composição consensual é a preferível, seja porque mais pacífica, seja porque, em geral, mais célere e efetiva, que indubitavelmente não serão, em regra, resolvidas tão prontamente, por envolverem centenas, senão milhares de pessoas como é o caso das desapropriações. Há exemplos de soluções desse tipo extremamente bem sucedidas em Santa Catarina (questão da Lagoa da Conceição), Rio Grande do Sul (desapropriação para alargamento de rodovia) e São Paulo (para ampliação do Aeroporto Internacional em Guarulhos), que, embora céleres do ponto de vista da resolução final, à vista do número de pessoas físicas e de direito público envolvidas, e eficazes (praticamente 100% de acordos), não puderam ser resolvidas em menos de um ano.

Assim, evidentemente, a questão do prazo há de ser tratada com certa maleabilidade, para que nem se aborte a possibilidade

de uma solução completa, definitiva e amplamente satisfatória para o caso, nem se pavimente uma via para fins procrastinatórios. É o caso concreto, sua dimensão e natureza, que, calcado no princípio da razoabilidade, há de indicar a validade ou não da flexibilização do comando.

Quanto às audiências, para as quais as partes comparecerão acompanhadas de seus advogados ou defensores públicos (art. 334, §9º) – cujo papel, nesse ato, é o de ajudar as partes informando-as sobre seus direitos, ônus porventura assumidos, efeitos da decisão e, ainda, passar-lhes a segurança de que seus interesses estão protegidos e o procedimento fiscalizado – elas constarão de pauta organizada com observância de intervalo *mínimo* de 20 (vinte) minutos entre uma e outra (art. 334, §12), findando-se, caso seja alcançado acordo, pela lavratura de termo a ser homologado por sentença. Segundo o §10 do art. 334, as partes podem constituir representante, por procuração específica, com poderes para negociar e transigir.

O CPC não esclarece o agente competente para a prolação da sentença homologatória do acordo – se o coordenador do centro ou juiz do feito – mas, enquanto não sobrevier disciplina específica sobre a matéria, prevalece aquela exposta no art. 9º, *caput*, da Resolução n. 125/2010 do CNJ, na redação que lhe foi conferida pela Emenda n. 1/2013: *“Os Centros contarão com um juiz coordenador e, se necessário, com um adjunto, aos quais caberão a sua administração e a homologação de acordos, bem como a supervisão do serviço de conciliadores e mediadores. (...)”*. É de se notar que, conforme este dispositivo, também eles hão de ser escolhidos pelos Presidentes dos respectivos tribunais entre aqueles que passaram por treinamento específico relativo à matéria, conforme modelo do CNJ.

Não alcançado acordo, também nessa hipótese, será lavrado termo, que mencionará essa circunstância e devolverá o feito ao juízo competente ou ao distribuidor (caso se trate de mediação ou compensação pré-processual), sem nenhuma alusão, contudo, às discussões ou ao motivo da frustração do ato, em face do princípio da confidencialidade.

De qualquer modo, desde que as partes assim o deliberem de comum acordo, a qualquer momento será viável a tentativa de autocomposição, para a qual se abre nova possibilidade formal, logo no início da audiência de instrução e julgamento, quando, instalada esta, o juiz procurará conciliar as partes, independentemente da tentativa anterior (art. 359).

## CONCLUSÕES

Ainda que nem sempre a organização da disciplina, no Novo CPC, seja a mais adequada, mesmo do ponto de vista lógico, pois, em certos casos, disposições pertinentes a problemas diversos aparecem misturados na mesma Seção, senão no mesmo artigo – em especial no caso daquela reservada aos conciliadores e mediadores judiciais, que acaba por tratar, também, da competência dos tribunais para criar centros judiciários de solução consensual de conflitos e os princípios atinentes a esses procedimentos, entre outros exemplos – é certo que, em sua substância, a matéria é razoavelmente bem tratada no Código.

Com efeito, ao aludir às câmaras privadas e determinar, ao Poder Público, a instauração de outras, com o propósito de, tanto quanto possível, resolver os conflitos desse modo, e, ainda, impor aos tribunais a criação de centros de mediação e conciliação, o CPC mostra, antes de tudo, o firme propósito de valorizar a autonomia de vontade dos cidadãos, dando-lhes a opção de, sem prejuízo do acesso à decisão judicial, poder escolher outros caminhos, segundo seu interesse, como os revelados pela arbitragem e pelos variados modos de solução consensual de conflitos, com destaque para a mediação e a conciliação.

Pela estrutura adotada, igualmente, – instalação de centros e câmaras; preparo específico e fiscalização da atuação e resultado dos mediadores e conciliadores e a inserção do advogado nesse plano – resta favorecida, ainda, a mudança da cultura prevalecente que, até



o momento, atem-se à solução litigiosa, sem notar que muitas vezes ela pode não atender tão satisfatoriamente aos interesses das partes, dada sua inflexibilidade. O próprio uso, tão disseminado, da expressão “solução alternativa de conflitos” acaba por indicar, transversalmente, a prevalência da judicial, quando, na verdade, todos os modos de solução correspondem a caminhos alternativos para o mesmo fim (teoria da porta múltipla). Caberá ao interessado, conforme seus interesses, optar, com a ajuda do advogado, pelo mais adequado ao seu caso concreto. Nesse ponto, é importante haver uma multiplicidade de ocasiões possíveis para esse intento: antes ou posteriormente ao processo e, no curso deste, quer em um primeiro momento, logo após a citação, quer posteriormente, no início da audiência de instrução, sem prejuízo dela ocorrer em qualquer outro momento, se houver interesse das partes.

Ademais, o CPC regulou expressamente os principais princípios ligados à solução consensual, ficando claro estarem outros implícitos. Com isso, preservam-se as principais virtudes da conciliação.

E ainda, é nítido que, se o CPC visou a deixar expressos esses pontos principais sem “engessar” o sistema, isto é, mantendo-o flexível, deixou bastante espaço para sua regulação por lei específica e resoluções do CNJ, fortalecidas nesse microssistema.

Pelos resultados já alcançados no País, desde as iniciativas pioneiras, passando pela regulação do CNJ, e no exterior, espera-se que a finalidade do Código, nisto, seja plenamente alcançada.

## REFERÊNCIAS

AZEVEDO, André Gomma (org). *Manual de mediação judicial*. Brasília: MINISTÉRIO DA JUSTIÇA e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, 2013.

ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia pública sobre o particular in SARMENTO, Daniel (coord.). *Interesses Públicos*

*versus interesses privados*: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BRASIL. Código de Processo Civil Brasileiro (Lei n. 13.105/2015).

GABBAY, Daniela Monteiro e TAKAHASHI, Bruno. *Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos*. Brasília: Ed. Gazeta Jurídica, 2014.

MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do Rêgo. Administração Pública Consensual e Arbitragem. In *Revista de Arbitragem e Mediação* (Org.)

WALD, ARNOLD. São Paulo: RT, v. 35, out/dez 2012.

Site consultado: <<http://ec.europa.eu/civiljustice/adr>>.

# A SÚMULA VINCULANTE 37 E O *REVIVAL* DO DOGMA DO LEGISLADOR NEGATIVO

---

**Newton Pereira Ramos Neto**

Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica De São Paulo — PUC/SP. Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília - UnB. Professor Assistente na Universidade Federal do Maranhão. Juiz Federal.

---

## RESUMO

O presente ensaio visa examinar o conteúdo da Súmula Vinculante 37 e sua incompatibilidade com a interpretação constitucional contemporânea, construída no âmbito de um sistema de princípios.

**Palavras-chave:** Súmula vinculante — Legislador negativo — Direitos fundamentais.

## ABSTRACT

The present essay aims to examine the content of binding precedent 37 and its incompatibility with the contemporary constitutional interpretation, built under a system of principles.

**Keywords:** Binding precedent — Negative legislator — Fundamental rights.

## INTRODUÇÃO

Com o advento do Estado Liberal, concebido como reação ao absolutismo até então existente, verdadeira preponderância foi atribuída ao texto da lei, que, em sua condição sublime de manifestação da vontade popular, passou a ser considerado como instrumento máximo de regência das condutas sociais e mecanismo de demarcação da esfera de intervenção estatal. Pregava-se então a autossuficiência do Direito positivo, que, em razão de sua completeza, deveria ser aplicado sem recurso a juízos morais ou políticos, cabendo ao juiz o papel reduzido de enunciar o conteúdo linguístico dos Códigos, cuja literalidade supostamente seria capaz de dar solução aos mais variados litígios.<sup>1</sup>

O papel do juiz aqui é eminentemente descritivo,<sup>2</sup> de modo que cabe a ele, como um observador imparcial, apenas declarar o que fora decidido pela autoridade legislativa, através do catálogo de regras, a partir de critérios semânticos.<sup>3</sup> Norma jurídica, nessa concepção, é apenas norma válida, para o que se deve abstrair qualquer noção de justiça e eficácia da norma.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Para uma melhor compreensão da evolução do papel do Judiciário na materialização de direitos recomendamos a leitura de TAVARES, André Ramos. *Manual do Poder Judiciário brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 23 e ss.

<sup>2</sup> Daí afirmar Hans Kelsen que “a interpretação científica é pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas” (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 395).

<sup>3</sup> Sobre o tema, vide também HART. *Conceito de direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

<sup>4</sup> Essa perspectiva, entretanto, não afasta a indeterminação inerente ao Direito Positivo, que seria, pois, em parte determinado pelo texto e em parte aberto para o intérprete. Assim, reduzida a texto oficial, a tarefa da ciência do Direito está limitada à descrição do quadro de suas leituras possíveis, ao que se segue a escolha discricionária da autoridade competente no momento de sua aplicação. O papel do Direito, portanto, seria o de limitar o poder discricionário da autoridade que aplica a norma, reduzindo-o ao espectro das interpretações cabíveis a partir de uma moldura definida pelo texto legal (Sobre o tema, vide CARVALHO NETTO, Menelick de. *A interpretação das leis: um problema metajurídico ou uma questão essencial do Direito*. De Hans Kelsen a Ronald Dworkin. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Brasília, DF, n. 5, jan./jun. 1997, p. 40).

A derrocada do Estado Liberal, de seu turno, impôs uma mudança de perspectiva no conceito de Constituição. Utilizara-se, o constituinte, do Estado Social de cláusulas que pretendiam consagrar os compromissos e as diretrizes do Poder Público com a implementação de interesses sociais, enunciando, através de comandos gerais, direitos sociais relativos ao trabalho, à educação, entre outros. O papel do Judiciário, pois, altera-se significativamente com o declínio do paradigma liberal, de modo especial a partir da expansão do constitucionalismo na segunda metade do século XX.<sup>5</sup>

No período do pós-guerra, assim, o processo inaugurado com a era das codificações – na qual a lei era exatamente a ferramenta de contenção de um Poder Judiciário que historicamente não inspirava confiança<sup>6</sup> – se inverte, passando o magistrado a construir direitos a partir das denominadas cláusulas programáticas, de nítido caráter aberto.<sup>7</sup>

Nesse contexto, passa-se a engendrar, no plano da filosofia, uma teoria material do Direito a partir da constatação da insuficiência do positivismo – notadamente do normativismo kelseniano – como mecanismo de fundamentação do fenômeno jurídico, fugin-

---

<sup>5</sup> No caso brasileiro, esse fenômeno tem outro marco inicial: o processo de redemocratização a partir da Constituição de 1988. Nesse sentido, vide o trabalho de BARROSO, Luís Roberto. “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro: Renovar, n. 13, 2009.

<sup>6</sup> Pelo menos na Europa Continental, posto que esse fenômeno não se repetiu nos Estados Unidos da América.

<sup>7</sup> “A indeterminação do Direito, por sua vez, repercutiria sobre a relação entre os Poderes, dado que a lei, por natureza originária do Poder Legislativo, exigiria o acabamento do Poder Judiciário, quando provocado pelas instituições e pela sociedade civil a estabelecer o sentido ou a completar o significado de uma legislação que nasce com motivações distintas às da ‘certeza jurídica’. Assim, o Poder Judiciário seria investido, pelo próprio caráter do Estado Social, do papel de ‘legislador implícito.’” (VIANNA, Luiz Werneck et all. *A judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 21). Na mesma linha, ressalta Mauro Capelletti que a consagração de direitos econômicos e sociais, notadamente a partir de cláusulas de conteúdo indeterminado, também é elemento que contribui decisivamente para o protagonismo judicial da era contemporânea (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvares de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993, p. 68).

do-se de uma dicotomia que embalou o pensamento ao longo dos séculos: Direito Natural e Direito Positivo.<sup>8</sup> O Direito moderno, pois, é marcado como um sistema, fruto de decisões contingentes adotadas em um determinado contexto histórico, apresentando-se como um fenômeno que reproduz a si próprio a partir de fatos sociais, sempre sujeito a mudanças alheias a qualquer compreensão metafísica das fontes normativas.<sup>9</sup>

Aqui se evidencia o problema dos limites da atividade jurisdicional, já que as constituições contemporâneas irão favorecer um ambiente de protagonismo do trabalho hermenêutico, que se enriquece e se torna mais complexo à medida em que se exige um incremento na atividade de justificação do resultado decorrente da interpretação das normas e fatos a elas subjacentes.

Nesse contexto, o presente ensaio busca demonstrar o desacerato da Súmula Vinculante 37 – decorrente da Súmula 339 do STF –, ao expressar a ideia de que “não cabe ao Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia”. Defende-se que, exatamente em razão da necessidade de materializar-se as diretrizes constitucionais, a partir de argumentos de princípio, é possível sim a extensão de vantagens à guisa de observância da isonomia, como, aliás, reconhecido pelo próprio Supremo Tribunal Federal em hipóteses específicas.

Não se pretende aqui demonstrar a verdade banal, embora negada ou ocultada em todas as épocas, da atividade “criativa” dos tribunais.<sup>10</sup> Antes, pretende-se discutir como essa função deve ser

---

<sup>8</sup> Nesse sentido é a manifestação de Paulo Bonavides na apresentação da obra de Müller (MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho de direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005).

<sup>9</sup> Sobre o tema, vide, entre outros, LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2. ed. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Herder e Universidad Iberoamericana, 2005.

<sup>10</sup> Essa afirmação é de Mauro Cappelletti nas premissas de seu trabalho *Juizes legisladores?* No mesmo sentido, FISHER, Louis. *Constitutional Dialogues: Interpretation as Political Process*. Princeton: Princeton University Press, 1988, p. 37 e ss. As aspas foram propositalmente colocadas para ilustrar a necessidade de que a visão do papel do Judiciário, como uma atividade criativa do Direito, seja acolhida com

exercida a fim de compatibilizar-se com um modelo ideal de Estado Democrático de Direito, fugindo, todavia, de uma demasiada atribuição de importância ao princípio democrático a partir do exame, sob a ótica estritamente formal, da legitimidade política dos juízes, como comumente ocorre.

Em verdade, essa última perspectiva revela-se capaz de desviar o foco do debate para um ponto que deve ser tido como essencial, qual seja, a importância dos aspectos substantivos da Constituição, especialmente uma compreensão adequada da igualdade e dos critérios de correção das decisões judiciais à luz da argumentação jurídica, dando margem ao estabelecimento de limites para a realização da Constituição sem socorro a um rígido modelo de separação dos poderes.

## 1 A SÚMULA VINCULANTE 37 E A INTEGRIDADE DO DIREITO: A SOLUÇÃO CABÍVEL SOB A PERSPECTIVA DA DEMOCRACIA

### 1.1 Democracia e premissa majoritária: a proteção dos direitos individuais pode violar a própria Constituição?

Ao adotar-se, no discurso acerca da extensão de vantagens remuneratórias, uma linha de argumentação que envolve os limites

---

reservas em razão dos perigos que uma compreensão generalizada encerra. Numa concepção democraticamente adequada e à luz do pós-positivismo, a construção da resposta judicial ocorre dentro ou a partir do próprio sistema normativo, no âmbito de seu modelo de regras e princípios, considerando-se, para tanto, a integridade do Direito e sua interpretação como uma teia inconsútil (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 180 e ss). Pelo menos nessa perspectiva, não há que se falar em livre criação judicial do Direito, no sentido proposto por Hart, como mecanismo de solução dos denominados *hard cases*, para os quais não há uma regra clara de incidência, cabendo ao magistrado decidir a partir de razões morais, éticas etc., exercendo nítida competência legislativa (HART, Herbert L.A. *Conceito de Direito; Positivism and the Separation of Law and Morals*. Harvard Law Review, New York, v. 71, 1958, p. 593). Não se desconhece, entretanto, que a dicotomia entre revelação e criação do Direito não faz sentido no paradigma pós-positivista, já que o Direito hoje deve ser reconhecido como uma constante prática construtiva e evolutiva.

do Judiciário em virtude da separação dos poderes e de sua feição contramajoritária, necessário se torna o enfrentamento da questão relativa às situações em que, por razões diversas, é possível que a tutela de direitos subjetivos entre em aparente rota de colisão com a legislação editada pelos chamados representantes do povo, que supostamente atuam em conformidade com os interesses da maioria.

Nesse tema, sabe-se que a convivência entre o constitucionalismo e a democracia nem sempre é algo simples e harmônico. De fato, na medida em que o constitucionalismo impõe que dadas questões sejam excluídas da esfera coletiva de decisão, porque irrenunciáveis, haverá certa tensão entre essa perspectiva e a ideia de que a democracia se consubstancia no respeito à vontade da maioria.

A preocupação exacerbada com uma postura *self restraint* das Cortes Constitucionais é herdeira exatamente dessa concepção da regra da maioria,<sup>11</sup> que, nas sociedades homogêneas do período pré-moderno,<sup>12</sup> teve grande valor como forma de solidificar os

---

<sup>11</sup> Sobre a regra da maioria, vide o texto: DWORKIN, Ronald. *Is Democracy Possible Here? Principles for a new political debate*. Oxford: Princeton University Press, 2006.

<sup>12</sup> No paradigma pré-moderno – que vai da Antiguidade até o período anterior à Revolução Francesa – o homem era visto como mero instrumento de realização dos interesses da coletividade, de acordo com a origem de seu nascimento. Como anota Menelick de Carvalho Netto, o direito e a organização política aqui representavam “*um amálgama normativo indiferenciado de religião, direito, moral, tradição e costumes transcendentemente justificados e que essencialmente não se discerniam. O direito é visto como a coisa devida a alguém, em razão de seu local de nascimento na hierarquia social, tida como absoluta e divinizada nas sociedades de castas.*” (CARVALHO NETTO, Menelick de. *Hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito*, p. 237-238). No paradigma da modernidade, essa concepção será superada, com a diferenciação racional entre o Direito e outras manifestações sociais, passando o homem a ser visto como indivíduo igual em direitos e deveres, uma vez que dotado de razão e vontade. Seu destino não está mais predefinido a partir de seu nascimento, mas sujeito às vicissitudes da vida. Sobre a concepção de individualismo em um ambiente democrático, é de extrema clareza a seguinte passagem de Bobbio: “*Há individualismo e individualismo. Há o individualismo de tradição liberal-libertária e o individualismo da tradição democrática. O primeiro arranca o indivíduo do corpo orgânico da sociedade e o faz viver fora do regaço materno, lançando-o ao mundo desconhecido e cheio de perigos da luta pela sobrevivência, onde cada um deve cuidar de si mesmo, em um luta perpétua, exemplificada pelo hobbesiano bellum omnium contra omnes. O segundo agrupa-o a outros indivíduos*



fundamentos basilares da democracia.<sup>13</sup> Argumenta-se, sob essa ótica, que as construções jurídicas desenvolvidas pelo Poder Judiciário encontram óbice intransponível na estrutura inerente aos países democráticos, em que deve prevalecer a vontade da maioria, no caso representada pelas ações do Legislativo e Executivo, dada a feição contramajoritária do controle jurisdicional (*countermajoritarian difficulty*).<sup>14</sup>

Esse ponto de vista transfere a solução dessa temática para um aspecto meramente formal, em detrimento do ponto essencial que permitirá reconhecer a legitimidade ou não de uma decisão: a qualidade do argumento utilizado. Ou seja, discute-se quem deve ser o autor da interpretação – se os juízes ou o povo, por meio de seus representantes –, quando o foco principal da questão deve ser o que a Constituição significa, e não quem deve nos dizer o seu significado.<sup>15</sup>

Expõe-se, nesse contexto, uma suposta antítese entre democracia e realização dos direitos fundamentais. Na realidade, a questão está em definir-se como adequadamente se deve compreender a própria democracia, que deve permitir o desenvolvimento

---

semelhantes a ele, que considera seus semelhantes, para que da sua união a sociedade venha a recompor-se não mais como um todo orgânico do qual saiu, mas como uma associação de indivíduos livres. O primeiro reivindica a liberdade do indivíduo em relação à sociedade. O segundo reconcilia-o com a sociedade fazendo da sociedade o resultado de um livre acordo entre indivíduos inteligentes. O primeiro faz do indivíduo um protagonista absoluto, fora de qualquer vínculo social. O segundo faz dele o protagonista de uma nova sociedade que surge das cinzas da sociedade antiga, na qual as decisões coletivas são tomadas pelos próprios indivíduos ou por seus representantes.” (BOBBIO, Noberto. *Teoria Geral da Política. A Filosofia Política e as lições dos clássicos*. São Paulo: Campus, 2000, p. 381-382).

<sup>13</sup> Com efeito, na Idade Média foram engendrados os fundamentos da ideia de soberania popular, a partir de quando o povo passou a ser identificado como autoridade e fonte do poder, distinguindo-se titularidade e exercício do poder (BOBBIO, Noberto. *Dicionário de política*. 10 ed. Brasília: Editora UnB, 1997, p. 321).

<sup>14</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 114-115.

<sup>15</sup> DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*. A leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 18.

concomitante da autonomia individual e coletiva, através do diálogo, da participação da sociedade como um todo.

A premissa majoritária pressupõe que, nos procedimentos políticos, a decisão alcançada seja a desejada pela maioria dos cidadãos. Todavia, esse objetivo do procedimento político, embora consista em parte do ideal democrático, não se confunde com a própria noção de democracia.

De fato, a democracia, identificada como governo do povo, pressupõe a participação de todos os afetados no processo decisório. Daí surge a necessidade de adoção de medidas acautelatórias que assegurem a participação coletiva de todos os interessados. É isso que permite a uma maioria ser qualificada como tal, sem prejuízo da preservação dos direitos das minorias.<sup>16</sup>

Habermas, baseado em sua teoria do agir comunicativo, irá conceber como finalidade do princípio democrático a produção legítima de normas jurídicas. Para esse princípio, somente podem pretender validade legítima as normas jurídicas que, a partir de um processo discursivo, encontrem assentimento na comunidade jurídica como um todo, que será composta por membros livres e iguais que se associam voluntariamente.<sup>17</sup>

Parte o autor da ideia de que há uma coesão interna entre direitos fundamentais e democracia. Assim, somente será possível falar-se em autonomia política do cidadão – ideia inata à própria regularidade do procedimento democrático – se ele assumir o papel de titular de direitos. Com isso, o equilíbrio entre a autonomia privada e a autonomia pública será essencial para o regular

---

<sup>16</sup> Com efeito, as minorias demandam especial proteção do Estado, uma vez que a simples participação nos espaços públicos de comunicação e decisão não se afigura capaz de, por si só, garantir a tutela dos interesses desses grupos minoritários. O grande desafio, pois, está em estabelecer-se o limite adequado dessa intervenção a fim de evitar-se, a partir de um paternalismo judicial, uma erosão das decisões políticas legitimamente adotadas.

<sup>17</sup> HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho em términos de teoría del discurso. Tradução por Manuel Jiménez Redondo Madrid: Trotta, 2005, p. 175.

uncionamento da democracia, já que não há como se conceber a participação política efetiva através dos direitos políticos sem que sejam assegurados os direitos individuais vitais – a co-originariade ou equiprimordialidade entre a autonomia pública e privada.

Para fazerem um uso adequado de sua autonomia pública, garantida através de direitos políticos, os cidadãos têm que ser suficientemente independentes na configuração de sua vida privada, assegurada simetricamente. De outro lado, os cidadãos só podem gozar simetricamente sua autonomia privada se fizerem uso adequado de sua autonomia política, de forma que os destinatários do direito se vejam, ao mesmo tempo, como seus autores.<sup>18</sup>

Não se pode olvidar, portanto, que, a par da necessidade de prestigiar-se a vontade da maioria, existem direitos individuais que precisam ser respeitados por esta mesma maioria. A afronta ao princípio da igualdade feita por decisão da maioria, para ilustrar, comporta correção a partir de decisão contramajoritária. Tudo para que se mantenha o equilíbrio de forças no jogo democrático.

O fato é que o respeito absoluto pela vontade da maioria – no sentido de adotarem-se decisões que supostamente seriam tomadas pela maioria dos cidadãos – não se caracteriza nem como meta nem como definição da democracia. A essência da democracia, na realidade, está na tomada de decisões coletivas por instituições que, no âmbito de seus procedimentos, adotem um ideal de igual consideração e respeito por todos os indivíduos.

---

<sup>18</sup> HABERMAS, Jürgen. “O Estado Democrático de Direito: uma amarração paradoxal de princípios contraditórios?” *Era das Transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 155. É importante lembrar que a autonomia privada dos cidadãos pressupõe o asseguramento de mínimos existenciais capazes de realizar efetivamente os ideais de igualdade e liberdade. Na medida em que inexistentes garantias básicas de saúde, educação etc., não se pode falar em liberdade individual que permita a participação legítima dos cidadãos nos processos públicos decisórios (autonomia pública). Sem condições básicas de existência digna que garantam a emancipação social, portanto, é impossível conceber-se o adequado funcionamento do processo democrático. Nesse sentido, entre outros, SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático”. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 323 e ss.

Daí ressaltar Alexy que os direitos fundamentais são compatíveis com a democracia, embora inspirem certa desconfiança em relação ao processo democrático. Isto porque, ao vincularem o legislador, encontram-se fora do processo decisório da maioria parlamentar, servindo como sustentáculo, em última instância, da própria democracia.<sup>19</sup> Os direitos fundamentais, assim, vão funcionar não apenas como um limite à democracia, mas como condição essencial para seu próprio reconhecimento. Se um tribunal tem fortes motivos jurídicos para negar à maioria a restrição a certas liberdades individuais, essa decisão, antes de prejudicar, fortalece os valores democráticos.

Daí falar Dworkin nos direitos como trunfos políticos que funcionam como limites ao princípio majoritário.<sup>20</sup> Nesse contexto, não se deve falar em um conflito entre os direitos individuais e o interesse coletivo, na medida em que ambos devem estar fundamentados num ideal de igualdade. O vínculo da democracia com a vontade majoritária não equivale a uma carta de alforria voluntarista em favor das maiorias, já que a garantia jurídica segundo a qual é possível fazer-se tudo o que a lei não vede é o núcleo da autonomia privada, e não da pública.<sup>21</sup>

Há de se superar, pois, a concepção majoritária de democracia para atingirmos uma concepção comunitária. Nesta, exige-se que cada cidadão não só tenha uma participação igual no governo, mas também dele receba o mesmo respeito e seja objeto da mesma consideração que os demais cidadãos.<sup>22</sup>

---

<sup>19</sup> Cf. ALEXY, Robert. "Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático". In: *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 53.

<sup>20</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. XV.

<sup>21</sup> Nesse sentido, HABERMAS, Jürgen. "O Estado Democrático de Direito: uma amarração paradoxal de princípios contraditórios?" p. 155-156.

<sup>22</sup> DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*, p. 112. Daí afirmar Dieter Grimm que "parece difícil adotar um conceito de democracia que seja puramente formal. Primeiro, um conceito de democracia, baseado somente no princípio majoritário, é incapaz de assegurar eficazmente um governo democrático. Ele não previne a

A liberdade coletiva, portanto, não pode ser assegurada quando seu reconhecimento importa em asfixia dos interesses individuais, quando sua observância cega pode ganhar inclusive características totalitárias. Aliás, especialmente em tempos de pluralismo cultural e social, como ocorre na era contemporânea, a centralização do debate democrático em uma perspectiva majoritária pode importar em sufocamento das aspirações das minorias precariamente representadas nos foros políticos.

Nesse contexto, apenas de modo aparente é possível falar-se na existência de um paradoxo entre direitos fundamentais e democracia, que, uma vez unidos, formariam o denominado Estado Democrático de Direito. Como dito antes, a garantia dos direitos fundamentais torna possível a existência da própria democracia. Desse modo, os direitos humanos possuem um valor intrínseco, que não se esgota num valor instrumental em prol da formação democrática da vontade.<sup>23</sup>

Em sendo assim, a relação entre direitos humanos e soberania popular irá conduzir à compreensão de que o Estado de Direito não pode sobreviver sem democracia participativa. A relação entre autonomia privada e autonomia pública é que garante a legitimidade do Estado, já que os destinatários do Direito precisam sentir-se também como seus elaboradores, numa sincronia capaz de gerar a aceitação racional das consequências e efeitos das normas

---

maioria de abolir a regra da maioria. Foi isso que ocorreu na Alemanha em 1933 – uma experiência que teve grande impacto na história legislativa da Lei Básica. Segundo, a democracia, ainda que identificada com a regra da maioria, fica difícil de ser concebida sem umas garantias adicionais para o funcionamento do processo democrático. Liberdade de expressão e informação são, indiscutivelmente, as mais importantes. A proteção da minoria é outra garantia cuja ausência diminui sensivelmente as chances de uma mudança democrática.” (GRIMM, Dieter. *Jurisdição constitucional e democracia*. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, ano 01, n. 4, p. 03-22, out./dez. 2006, p. 8-9).

<sup>23</sup> OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. “Coesão interna entre Estado de Direito e democracia na teoria discursiva do Direito e do Estado Democrático de Direito de Jürgen Habermas”. *Virtuajus*. Belo Horizonte, 2003, p. 08. Disponível em: <[http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/ano2\\_2/Coesao%20interna.pdf](http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/ano2_2/Coesao%20interna.pdf)>. Acesso em: 05 jan. 2011.

estabelecidas.<sup>24</sup> Os direitos fundamentais são, nesses termos, condição essencial da formação democrática da opinião e da vontade, não devendo ser somente impostos como limites ao exercício do poder político, nem meramente instrumentalizados politicamente. Maiorias e minorias, pois, formam-se dinamicamente no exercício desses direitos, ao longo do processo político-democrático.

A par de tudo o que foi dito, obviamente que, ao tomar para si a competência para decidir questões sobre direitos, os tribunais encontram-se suscetíveis de erros, consubstanciados na possibilidade de invasão da esfera legítima de deliberação da sociedade, apropriando-se de forma indevida, inclusive, da definição do que seja vontade geral e interesse coletivo. Mas essa possibilidade de erro é simétrica.<sup>25</sup> É dizer, nada obsta que a legislação majoritariamente adotada viole as condições democráticas, frustrando direitos e expectativas daqueles representados nos foros políticos. Daí poder-se concluir, com Dworkin, que a premissa majoritária é confusa e deve ser abandonada.<sup>26</sup>

## 1.2 O constitucionalismo atual permite a sobrevivência do dogma do legislador negativo?

Embora pareça evidente que o constitucionalismo moderno não se contenta com a ideia de um juiz ventríloquo, limitado semanticamente em sua atividade por um texto normativo que se pretende capaz de dar cabo de todos os problemas emergentes em uma sociedade complexa, a definição dos limites da atividade jurisdicional, no campo da interpretação, é tema que continua a atormentar a doutrina e os tribunais.

<sup>24</sup> GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness: application discourses in morality and law*. Trad. Jonh Farrell. New York: State University of New York, 1993, p. 251.

<sup>25</sup> DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*, p. 50.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 50. Entendida a premissa majoritária aqui no sentido de um óbice ao funcionamento da jurisdição constitucional, já que, no ambiente democrático, não se pode abstrair por completo a vontade da maioria, embora não se possa elevá-la também à condição de critério absoluto para a definição dos destinos da sociedade, como restou dito ao longo do texto.

Nesse campo, embora essa afirmativa possa apresentar-se como surpreendente, o modelo de sistema jurídico proposta por Kelsen continua se apresentando como atual, pelo menos na visão de boa parte das cortes judiciais, notadamente no Brasil.<sup>27</sup> É que, ao assumir-se uma postura segundo a qual o papel do Direito é o de prover certeza e regulação, acolhe-se uma tendência positivista exatamente em virtude de uma visão ontológica do Direito caracterizado como decisões explícitas do passado, tomadas pelas autoridades então competentes, e que podem ser facilmente lidas e conhecidas.

Daí asseverar Menelick de Carvalho Netto que ainda não conseguimos superar o paradigma da modernidade, já que, a partir do uso da razão, como ferramenta pretensamente capaz de dar cabo das diversas demandas sociais, continuamos a buscar uma segurança jurídica que não é dada ao Direito assegurar.<sup>28</sup>

Para Kelsen, a necessidade de se restringir o poder dos tribunais e, assim, o caráter político de sua função, impunha o dever de limitar o máximo possível a margem de “discrecionabilidade” na interpretação das leis, de modo que as normas deveriam ser editadas evitando-se fórmulas demasiado vagas, como “liberdade”, “igualdade” e “justiça”.<sup>29</sup> É dizer: embora os tribunais constitucionais exerçam efetiva função política – na medida em que a anulação de uma lei produz efeitos gerais, tanto quanto a edição prévia do ato normativo –, essa atividade deveria ser realizada apenas em caráter negativo, afastando-se qualquer possibilidade de violação à separação de poderes, já que a exclusão jurisdicional de normas

---

<sup>27</sup> “Considerada na sua totalidade, a bibliografia científica também opera num nível de método que ainda não encontrou uma concepção superadora do positivismo legalista, mas que ao mesmo tempo descobre, como multiplamente insuficientes, na práxis, as possibilidades de interpretação ou concretização da constituição, próprias do positivismo legalista, transcendendo-as sem a fundamentação que se deveria esperar.” (MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho de direito constitucional*, p. 21).

<sup>28</sup> Cf. CARVALHO NETTO, Menelick de. “A interpretação das leis: um problema metajurídico ou uma questão essencial do Direito”, p. 49.

<sup>29</sup> KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? In: KELSEN, Hans. *Jurisdicção constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 262.

jurídicas do ordenamento é absolutamente determinada pela própria Constituição.<sup>30</sup>

A premissa de que partia Kelsen, todavia, é completamente diversa dos anseios que embalam o constitucionalismo contemporâneo. Isto porque o modelo kelseniano do “legislador negativo” somente fazia sentido no contexto do controle de constitucionalidade europeu, no qual, segundo a concepção do referido autor, não deveria existir espaço para decisões fundamentadas em princípios.

Cabia, à jurisdição constitucional, proceder à defesa da Constituição e mesmo dos interesses das minorias, desde que expressamente albergados naquele texto. Porém, na medida em que a norma constitucional tinha o papel de apenas traçar as linhas mestras do sistema jurídico, com o estabelecimento de um conteúdo incipiente de direitos individuais que atuavam na condição de verdadeiros limites de atuação negativa do Estado, essa função protetiva das minorias afigurava-se extremamente reduzida. Na verdade, sob o pálio do dogma do legislador negativo impunha-se a vedação de uma atuação proativa capaz de, a partir de uma contextualização histórica e social, reconhecer direitos implícitos e inerentes ao sistema como um todo.

Ora, diante de uma Constituição recheada de normas abertas, que assumem verdadeiros compromissos positivos com a implementação de direitos individuais e sociais e com a materialização dos princípios que regem o convívio na sociedade contemporânea, uma pretensão restritiva da atividade dos tribunais, ao contrário de preservar normativamente o conteúdo do texto constitucional, teria exatamente o efeito inverso: o de tornar a Constituição a simples folha de papel de que falava Lassalle.<sup>31</sup>

Daí afirmar-se que a ideia do legislador negativo surgiu, no constitucionalismo europeu, como um argumento formal contra

---

<sup>30</sup> KELSEN, Hans. A jurisdição constitucional. In: KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 151-153.

<sup>31</sup> Sobre o tema, vide LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.



a possibilidade do ativismo judicial, relacionando-se à ideia de “constituição-moldura”, a qual teria o papel de apenas definir os limites em que é permitida a atuação do Poder Legislativo. Nesse contexto, caberia ao tribunal constitucional, sob uma perspectiva estritamente formal, verificar tão somente se o legislador obedece aos limites da moldura estabelecida pela norma constituinte, sem qualquer consideração acerca do conteúdo a partir do qual ela é preenchida.<sup>32</sup> Trata-se, pois, de uma ideia própria do constitucionalismo liberal e das constituições denominadas de “sintéticas”, especialmente aquelas que se limitavam ao estabelecimento dos direitos fundamentais “clássicos”, isto é, aqueles com nítida feição negativa e que serviam de defesa do indivíduo contra a ingerência estatal em sua esfera privada.

Trata-se a Constituição contemporânea, portanto, de uma carta de princípios que deve ser lida como um sistema coerente que impõe duas responsabilidades essenciais aos juízes: uma, que os juízes estão obrigados a decidir de acordo com princípios gerais que obrigatoriamente possam ser associados aos textos abstratos contidos na Constituição; duas, que esses princípios devem ser respeitados mesmo que a solução imposta seja controversa e não goze de prestígio popular.<sup>33</sup>

A leitura moral da Constituição, portanto, traduz-se na necessidade de compatibilização da legislação e das decisões judiciais com os princípios morais e direitos fundamentais encartados na Carta Magna. Esta, a seu turno, conduz a uma inserção da moralidade política no âmbito do Direito Constitucional, cujo poder de interpretação, na maior parte dos sistemas modernos, está nas mãos dos juízes, a par da carga de incerteza que essa atribuição implique,<sup>34</sup> uma vez que não há como fugir das possíveis discordâncias sobre a

---

<sup>32</sup> Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. “Interpretação constitucional e sincretismo metodológico”. In: \_\_\_\_\_ (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 129.

<sup>33</sup> DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*, p. 202.

<sup>34</sup> Cf. *Ibidem*, p. 202.

maneira correta pela qual esses princípios devem ser incorporados às controvérsias políticas concretas.

Sob outra perspectiva, como ressalta Dworkin, essa visão da Constituição, notadamente sua submissão a uma leitura moral, é considerada por alguns como razão de enfraquecimento da própria noção de comunidade, já que as decisões políticas mais fundamentais ficariam a cargo de uma elite de profissionais do direito.<sup>35</sup>

Olvidam-se, porém, que, embora se trate de questão empírica complexa, o debate público que precede ou sucede determinada decisão judicial pode ensejar uma maior contribuição do cidadão individualmente considerado do que as lutas de forças antagônicas que culminam com a votação no Legislativo, como já ressaltado antes. Isto porque, em dadas circunstâncias, os cidadãos podem exercer melhor sua cidadania diante de decisões jurídicas baseadas em princípios do que em face de decisões políticas baseadas em votação numérica, as quais, muitas vezes, levam em conta posições conciliatórias incompatíveis com questões de princípio.<sup>36</sup>

Aqui é importante registrar que, embora a leitura moral costume ser relacionada a uma perspectiva denominada de ativista, o fato é essa estratégia de interpretação não pode ser adjetivada nem de liberal ou conservadora. É que os juízes cujas convicções políticas são conservadoras tendem a interpretar os princípios constitucionais da mesma maneira. A seu turno, aqueles inclinados para concepções mais liberais tendem, no processo interpretativo, a atuar também de maneira liberal.

---

<sup>35</sup> DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*, p. 44 e ss.

<sup>36</sup> Cf. *Ibidem*, p. 46-47. Exemplificativamente, veja-se o recente debate, entre nós, acerca da constitucionalidade da denominada “Lei da Ficha Limpa”. Embora o clamor social propugne manifestamente pela manutenção da referida lei, diversas questões constitucionais suscitam o debate acerca de sua validade, questões estas relevantes principalmente para as minorias por ela atingidas – no caso, os políticos, considerados enquadrados em seus dispositivos. Independente de qualquer compromisso com as teses jurídicas subjacentes a este tema, somente a discussão nos foros judiciais é capaz de dar voz àqueles que se sentem prejudicados pela edição da norma.

Assim, há que se reconhecer que, na realidade, a leitura moral não tem nada de revolucionária.<sup>37</sup> Em seu trabalho cotidiano, todos os que atuam no campo da interpretação das leis reconhecem – ainda que implicitamente – a existência de cláusulas abstratas que somente podem ser examinadas a partir de juízos morais. Essa perspectiva, em verdade, consiste apenas em fingir-se que os casos constitucionais difíceis podem ser decididos de maneira moralmente neutra, desde que o intérprete se mantenha limitado pelo texto normativo.

Não se trata, por outro lado, de eliminarem-se os limites que separam o Direito e a Moral, mas apenas de reconhecer-se a interconexão existente entre ambos, já que o Direito, em seu processo de justificação, estará sempre aberto a argumentações morais. Habermas, nesse contexto, irá propugnar por uma relação de complementariedade ou co-originariedade entre o Direito e a Moral,<sup>38</sup> na medida em que, através do processo legislativo, penetram no Direito razões morais, de modo que não se pode falar em uma neutralidade moral do Direito.<sup>39</sup>

Dessarte, a Constituição dos países democráticos deve ser vista como um projeto aberto para o futuro, que deve ser relido e reafirmado pelas novas gerações, como um elemento falível e, conseqüentemente, sujeito a um processo de aprendizagem que em si mesmo busca a correção.<sup>40</sup> Desse modo, o projeto da Constituição somente pode ganhar viabilidade e consistência a partir da interpretação constitucional. Daí afirmar Rosenfeld que o discurso

---

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>38</sup> Isto a partir da publicação de *Faticidade e validade*. Até a elaboração de suas *Tanner Lectures*, Habermas defendeu uma espécie relação de subordinação entre o direito e a moral. Aliás, quando da elaboração de sua Teoria do Agir Comunicativo, Habermas considerava o Direito um caso especial de argumentação da moral, o que vem a ser mitigado na segunda fase de sua obra, quando passa à ideia de uma justificação moral do Direito. Nesse sentido, CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Filosofia do direito na Alta Modernidade: incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 04 e ss.

<sup>39</sup> HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*, p. 651.

<sup>40</sup> Cf. HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 165.

constitucional deve ser construído a partir de um texto que se localiza em seu próprio contexto, que, por sua vez, é aberto a finalidades e está sujeito a transformações ao longo do tempo, de modo que o sujeito constitucional deve inventar e reinventar a sua identidade a partir de fragmentos que precisam ser projetados em um passado e futuro incertos.<sup>41</sup>

Essa perspectiva, logicamente, importará em um esvaziamento semântico dos direitos fundamentais, que não podem mais ser compreendidos como um conjunto finito de direitos positivados,<sup>42</sup> devendo ser absorvidos a partir de sua total complexidade e potencialidade, que extrapola em muito o texto normativo. A inserção dos chamados conceitos indeterminados no ordenamento jurídico, aliás, nos conduzirá à necessidade de reconhecimento de sua tessitura aberta ou principiológica, de modo que ele – o ordenamento – somente pode ser conhecido em sua plenitude a partir da mediação entre os textos normativos e a singularidade das situações de aplicação – casos concretos.

Os direitos fundamentais, ainda, são promessas que tentam evitar o passado, corrigindo os erros de épocas pretéritas, e sua manutenção no futuro pressupõe sua abertura e o desnaturamento, muitas vezes, de uma concepção inicial.<sup>43</sup> Tal perspectiva abre um grande espaço de atuação para os mais variados intérpretes, especialmente os tribunais – ainda que isso não seja do agrado de todos.<sup>44</sup>

---

<sup>41</sup> ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 39.

<sup>42</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça*, p. 245.

<sup>43</sup> Sobre essa perspectiva, veja-se LUHMANN, Niklas. La costituzione come acquisizione evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Gustavo. PORTINARO, Pier Paolo. LUTHER, Jörg (org.). *Il futuro della costituzione*. Torino: Einaudi, 1996; CORSI, Giancarlo. Sociologia da Constituição. Trad. Juliana N. Magalhães. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Belo Horizonte, MG, n. 39, jan./ jun. 2001.

<sup>44</sup> Pertinente registrar, nesse contexto, que mesmo Kelsen, após o giro decisionista ocorrido após a 2ª edição de *Teoria Pura do Direito*, na década de 1960, passou a reconhecer que as relações entre norma geral e sua aplicação individual constituem partes distintas do mesmo ordenamento. Para o autor positivista, assim, há uma parte indeterminada no direito, que caberá ao intérprete – e em especial ao magistrado – preencher a partir da moldura estabelecida pelo legislador – as

O ativismo judicial, portanto, trata-se de fenômeno inevitável, já que a verdadeira materialização da Constituição, em face de sua acentuada carga principiológica, depende da existência de juízes capazes de buscar, no consenso e dissenso da sociedade, respostas para os mais variados e complexos conflitos, ainda que as soluções apontadas estejam sujeitas a constantes críticas e reformulações.

Essa visão do processo de interpretação constitucional, aliada a uma argumentação que se volte à proteção de princípios encartados na Constituição, parece ser suficiente para evitar-se uma livre criação do Direito a partir de escolhas arbitrárias, à luz de uma espécie de niilismo constitucional,<sup>45</sup> na medida em que se exige do intérprete que esteja atento às tradições e à moralidade pública vigente, à luz dos princípios constitucionais, buscando resultados coerentes com o Direito como um todo.<sup>46</sup> Assim, embora haja um desafio a ser enfrentado no que tange à demonstração de que a decisão judicial não está fundada em pautas arbitrárias de valores, derivadas de singulares preferências do julgador, a dificuldade de se provar a validade de um argumento não o coloca em pé de

---

interpretações possíveis. Embora a tese do autor não possa ser acolhida como forma de compreender que a atividade do julgador é, em um primeiro momento, um ato cognoscitivo, mas, em um segundo momento, um ato de vontade, incontrolável pelo direito e norteado por elementos morais ou políticos, a visão kelseniana serve para demonstrar a incompletude do texto como mecanismo de revelação do direito.

<sup>45</sup> O niilismo constitui-se em uma perspectiva filosófica que prega a desvalorização do sentido e das buscas por respostas precisas. No âmbito da interpretação, consiste numa espécie de resignação diante das múltiplas possibilidades interpretativas do texto. Isto porque o niilista, ao considerar que diversas opções interpretativas são válidas, conclui que qualquer uma delas é legítima, tratando-se, pois, de mera escolha do intérprete ao sabor de suas preferências pessoais. Desse modo, qualquer esforço argumentativo carece de maior validade (vide PECORARO, Rosano. *Niilismo e pós-modernidade*. Rio/São Paulo: PUC/Loyola, 2005). Pode-se ressaltar, assim, que o niilismo irá desaguar no decisionismo judicial.

<sup>46</sup> Sobre o tema, vide especificamente DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 127 e ss; *O império do Direito*, p. 55 e ss. Essa visão, aliás, parece suplantar a preocupação de autores como Cass Sunstein (vide SUNSTEIN, Cass. *A Constituição parcial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009), para quem transformações sociais e mudanças estruturais da sociedade devem ser realizadas pelas classes políticas, na medida em que o Judiciário não possui condições técnicas de imiscuir-se nessa seara.

igualdade com qualquer outro, de modo a dizer-se que todos eles são defensáveis.<sup>47</sup>

Em verdade, a melhor interpretação deve ser capaz de demonstrar que agrega valores expressos e não expressos na Constituição. Portanto, não se trata de defender uma visão da Constituição como um navio com uma grande vela, mas sem âncora,<sup>48</sup> a ser conduzido por juízes equiparados a reis-filósofos. Ao contrário, o caráter normativo da Constituição assegura que sua interpretação deve estar vinculada à história, à prática judicial e ao ideal de integridade do Direito.

Obviamente que, na interpretação desses direitos controversos, juízes diferentes poderão chegar a resultados diferentes sobre quais são os princípios que conduzem à melhor compreensão da Constituição. A ausência de neutralidade nesse campo levará estes juízes, aliás, a se apoiarem, sobretudo, em suas próprias convicções sobre qual é o melhor argumento. Mas essa controvérsia e insegurança são iminentes ao exame de uma Constituição concebida como uma carta recheada de princípios e não como uma coletânea de normas casuísticas. Somente a exposição transparente dos argumentos pode permitir o controle e a evolução do Direito a partir do debate público.

### 1.3 Os caminhos hermenêuticos do constitucionalismo moderno

Na perspectiva do pós-positivismo, o Direito deve ser reconhecido como uma prática construtiva, calcada em argumentos racionais e, por consequência, controláveis. Nesse contexto, a simples ausência de uma regra clara não impede o reconhecimento de direitos. Mesmo nos denominados casos difíceis, pois, o magistrado continua a possuir o ônus de descobrir os direitos das partes.

---

<sup>47</sup> TRIBE, Laurence; DORF, Michael. *Hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 18.

<sup>48</sup> A ilustração é de Lorde Macaulay em carta endereçada a H. S. Randall (Cf. *Ibidem*, p. 17).

Embora reconhecendo que o Direito não se esgota nas regras claramente estabelecidas, a visão aqui defendida pretende apresentar-se como uma ferramenta capaz de evitar um subjetivismo que deságue no próprio autoritarismo.

Reconhecido o Direito como um sistema de princípios, é possível separarem-se as escolhas jurídicas das escolhas propriamente políticas. Essa linha de pensamento não propõe, como poderia parecer em uma primeira leitura, a substituição do catálogo de regras por um rol exaustivo de princípios. Na verdade, os princípios não se encontram dados no sistema, sendo controversos e modificáveis ao longo da história da humanidade, dependendo sua afirmação de interpretações da prática jurídica cotidiana.

Nesse campo, aliás, como visto alhures, em nome de princípios de moralidade política, a sociedade clama inclusive por soluções contramajoritárias. Com efeito, na medida em que os princípios não se constituem em padrões metajurídicos, como queria o positivismo, sua aplicação torna-se obrigatória no âmbito do sistema jurídico, de modo que os juízes estão jungidos à elaboração da melhor interpretação do caso, devendo aferir a existência dos direitos mesmo diante das lacunas que as regras estabelecidas possam impor.

O Direito, assim, revela-se como uma teia inconsútil,<sup>49</sup> um sistema capaz de dar resposta a todos os casos a partir de sua interpretação coerente. Ao afirmar a existência de um direito fundamental, portanto, deve o juiz demonstrar a coerência dessa afirmação com precedentes anteriores, bem assim com os princípios constitucionais, que funcionam como “barreiras de fogo”.

Afasta-se, assim, a busca incessante do positivismo por uma solução segura capaz de eliminar os problemas de interpretação. Em vez de eliminá-los, o pós-positivismo assume o fato de que esses problemas são inerentes à vida em sociedade e busca, portanto, apenas formas de lidar com eles. Parte-se da premissa que não existem procedimentos mecânicos capazes de demonstrar os direitos

---

<sup>49</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 180.

das pessoas. Ao contrário, os casos difíceis são inerentes ao mundo em que vivemos, tanto no âmbito da política quanto do Direito, sendo certo que juristas criteriosos divergirão acerca desses direitos.<sup>50</sup>

Se assim ocorre, é forçoso reconhecer que, dadas certas circunstâncias, os juízes devem sim criar direitos novos, seja essa criação dissimulada ou explícita.<sup>51</sup> Essa assertiva, todavia, não prejudica a ideia de que os juízes devem uma deferência limitada às instituições legislativas, já que o processo de interpretação tem seu início – embora nem sempre tenha o seu fim – no labor daqueles eleitos pela população para dirigir seu destino e editar as leis a que ela se subordinará.

Por outro lado, mesmo partindo dessas premissas não é possível imaginar-se uma imunidade judicial ao erro. Por óbvio, os tribunais podem extrair conclusões equivocadas sobre os direitos implícitos que reconhecem. Mas essa possibilidade está longe de ser um defeito exclusivo de uma atividade tida por original dos tribunais. Ao contrário, a possibilidade de erro é imanente à tarefa interpretativa, mesmo para aqueles que se consideram tolhidos de qualquer competência inovadora.<sup>52</sup>

Mas qual o limite dessa função judicial, preocupação essa essencial para que a atividade dos magistrados não se confunda com a dos legisladores?

Assim, para fugirem à pretensão de atuar como legisladores, os juízes devem evitar a argumentação própria da seara política, adotando como razões de decidir questões que envolvam o bem-estar social e a realização de interesses coletivos, debate este próprio da arena dos representantes do povo.<sup>53</sup> Ao contrário,

---

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. XIX.

<sup>51</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 128.

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 135.

<sup>53</sup> Sobre a inclusão de questões políticas no discurso judicial, ressalta, Dworkin, também que a corte deve tomar decisões acerca de princípios e não de políticas, decisões sobre quais direitos as pessoas possuem no âmbito do sistema constitucional ao invés de decisões acerca de como o bem-estar geral é promovido (sobre o tema, vide o texto: DWORKIN, Ronald. *The Forum of Principle*. In *New York University Law Review*, n. 56, 1981).



diante de um caso a solucionar, devem os juízes investigar se existem direitos a ser tutelados exclusivamente à luz dos princípios inseridos explícita ou implicitamente no ordenamento jurídico.<sup>54</sup> Na hipótese de conclusão negativa caberá ao Judiciário relegar ao plano político a solução do problema a ele apresentado.

Nesse contexto, os argumentos de princípios se dirigem à tutela de direitos individuais, já que os próprios princípios estão voltados à descrição de direitos; os argumentos de política estão destinados a estabelecer um objetivo coletivo, porque a política descreve exatamente objetivos desta natureza e se liga a metas coletivas que estimulam as trocas de benefícios e encargos no seio de uma sociedade.

Mas essa distinção nem sempre é clara e fácil de ser percebida na realidade concreta, de modo que uma decisão, muitas vezes, pode estar baseada tanto em um fundamento como em outro. A legitimidade da decisão estará exatamente na possibilidade de sustentar-se à luz de direitos que possam ser reconhecidos como pertencentes a pessoas ou grupos numa dada hipótese concreta.

Relevante, aqui, também recordamos a dicotomia elaborada por Klaus Günther, que distingue os discursos de justificação dos discursos de aplicação a partir da ideia de separação entre questões referentes à validade da norma (*dimensão da validade*) e questões referentes ao seu âmbito de aplicação (*dimensão da adequabilidade*).<sup>55</sup>

Parte-se da premissa de que nenhuma norma é perfeita, no sentido de ser capaz de, aprioristicamente, regular suas condições de aplicação,<sup>56</sup> de forma que, por ocasião da materialização da norma, há de se considerar os sinais característicos da hipótese concreta.

---

<sup>54</sup> “Os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo. [...] Os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo.” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 129).

<sup>55</sup> Sobre o tema, vide GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness*, p. 11 e ss.

<sup>56</sup> GÜNTHER, Klaus. Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica. *Cardenos de filosofia alemã*. São Paulo, n. 6, 2000, p. 87.

Num primeiro momento, cuida-se de verificar se determinada norma é válida, partindo-se da premissa de que se trata de norma construída num ambiente de decisão em que todos os possíveis destinatários do regramento possam a ele assentir na qualidade de participantes de discursos racionais, segundo a lógica habermasiana.<sup>57</sup> É dizer, a validade da norma estará condicionada ao fato de serem levados em consideração, nos debates que precedem a elaboração do regramento, os interesses de todos os envolvidos. É nessa seara que se fala em discurso de justificação, no qual cabe definir, a partir de uma ação comunicativa com a participação dos possíveis afetados, quais os interesses que devem ser protegidos na via estatal por ação do Poder Legislativo. Nesse âmbito, aliás, cabem argumentos pragmáticos, éticos, políticos e morais que possam influenciar a decisão tomada.

Num segundo momento, é possível falar-se no discurso de aplicação, no âmbito do qual cabe definir qual a norma adequada que deve ser aplicada a uma dada hipótese concreta – única e irrepetível – dentre as diversas normas válidas elaboradas a partir dos discursos de justificação.

Aqui, cabe lembrar que, diante de um caso concreto, diversas normas apresentam-se como aplicáveis *a priori*. No momento da aplicação efetiva, porém, é preciso considerar todas as circunstâncias que individualizam o caso concreto, de modo a encontrar a fundamentação que melhor justifique a resposta apresentada. Assim, a validade de uma norma abstrata não significa sua aplicação generalizada, porque no plano da justificação e fundamentação as normas concorrem outras normas igualmente válidas. No campo da materialização da norma, pois, deve se considerar todas as variáveis que, a partir de uma argumentação consistente, justifiquem determinada solução concreta.<sup>58</sup>

---

<sup>57</sup> GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004, p. 67.

<sup>58</sup> Vide MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; OLIVEIRA, Cláudio Ladeira. “A contribuição de Klaus Günther ao debate acerca da distinção entre regras e princípios”. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 1, n. 3, jan./jun. 2006, p. 245.

Essa perspectiva, de outro giro, afasta a noção de segurança jurídica presente no ideal positivista, que se centrava numa possível previsibilidade de resultados baseada na expectativa de comportamentos já definidos no ordenamento formal, para compreender-se, hoje, como uma garantia do direito de participação nos processos decisórios do Estado<sup>59</sup> e – por que não dizer – de soluções judiciais alcançadas por uma argumentação exaustiva que leve em consideração os diversos interesses em jogo.

Não há margem, portanto, para a discricionariedade judicial,<sup>60</sup> que conduziria o magistrado – aqui sim – a atuar como legislador, ferindo a separação de poderes e a autonomia pública, uma vez que a criação de regras casuísticas usurpa a função legislativa do próprio cidadão, a ser exercida direta ou indiretamente por seus representantes eleitos.

Aqui é importante ressaltar, como mencionado alhures, que a postura de deferência excessiva do STF para com o Legislativo importará em manifesta incompatibilidade com a tendência ativista que aquela Corte vem demonstrando nos últimos anos, inclusive em hipóteses que não se justificam do ponto de vista da democracia, porque não se baseiam na simples tutela de direitos e princípios.<sup>61</sup>

---

<sup>59</sup> HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*, p. 291.

<sup>60</sup> Dworkin diferencia a discricionariedade judicial em sentidos forte e fraco do termo. Na primeira hipótese, refere-se à possibilidade de que os juízes não estejam vinculados a padrões de nenhuma autoridade para decidir casos difíceis, possuindo a liberdade de escolha a partir de critérios políticos, morais etc. Na segunda hipótese, refere-se à capacidade do sujeito de interpretar o direito segundo suas próprias convicções. Embora o autor rechace a primeira situação, já que não há uma discricionariedade nesse sentido, à vista da completude do sistema jurídico, compreendido como um conjunto de regras e princípios, a segunda abrange tão somente a noção de que o ato de decidir depende do próprio discernimento daquele que julga definição que é inerente a essa atividade intelectual. Assim, nessa última concepção, a discricionariedade nada mais é do que a capacidade de julgar, já que a aplicação dos padrões estabelecidos nem sempre se dá mecanicamente, especialmente quando o contexto não é por si só esclarecedor (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 51-55).

<sup>61</sup> Exemplificativamente, no julgamento da ADIn 3510/DF, referente ao uso em pesquisas de células-tronco, diversos votos proferidos naquela instância foram no sentido de acrescer condições relativas à possibilidade de utilização dos embriões.

As resistências à Constituição de princípios derivam mais das insatisfações de determinadas classes com o resultado da interpretação do que em razão de argumentos juridicamente válidos sobre o poder que ela atribui aos juízes. Uma Constituição colocada em prática pelos juízes independentes não é antidemocrática, na medida em que uma das pré-condições da democracia legítima encontra-se na imposição de que os governos tratem seus cidadãos como iguais e respeite suas liberdades fundamentais. Sem isso, não é possível falar-se em verdadeira democracia.

É óbvio que deve haver controle sobre as ações dos juízes. Mas esse controle se encontra muito mais na exigência de justificativa das decisões adotadas a partir de argumentos de princípio e integridade, expondo essas decisões à crítica da opinião pública, do que se buscar a solução numa concepção estreita do texto constitucional.

A Constituição, pois, exige que os juízes deem o melhor de si para, ao longo do tempo e da história, reinterpretar o conteúdo da liberdade e da igualdade, impondo-se o abandono de restrições semânticas e buscando o limite da atividade interpretativa no único lugar cabível: a própria argumentação.<sup>62</sup> O único mecanismo de controle adequado do poder judicial está no debate nas mais variadas instâncias em torno dessas decisões. As más decisões, por si mesmas, são inevitáveis, não havendo fórmulas mecânicas que impeçam sua ocorrência. Desse modo, seremos capazes de estar em um contínuo processo de aprendizado, buscando a tão desejada maturidade constitucional.

---

Tais adições justificar-se-iam como forma de aprimorar a lei, tornando-a compatível com o sistema constitucional. Por seu turno, no RE 91.707/MG o STF, mesmo sem um parâmetro constitucional objetivo, procedeu à alteração de percentual de multa tributária (de 100 para 30%) em face de seu caráter confiscatório. Desses casos tratei em: "A construção do direito na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades no uso das sentenças aditivas". *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Brasília: IDP, Ano 3, 2009/2010. Disponível em: <<http://ojs.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/255/211>>. Acesso em: 24 fev. 2011.

<sup>62</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do direito*. Tradução por Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 202.

A Constituição, conclusivamente, deve ser vista como um sistema de princípios abrangente, que ordena tanto a igualdade de consideração quanto as liberdades básicas, que irão constituir-se nos pilares da afirmação dos direitos individuais. E caberá aos juízes, em nossa democracia, declarar quais são as exigências concretas para o asseguramento efetivo da liberdade e da igualdade de consideração, embora isso implique atribuir a eles um grande poder de responder a perguntas controversas e profundas sobre moralidade política, que muitas vezes não encontram solução na própria filosofia ou mesmo na política.

Os riscos, portanto, são evidentes. Mas a busca por uma sensação de segurança jurídica aparente não nos autoriza a ver a questão de outra forma. Na verdade, a busca pela verdade não exclui a contradição e o dissenso, que são inerentes ao sistema da ciência. Os questionamentos estão exatamente a serviço da busca cooperativa dessa verdade, já que todo saber é precário. A correção pressupõe apenas aceitação racional a partir de bons argumentos, isto é, o resultado produzido a partir de condições adequadas de comunicação e debate.<sup>63</sup>

O controle desse poder, atribuído as juízes – liberais e conservadores, diga-se de passagem – somente cabe à própria história. Mas daí não é possível dizer-se, como querem alguns, que os juízes que insistem em ver a Constituição como uma carta de princípios abstratos são, em verdade, seus usurpadores, que buscam decidir a partir do “direito natural”.

Assim, apesar de toda a construção teórica que objetiva reduzir o papel dos juízes na democracia sob o pálio de uma suposta necessidade de segurança jurídica e proteção da separação de poderes, é forçoso reconhecer que não há como fugirmos da controvérsia na interpretação da Constituição e na definição do que ela realmente diz. Acaso podemos evitar as controvérsias que giram em torno

---

<sup>63</sup> Nesse sentido, HABERMAS, Jürgen. Apêndice à facticidade e validação: réplica às comunicações em um simpósio da Cardozo Law School. In: \_\_\_\_\_. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002, p. 299-384.

da extensão da liberdade de expressão e da liberdade de imprensa? Das controvérsias acerca do que exatamente significa o princípio da não discriminação? Das dúvidas que suscita a ideia de liberdade de crença? É possível, assim, termos uma visão simplista da Constituição, quando seu destinatário é uma sociedade complexa e em constante evolução?

Ao intérprete, portanto, cabe buscar a coerência interna do sistema. A interpretação seguirá um trabalho de reconstrução da realidade, ao que se adicionarão as tradições culturais e os vínculos mentais que o juiz estabelece entre o caso, a norma e o mundo que o envolve. Qual na literatura, caberá, ao juiz, reconstruir o texto à luz de uma interpretação consentânea com a trama, tendo como norte o conteúdo moral transmitido a partir da Constituição, qual seja, o tratamento igual entre os cidadãos.<sup>64</sup> A legitimidade da decisão decorrerá exatamente de sua coerência, que, acaso existente, conduzirá à consistência dos argumentos invocados.

Assim, a intervenção jurisdicional está autorizada sempre que estejamos diante de leis e atos do Poder Público que, mediante tratamento discriminatório, violem a igualdade assegurada constitucionalmente, uma vez que ela se encontra dotada de uma essência em relação a qual não é dado à maioria transigir.

## CONCLUSÃO

A partir das premissas acima invocadas, entendemos, com a devida vênia, equivocado o entendimento clássico que veio a se verbalizar na Súmula Vinculante 37, uma vez que colide frontalmente com a necessidade de que a ordem jurídica, para ser legítima, materialize os direitos fundamentais em uma dimensão máxima. Curioso é que, dadas as severas dificuldades de sustentação dessa perspectiva, à luz do constitucionalismo moderno, o próprio STF

---

<sup>64</sup> Cf. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 581.

entra em contradição ao proferir decisões que conflitam ontologicamente com o dogma do legislador negativo,<sup>65</sup> como se infere inclusive do teor da recém-editada Súmula Vinculante 34.<sup>66</sup> Para “fugir” do argumento de invasão da esfera legislativa, na maioria desses casos nossa Corte Suprema sustenta que se trata de “mera” materialização de norma constitucional ou apenas interpretação conforme à Constituição, que se deve limitar a extrair, do texto constitucional, os sentidos constitucionalmente admissíveis da norma impugnada.<sup>67</sup>

Nesse contexto, pode-se perceber que nossa Corte Suprema não adota claramente uma teoria consistente de aplicação do

---

<sup>65</sup> O primeiro precedente do STF que representa uma espécie de rompimento com o dogma do legislador negativo parece ter sido o julgamento do RMS 22.307/DF (Rel. Min. Marco Aurélio, *DJU* de 13.07.97). No caso, discutia-se se o advento das Leis ns. 8.622/93 e 8.627/93 implicou revisão geral dos vencimentos dos servidores militares, com a preterição dos servidores civis. Entendeu-se, na oportunidade, que de fato tratava-se de revisão geral e, como tal, extensível às demais categorias de servidores em razão do postulado da isonomia, principalmente na sua versão instituída no art. 37, XV, da CF. O mesmo ocorreu no julgamento do RE 476.390-7/DF (Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJU* de 29.06.2007), em que o voto do relator, Min. Gilmar Mendes, fora pelo parcial provimento da irrisignação para, dando interpretação conforme à Constituição, determinar que as regras da Lei °. 10.404/02, referentes à gratificação de desempenho de atividade técnico-administrativa – GDATA, percebida por servidores públicos federais em atividade, fossem também aplicadas a servidores inativos.

<sup>66</sup> “A Gratificação de Desempenho de Atividade de Seguridade Social e do Trabalho -GDASST, instituída pela Lei 10.483/2002, deve ser estendida aos inativos no valorcorrespondente a 60 (sessenta) pontos, desde o advento da Medida Provisória 198/2004, convertida na Lei n. 10.971/2004, quando tais inativos façam jus à paridade constitucional (EC 20/1998, 41/2003 e 47/2005).

<sup>67</sup> Gilmar Mendes, ao comentar a não observância pelo Tribunal Constitucional alemão dos limites da interpretação conforme, assevera que “as ‘decisões fundamentais do legislador’, as suas valorações e os objetivos por ele almejados estabelecem também um limite para a interpretação conforme a Constituição. Não se deve conferir a uma lei com sentido inequívoco significação contrária, assim como não se devem falsear os objetivos pretendidos pelo legislador. O princípio da interpretação conforme a Constituição não contém, portanto, uma delegação ao Tribunal para que proceda à melhoria ou ao aperfeiçoamento da lei. Qualquer alteração do conteúdo da lei mediante pretensa interpretação conforme a Constituição significa uma intervenção mais drástica na esfera de competência do legislador do que a pronúncia de nulidade, uma vez que esta assegura, ao ente legiferante, a possibilidade de imprimir nova conformação à matéria.” (MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 290).

direito, uma vez que, em dadas hipóteses, a solução jurisprudencial passou pelo exercício de verdadeira atividade legislativa, inclusive a partir da utilização de argumentos e critérios democraticamente incabíveis e que melhor se enquadrariam no âmbito da atividade política exercida nas casas parlamentares. Em perspectiva diametralmente oposta, em outros casos, cuja decisão deveria fundar-se essencialmente na aplicação de princípios presentes em nosso sistema jurídico, aquele tribunal optou por vincular-se a um legalismo estrito, sob um discurso de limitação democrática ao reconhecimento de direitos implícitos no âmbito das decisões judiciais.

Importa ressaltar aqui que a leitura do princípio da legalidade sob a perspectiva restritiva de um procedimentalismo formal, onde a norma é apenas aquela emanada expressamente de um procedimento legislativo, não se coaduna com o ideal de um Estado Democrático de Direito. É que, no âmbito deste, a legitimidade das leis, para além da análise exclusiva do texto decorrente do procedimento legislativo, é aferida em razão da observância da dimensão prática dos princípios presentes no sistema jurídico como um todo, em especial os princípios da igualdade e liberdade. Assim, a ausência de uma regra clara não impede o reconhecimento de direitos, que devem ser construídos argumentativamente à luz do caso concreto.

Importante, também, afastar preocupações meramente formais como a legitimidade dos juízes em razão de sua atividade contramajoritária – isto é, não respaldada no voto da comunidade política –, porque essa legitimidade deve, em verdade, decorrer do conteúdo material das decisões judiciais, cujo controle na arena pública passa exatamente pelo exame dos argumentos utilizados pelo órgão julgador.

Por razões óbvias, essa perspectiva da jurisdição acarreta para os juízes uma maior responsabilidade perante os destinatários da decisão judicial. Contrapondo-se a um maior poder há um maior dever. A segurança jurídica, de todo modo, não deve ser buscada a partir de um consenso que se traduza em respostas prontas e simplórias, mas sim a partir de um discurso racional, que respeite as



diversas opiniões no jogo democrático e que conduza à aceitação das decisões proferidas em virtude de serem proferidas a partir de critérios transparentes.

Assim, não se pode evitar a constatação de que os tribunais e juízes funcionam muitas vezes como um “legislador implícito”<sup>68</sup>, a quem cabe promover a reciclagem do Direito à luz da realidade social subjacente, sempre que presentes razões normativas oriundas da história de uma dada sociedade que justifiquem certa orientação jurisprudencial, voltada à implementação dos princípios presentes na ordem constitucional.

O problema, pois, repousa em investigar se dada legislação promove ou amesquinha os princípios da igualdade e liberdade, especialmente no tange às expectativas das minorias sub-representadas no plano político, na medida em que o conteúdo dos direitos fundamentais irá servir exatamente como trunfo diante da vontade das maiorias.<sup>69</sup> Como no caso ora examinado, cabe a intervenção jurisdicional, conquanto contramajoritariamente, sempre que necessário prestigiar a igualdade entre todos.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. “Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático”. In: *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007

BARROSO, Luís Roberto. “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”. *Revista de Direito do Estado*, n. 13, 2009.

---

<sup>68</sup> No sentido de caracterizar-se como uma instância garantidora de direitos para além de qualquer consideração acerca da previsão expressa em textos normativos. Em sentido semelhante, vide TAVARES, André Ramos. *Manual do Poder Judiciário*, p. 43 e ss.

<sup>69</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 127.

\_\_\_\_\_. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch*. Indianapolis: Bobbs Merrill, 1962.

BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política*. A Filosofia Política e as lições dos clássicos. São Paulo: Campus, 2000.

\_\_\_\_\_. *Dicionário de política*. 10 ed. Brasília: Editora UnB, 1997.

CAPPELLETI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.

CARVALHO NETTO, Menelick de. "Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito". *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, n. 3, mai. 1999.

\_\_\_\_\_. Hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: *Notícia do Direito Brasileiro*. v. 6, jul./dez. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1998.

\_\_\_\_\_. A interpretação das leis: um problema metajurídico ou uma questão essencial do Direito. De Hans Kelsen a Ronald Dworkin. In: *Cadernos da Escola do Legislativo*. n. 05, jan/jun 1997.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Filosofia do direito na alta modernidade: incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CORSI, Giancarlo. "Sociologia da Constituição". Trad. Juliana N. Magalhães. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. n. 39. Belo Horizonte: UFMG, janeiro-junho de 2001.

DWORKIN, Ronald. *O Império do direito*. Tradução por Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. *Levando os direitos a sério*. Tradução por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. The Forum of Principle. In *New York University Law Review*, n. 56, 1981.

\_\_\_\_\_. *Is Democracy Possible Here? Principles for a new political debate*. Oxford: Princeton University Press, 2006.

\_\_\_\_\_. *A virtude soberana*. A teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. *O direito da liberdade*. A leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. *Domínio da vida*. Aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. El papel de la función judicial en el Estado de Derecho. In: ATIENZA, Manoel; FERRAJOLI, Luigi. *Jurisdicción y argumentación en el Estado Constitucional de derecho*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

FISHER, Louis. *Constitutional Dialogues: Interpretation as Political Process*. Princeton: Princeton University Press, 1988.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness: application discourses in morality and law*. Trad. Jonh Farrell. New York: State University of New York, 1993.

\_\_\_\_\_. Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica. *Cardenos de filosofia alemã*. São Paulo, n° 6, 2000, p. 85-102.

\_\_\_\_\_. *Teoria da argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação*. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004.

GRIMM, Dieter. Jurisdição constitucional e democracia. *Revista de Direito do Estado*. 4:3, 2006.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho em términos de teoría del discurso. Tradução por Manuel Jiménez Redondo Madrid: Trotta, 2005.

\_\_\_\_\_. “ O Estado Democrático de Direito: uma amarração paradoxal de princípios contraditórios?” *Era das Transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

\_\_\_\_\_. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

\_\_\_\_\_. *Era das transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HART, Herbert L.A. *Conceito de Direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

\_\_\_\_\_. *Positivism and the Separation of Law and Morals*. *Harvard Law Review*, v. 71, 1958.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

\_\_\_\_\_. Quem deve ser o guardião da Constituição? In: KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 237-298.

\_\_\_\_\_. A jurisdição constitucional. In: KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 121-186.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2. ed. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Herder e Universidad Iberoamericana, 2005.

\_\_\_\_\_. La costituzione come acquisizione evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Gustavo. PORTINARO, Pier Paolo. LUTHER, Jörg (org.). *Il futuro della costituzione*. Torino: Einaudi, 1996

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; FERRI, Caroline. O problema da discricionariedade em face da decisão judicial com base em princípios: a contribuição de Ronald Dworkin. *NEJ*, v. 11, n. 02, jul-dez 2006.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; OLIVEIRA, Cláudio Ladeira. A contribuição de Klaus Günther ao debate acerca da distinção entre regras e princípios. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 1, n. 3, jan.-jun. 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho de direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NETTO, Menelick de Carvalho. “A interpretação das leis: um problema metajurídico ou uma questão essencial do Direito”. De Hans Kelsen a Ronald Dworkin. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Brasília, DF, n. 5, jan./jun. 1997.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. “Coesão interna entre Estado de Direito e democracia na Teoria discursiva do Direito e do Estado Democrático de Direito de Jürgen Habermas”. *Virtuajus*. Belo Horizonte, 2003.

PECORARO, Rossano. *Nilismo e pós-modernidade*. Rio/São Paulo: PUC/Loyola, 2005.

PINTO, Cristiano Paixão Araújo. “Arqueologia de uma distinção – o público e o privado na experiência histórica do direito”. In: OLIVEIRA PEREIRA, Claudia Fernanda (org.). *O novo direito administrativo brasileiro*. Belo Horizonte: Forum, 2003, v. 1, p. 7-367.

RAMOS NETO, Newton Pereira. A construção do direito na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades no uso das sentenças aditivas. *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Brasília: IDP, Ano 3, 2009/2010. Disponível em: <<http://ojs.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/255/211>>.

ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da. (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SUNSTEIN, Cass. *A Constituição parcial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

TAVARES, André Ramos. *Manual do Poder Judiciário brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005

\_\_\_\_\_. *Paradigmas do Judicialismo Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

TRIBE, Laurence; DORF, Michael. *Hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

VIANNA, Luiz Werneck et all. *A judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça: em ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999.





# ISENÇÃO DO IMPOSTO SOBRE A IMPORTAÇÃO DOS BENS CONTIDOS EM REMESSAS DE VALOR DE ATÉ CEM DÓLARES NORTE-AMERICANOS QUANDO DESTINADOS A PESSOAS FÍSICAS

---

**Diogo Ricardo Goes Oliveira**

Juiz Federal Titular da 2ª Vara Federal de Ponta Porã/MS,  
graduado pela Universidade Federal de Sergipe, Mestre em  
Direito Previdenciário pela PUC/SP e Doutorando pela PUC/SP.

---

## RESUMO

O presente artigo tem como escopo fomentar o debate acerca da verificação da legalidade e constitucionalidade da cobrança de imposto de importação, no Regime de Tributação Simplificada - RTS -, estabelecido pelo Decreto-Lei n. 1.804/80, na forma regulamentada pela Portaria MF n. 156/99 e pela Instrução Normativa SRF n. 096/99.

**Palavras-chave:** Imposto — Importação — Isenção — Cem Dólares — Portaria — Princípio — Legalidade — Constituição — Jurisprudência — Pessoa Física — Pessoa Jurídica.

## INTRODUÇÃO

O Decreto-Lei n. 1.804/80, recepcionado como lei ordinária pela ordem constitucional de 1988, trata do regime de tributação simplificada de bens importados por meio de remessas postais e encomendas aéreas internacionais.

No art. 2º do Decreto-Lei n. 1.804/80, conferiu-se ao Ministro de Estado da Fazenda, dentre outras competências, o poder-dever de:

*Art. 2º. O Ministério da Fazenda, relativamente ao regime de que trata o art. 1º deste Decreto-Lei, estabelecerá a classificação genérica e fixará as alíquotas especiais a que se refere o § 2º do art. 1º, bem como poderá:*

*[...]*

*II — dispor sobre a isenção do imposto sobre a importação dos bens contidos em remessas de valor de até cem dólares norte-americanos, ou o equivalente em outras moedas, quando destinados a pessoas físicas.*

Pois bem, não há dúvidas de que o Decreto-Lei atribuiu ao Ministro da Fazenda a tarefa de regulamentar a isenção do imposto de importação de bens, valorados em até US\$ 100,00 (cem dólares americanos), quando destinados a pessoas físicas, por meio de remessa postal.

Com o desiderato de regulamentar o art. 2º do Decreto-Lei n. 1.804/80, o Ministro da Fazenda, Pedro Malan, editou a Portaria MF n. 156/99, cujo art. 1º, §2º, estabeleceu:

*§ 2º. Os bens que integrem remessa postal internacional no valor de até US\$ 50,00 (cinquenta dólares dos Estados Unidos da América) ou o equivalente em outra moeda, serão desembaraçados com isenção do Imposto de Importação, desde que o remetente e o destinatário sejam pessoas físicas.*

Da mesma forma, a Secretaria da Receita Federal, por condução do art. 2º, §2º, da Portaria de n. 096/99, ao ordenar o Regime Tributário Simplificado de bens sujeitos a remessas postais internacionais, dispôs que:

*Os bens que integrem remessa postal internacional de valor não superior a US\$ 50.00 (cinquenta dólares dos Estados Unidos da América) serão desembaraçados com isenção do Imposto de Importação, desde que o remetente e o destinatário sejam pessoas físicas.*

Destarte, constata-se que o art. 2º, II, do Decreto-Lei n 1.804/80 destina-se a regular as remessas postais, cujo valor, FOB – *free on board* – seja inferior a US\$ 100,00 (cem dólares americanos), desde que os bens sejam destinados a pessoas físicas. Destaque-se que a citada norma, com *status* de lei, não restringiu a espécie de remetente, se pessoa física ou jurídica.

Não obstante, tanto o art. 2º, §2º, da Portaria SRF n. 096/99, quanto o art. 1º, §2º, da Portaria MF n. 156/99, não só reduziram o limite de isenção de US\$ 100,00 (cem dólares americanos) para US\$ 50,00 (cinquenta dólares americanos), como passaram a exigir que o destinatário e o remetente sejam pessoas físicas para que opere a dispensa do pagamento do imposto de importação.

Questiona-se, aqui, a possibilidade de que ato administrativo, mesmo que de conteúdo normativo, possa alterar o disposto em lei isentiva.

Antes de adentrar no cerne da discussão, faz-se necessário tecer alguns comentários acerca do instituto da isenção e das disposições de direito positivo relativas à matéria aqui discutida.

## 1 ISENÇÃO

Sua regulamentação infraconstitucional foi realizada pelo Código Tributário Nacional, que, em seu art. 175, I, considerou-a como forma de exclusão do crédito tributário.

Não obstante apresentarem o mesmo resultado prático, qual seja, impedir o pagamento de tributo, existem diversas correntes de pensamento acerca da natureza jurídica da isenção. A primeira, conhecida como clássica, considera a isenção como forma de favor legal. Segundo ela, houve fato gerador, bem como a incidência da

norma, o tributo é devido, contudo o legislador, por conduto de lei, dispensa o devedor do pagamento. Pressupõe-se que primeiro o tributo é devido para que possa ser dispensado. Assim lecionava Rubens Gomes de Souza.<sup>1</sup>

Todavia, para Alfredo Augusto Becker<sup>2</sup> (Becker, 2007, p. 325): “A norma jurídica de isenção atual para que a de tributação não possa incidir.” Becker acreditava que a hipótese de incidência da norma isentiva continha elementos que impediam a incidência da norma tributária, seja porque retirou desta algum elemento da hipótese de incidência, seja porque regula de forma mais completa o fato abstratamente considerado, impedindo a formação da relação tributária.

Paulo de Barros Carvalho<sup>3</sup> critica as duas correntes susomencionadas pelo fato de que o sistema jurídico não opera de forma diferida, logo as normas não incidem de forma cronológica; há simultaneidade na dinâmica normativa, por isso, não se pode falar em norma isentiva ou de incidência de norma tributária com precedência de aplicação ao caso concreto.

Necessária, para a compreensão do instituto da isenção, a diferenciação entre normas de estrutura e de conduta. As primeiras destinam-se a regular a produção de outras normas, disciplinam suas relações entre si, e até mesmo, a expulsão de uma norma do sistema normativo. Enquanto as normas dispositivas ou de conduta regulam as relações intersubjetivas, versam sobre o comportamento das pessoas.

Dessa feita, as normas de isenção são normas estruturais, uma vez que são capazes de reduzir o alcance do antecedente ou consequente normativo das normas de conduta, podando a regra matriz de incidência em um ou mais de seus oito elementos constituintes.

---

<sup>1</sup> SOUZA, Rubens Gomes de. *Compêndio de Legislação Tributária*. São Paulo: Editora Resenha Tributária, 1975, p. 97.

<sup>2</sup> BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2007, p. 325.

<sup>3</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 524 a 526.

Pode a norma de isenção atingir o antecedente normativo, minorando o âmbito de definição do critério material por meio da exclusão de uma das significações do verbo ou de alguma circunstância do complemento verbal; pode reduzir o alcance dos critérios espacial ou temporal. No consequente normativo, a norma isentiva é capaz de alterar o critério pessoal por conduto da limitação dos sujeitos ativo ou passivo; no critério quantitativo, pela via da exclusão da base de cálculo ou da alíquota, mesclado com outra redução de significado do critério espacial, temporal, material ou pessoal, já que a redução a zero pura e simples dos elementos do critério quantitativo equivaleria a tornar a norma inoperante, revogando-a.

Constata-se que a isenção importa o não pagamento de tributo, já que foi retirado do alcance da norma algum aspecto da vida social que estará a salvo da sanha arrecadatória estatal, desse modo não se trata de redução do valor do tributo. Por causa disso, no critério quantitativo da regra matriz de incidência, para que se reconheça o fenômeno da isenção, a base de cálculo ou a alíquota devem ser completamente suprimidas, aliadas, por exemplo, à redução da extensão de significado do complemento do critério material como no caso de certos produtos industrializados, que ficam a salvo da incidência do IPI.

Portanto, isenção tributária significa a restrição do alcance da norma prescritiva, operada por norma estrutural que restringe um ou mais elementos da regra matriz de incidência, impedida, assim, a formação da relação jurídica de pagar tributo em determinadas situações.

## 2 REGRAMENTO POSITIVO DA ISENÇÃO

A Carta Política de 1988, em seu art., 150, §6º, subordinou a concessão de isenção à edição de lei específica emanada de algum dos entes dotados de competência tributária.

Observa-se que o constituinte sujeitou a produção de normas de isenção à edição de lei específica pelas pessoas dotadas de

competência tributária. Isso quer dizer que apenas o Poder Legislativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios poderá produzir normas isentivas.

Nessa via, o legislador infraconstitucional, por meio do Código Tributário Nacional, em seu art. 97, VI, vinculou à lei a previsão das hipóteses de exclusão do crédito tributário.

Ademais, a isenção somente pode ser modificada ou revogada por meio de lei, a qualquer tempo, conforme disposto no art. 178 do Código Tributário Nacional. Nesse diapasão, a criação e a revogação de normas de isenção estão subordinadas ao princípio da legalidade estrita, previsto no art. 150, I, da Carta Magna, bem como sua previsão e modificação são prerrogativas exclusivas dos entes com competência tributária.

Constata-se que a Carta Política atribuiu, aos Poderes Legislativos, entes com competência tributária, a tarefa de criar ou majorar tributos. Apesar disso, a própria Constituição Federal previu a possibilidade de ser delegada, nas condições e limites da lei, ao Poder Executivo, a faculdade de alterar as alíquotas do imposto de importação, por exemplo, como previsto no art. 153, §1º, da Constituição Federal. Essa previsão visa a atender às necessidades fiscais e extrafiscais do Estado, como por exemplo, aumentar a arrecadação, incentivar e frear o consumo de certas mercadorias e proteger a indústria nacional.

Revisada a noção doutrinária de isenção e as normas de direito positivo aplicáveis à espécie, passa-se a analisar a regulamentação do regime de tributação simplificada de bens importados por meio de remessas postais e encomendas aéreas internacionais em seus dois pontos polêmicos: a limitação da espécie de remetente do bem e a redução da base de cálculo da isenção.

### 3 LIMITAÇÃO DA QUALIDADE DO REMETENTE DO BEM

Com propósito didático, enfrenta-se, primeiro, a restrição da espécie de remetente das mercadorias a serem importadas.

Como visto, a Portaria MF n. 156/99 e a Instrução Normativa SF n. 096/99 limitaram o campo de abrangência da isenção do imposto de importação ao prever que será devido tributo caso o remetente seja pessoa jurídica.

Vislumbra-se, de plano, violação ao princípio da legalidade. Esclareça-se que os atos administrativos menores, como as portarias, sejam emitidos pelo Ministro da Fazenda ou pelo Secretário da Receita Federal, não podem criar condições ou requisitos não previstos em lei, porque o Código Tributário Nacional vinculou, expressamente, a ab-rogação ou a revogação de norma isentiva a outra da mesma hierarquia, como estabelecido em seu art. 178. Recorde-se que o Decreto-lei n. 1.804/80 ressona, em harmonia, com o Código Tributário Nacional, cujo art. 97, VI subordina a criação das hipóteses de exclusão do crédito tributário à lei.

Há, também, vício de inconstitucionalidade por violação ao princípio da legalidade estrita, porque a Carta Magna, expressamente, subordinou à lei a disposição acerca da isenção.

No mesmo sentido, decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

Tributário. Imposto de Importação. Isenção. Remessa postal. Portaria MF n. 156/99 e IN SRF n. 96/99. Ilegalidade. 1. Conforme disposto no Decreto-Lei n. 1.804/80, art. 2º, II, as remessas de até cem dólares, quando destinadas a pessoas físicas, são isentas do Imposto de Importação. 2. A Portaria MF 156/99 e a IN 096/99, ao exigir que o remetente e o destinatário sejam pessoas físicas, restringiram o disposto no Decreto-Lei n. 1.804/80. 3. Não pode, a autoridade administrativa, por intermédio de ato administrativo, ainda que normativo (portaria), extrapolar os limites claramente estabelecidos em lei, pois está vinculada ao princípio da legalidade. (APELREEX 200571000068708, Des. Álvaro Eduardo Junqueira, TRF4, 1ª T., D.E. 04.05.2010).

Conforme as lições de Paulo de Barros Carvalho, o Decreto-Lei n. 1.804/80 é espécie legislativa de natureza estrutural, isto é, trata-se de norma que regula outras normas. Nessa toada, o art. 2º,

II, do Decreto-Lei n. 1.804/80 alterou o critério pessoal do consequente normativo da regra de incidência, mais precisamente ao comprimir o conjunto de sujeitos passivos, retirando, dessa categoria, parcela do conjunto importador, pessoa física. Dessa forma, não importa se o bem a ser importado pela pessoa física tenha sido adquirido de pessoa jurídica ou de outra pessoa física, não haverá a subsunção do fato à norma, desse modo não nascerá a obrigação tributária. Dessarte, ainda que o fato previsto no critério material do antecedente normativo da norma tributária ocorra, não haverá sujeito passivo, obrigado a prestar qualquer objeto.

Nessa toada, não pode a autoridade administrativa inovar a ordem jurídica e ampliar o conjunto sujeito passivo do consequente normativo para o fim de fazer incidir tributo àqueles excluídos pela norma isentiva, sob pena de incidir em nítida violação ao princípio da legalidade.

#### 4 REDUÇÃO DO VALOR DA ISENÇÃO DA MERCADORIA

Como já visto, o art. 2º, II, do Decreto-Lei n. 1.804/80 previu que seriam isentas as mercadorias cujo valor FOB, *Free On Board*, fosse inferior a US\$ 100,00 (cem dólares norte-americanos). Apesar disso, a Portaria MF n. 156/99 e a Instrução Normativa SRF n. 096/99 reduziram o valor da isenção para US\$ 50,00 (cinquenta dólares norte-americanos).

Nessa linha, por intermédio de ato administrativo, o Poder Executivo alterou um dos elementos do critério quantitativo, do consequente normativo, da regra matriz de incidência, qual seja, a base de cálculo. Desse modo, enquanto o art. 2º, II, do Decreto n. 1.804/80 resguarda da incidência do imposto de importação, o conjunto das mercadorias, cujo valor, acrescido do frete e seguro, seja igual ou inferior a US\$ 100,00 (cem dólares norte-americanos), a Portaria MF n. 156/99 e a Instrução Normativa SRF n. 096/99 criaram nova modalidade isentiva por conduto da redução da base de cálculo.



*Ab initio*, vislumbra-se nítida violação ao princípio da legalidade tributária previsto no art. 150, I, da Carta Republicana de 1988, que veda, aos entes com competência tributária, a criação ou majoração de tributo sem lei que o estabeleça. Outrossim, o art. 150, §6º, da Carta Magna vincula a disciplina da isenção à edição de lei específica. Ademais, o art. 153, §1º, da Constituição Federal autorizou o Poder Executivo, por meio de delegação legal, nos limites por ela estabelecidos, alterar alíquotas do imposto de importação. Dessa feita, não houve autorização constitucional ou até mesmo legal para que o Poder Executivo possa modificar a base de cálculo do Imposto de Importação.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu em seu art. 5º, II, que lei ou ato normativo, emanado do Congresso Nacional, tem o poder de criar direitos e gerar obrigações, somente a lei, em sentido estrito, pode inovar a ordem jurídica. Enquanto, a Carta Política, em seu art. 84, IV, previu que compete privativamente ao Presidente da República expedir decretos e resoluções para a fiel execução da lei. Dessa feita, o Decreto tem apenas a função de facilitar a execução da lei nos exatos limites por ela fixados.

Sobre a matéria leciona José Afonso da Silva:<sup>4</sup>

O princípio é o de que o poder regulamentar consiste num poder administrativo no exercício de função normativa subordinada, qualquer que seja seu objeto. Significa dizer que se trata de poder limitado. Não é poder legislativo; não pode, pois criar normatividade que inove a ordem jurídica. Seus limites naturais situam-se no âmbito da competência executiva e administrativa, onde se insere. Ultrapassar esses limites importa em abuso de poder, em usurpação de competência, tornando-se írrito o regulamento dele proveniente.

Esposa o mesmo entendimento Celso Antônio Bandeira de Melo:<sup>5</sup>

<sup>4</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003, p. 424.

<sup>5</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2005, p. 316 e 317.

Em estrita harmonia com o art. 5º, II, precitado, e travando um quadro cerrado dentro do qual se há de se circunscrever a Administração, com todos os seus órgãos e auxiliares personalizados, o art. 84, IV, delimita, então, o sentido da competência regulamentar do Chefe do Poder Executivo ao estabelecer que ao Presidente da República compete “sanccionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para a sua fiel execução”. Nisto se revela que a função regulamentar, no Brasil, cinge-se exclusivamente à produção destes atos normativos que sejam requeridos para “fiel execução” da lei. Ou seja: entre nós, então, como se disse, não há lugar senão para os regulamentos que a doutrina estrangeira designa como “executivos”.

A Suprema Corte já decidiu, mais de uma vez, na Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade, ADI-MC n. 1296/PE, de 14.06.95, e na Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade, ADI-MC n. 1247/PA, de 17.08.95, ambas relatadas pelo Ministro Celso de Mello, que:

O legislador, em consequência, não pode deslocar para a esfera institucional de atuação do Poder Executivo — que constitui instância juridicamente inadequada — o exercício do poder de regulação estatal incidente sobre determinadas categorias temáticas — (a) a outorga de isenção fiscal, (b) a redução da base de cálculo tributaria, (c) a concessão de crédito presumido e (d) a prorrogação dos prazos de recolhimento dos tributos —, as quais se acham necessariamente submetidas, em razão de sua própria natureza, ao postulado constitucional da reserva absoluta de lei em sentido formal. Traduz situação configuradora de ilícito constitucional a outorga parlamentar, ao Poder Executivo, de prerrogativa jurídica cuja sedes materiae — tendo em vista o sistema constitucional de poderes limitados vigente no Brasil — só pode residir em atos estatais primários editados pelo Poder Legislativo. (STF, ADI 1296 MC / PE - Pernambuco, Pleno, 14.06.95, Relator Ministro Celso de Mello).

Matéria Tributaria e Delegação Legislativa: A outorga de qualquer subsídio, isenção ou crédito presumido, a redução da base de cálculo e a concessão de anistia ou remissão em

matéria tributaria só podem ser deferidas mediante lei específica, sendo vedado, ao Poder Legislativo, conferir ao Chefe do Executivo, a prerrogativa extraordinária de dispor, normativamente, sobre tais categorias temáticas, sob pena de ofensa ao postulado nuclear da separação de poderes e de transgressão ao princípio da reserva constitucional de competência legislativa.

(STF, ADI-MC 1247/PA, Pleno, 17.08.1995, Relator Ministro Celso de Mello).

Do exposto, *data maxima venia*, a alteração de base de cálculo da norma isentiva consagrada no art. 2º, II, do Decreto n. 1.804/80, por norma administrativa, emanada do Poder Executivo, representa grave violação à competência do Poder Legislativo, constituindo lesão ao princípio da separação dos poderes da república, consagrada no art. 2º da Constituição Federal.

## CONCLUSÃO

Ao regulamentar o art. 2º, II, do Decreto-lei n. 1.804/80, a Portaria MF n. 156/99 e a Instrução Normativa SF n. 096/99 alteraram dois elementos do consequente normativo da regra matriz de incidência tributária isentiva do imposto de importação: o primeiro foi a restrição do conjunto sujeito passivo do critério pessoal e o segundo foi a restrição da base de cálculo do critério quantitativo, a qual foi reduzida pela metade.

Ao agir dessa maneira, o Poder Executivo violou o princípio da estrita legalidade, previsto no art. 150, I, da Carta Magna. Além disso, violou, expressamente, o art. 150, §6º, da Carta Republicana, que demanda a necessidade de lei específica para a concessão e alteração das regras de isenção.

Outrossim, o Código Tributário Nacional, nos seus arts. 175, I, e 178, condicionou a ab-rogação e a revogação das normas de isenção à edição de lei em sentido estrito.

Ademais, a regulamentação legal aqui discutida, também violou o princípio da separação dos poderes, já que o Poder

Executivo, em vez de fielmente regulamentar a lei, invadiu a competência tributária do Poder Legislativo Federal, ferindo o art. 2º da Constituição Federal.

## REFERÊNCIAS

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2007.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 21ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003.

SOUZA, Rubens Gomes de. *Compêndio de legislação tributária*. São Paulo: Editora Resenha Tributária, 1975.



SEÇÃO III



## OS FÓRUNS PROMOVIDOS PELA AJUFE

A Ajufe é protagonista na elaboração de eventos no formato de Fórum, modelo consagrado pelos resultados obtidos e efetividade alcançada.

A dinâmica dos Fóruns consiste em apresentar, por meio de painéis, soluções teóricas e práticas para os rumos da justiça no Brasil e, em especial, propostas de uniformização dos procedimentos aplicáveis no julgamento de processos similares de competência da Justiça Federal, bem como de rotinas administrativas do sistema de justiça.

Em eventos dessa natureza, os participantes dividem-se em grupos temáticos para debaterem e elaborarem enunciados, recomendações e deliberações que possam contribuir para a solução do processamento e julgamento das demandas similares dentro de determinado tema, e, sobretudo, para a melhoria da administração da justiça em conectividade com a dinâmica das atividades contemporâneas.

Além de elaborar novas propostas, os Fóruns destinam-se também à revisão dos enunciados aprovados em eventos anteriores, de modo a adequá-los às constantes modificações a que se submete o Direito e a prática judiciária, a fim de se assegurar uma prestação jurisdicional sempre justa e célere, conforme os ditames constitucionais, além de servir como suporte orientativo das atividades jurisdicionais e administrativas dos magistrados federais brasileiros.

Por fim, os enunciados propostos são apresentados em sessão plenária e submetidos à votação, podendo ser aprovados ou não. O documento final é publicado e entregue aos órgãos superiores do Poder Judiciário, como o Supremo Tribunal Federal (STF), o Superior Tribunal de Justiça (STJ), o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Conselho da Justiça Federal (CJF) e os Tribunais Regionais Federais (TRFs).

A seguir, transcrevem-se os enunciados do III Fórum Nacional dos Juízes Federais Criminais (Fonacrim), do XII Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais (Fonajef); do I Fonacon e do I Fórum Nacional de Execuções Fiscais (Fonaf).



## III FONACRIM RECIFE (PE) – 2014

### ENUNCIADOS APROVADOS

1. No curso da instrução criminal, caso o MPF, intimado para tanto, não demonstre a existência de circunstâncias que possam importar na fixação da eventual pena eventual em patamar no qual a pretensão punitiva não estaria prescrita, o processo poderá ser extinto por falta de interesse de agir.
2. No caso dos crimes tributários alcançados pela súmula vinculante n. 24, a prescrição tem início com a constituição definitiva do crédito.
3. Diante do caráter devolutivo da apelação, o acórdão que confirme a sentença condenatória constitui marco interruptivo do prazo prescricional após a edição da Lei n. 11.596/2007.
4. O acesso aos autos é irrestrito quando não há segredo de justiça.
5. Sempre que possível, o segredo de Justiça deve limitar-se a dados ou peças específicos dos autos.

6. O registro nos autos das pessoas que a eles tiveram acesso ou deles extraíram cópias não constitui restrição ao direito de informação.
7. A adoção da prestação pecuniária depositada em conta única, em substituição de pena (art. 44 do CP), assim como em propostas de transação penal e suspensão condicional do processo, é decisão de conteúdo jurisdicional, cabendo exclusivamente ao juiz da ação penal decidir por sua adoção ou não. Da mesma forma, caberá ao juiz da execução penal, quando remetida a ele a decisão sobre a destinação dos recursos, decidir se será adotado o procedimento de conta única ou não.
8. Não havendo substituição da pena restritiva de liberdade por restritivas de direito, tanto no regime aberto quanto no regime semiaberto há, nos termos da Lei de Execução Penal, cumprimento de pena em regime prisional, não cabendo à Justiça Federal suprir as eventuais deficiências e dificuldades do sistema prisional estadual quanto à existência ou não de casa do albergado e de vagas no semiaberto.
9. O ajuste de que trata o art. 221 do CPP deve ser efetuado mediante oportunidade de indicação pela autoridade, de acordo com opções informadas pelo juízo, respeitado o prazo de instrução do rito respectivo. Não havendo indicação pela autoridade, o juiz designará o ato.
10. É possível determinar a coleta de perfil genético para fins de alimentar o banco de dados previsto na Lei n. 12.654/2012, em situações devidamente justificadas, nas quais o material genético possa ser útil na identificação criminal em investigações futuras ou revisões criminais.
11. Não é obrigatória a prévia manifestação do Ministério Público Federal quanto às providências do art. 310 do CPP.
12. É cabível a fixação de “astreintes” no processo criminal.
13. Em casos de crimes graves contra a Administração Pública, não se deve permitir o apelo em liberdade, salvo se o produto do crime tiver sido integralmente recuperado.

14. Um dos parâmetros para a fixação da fiança é o valor do dano causado.

## RECOMENDAÇÕES DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA

- Recomenda-se a revogação do art. 7º-A da Lei 12.037/2009, com redação determinada pela Lei 12.654/2012.
- Alteração do art. 9º do CPP para ampliar a possibilidade de homologação de sentença penal estrangeira para cumprimento de pena no Brasil.

## RECOMENDAÇÕES

- Adoção de programa informatizado específico para o controle de prazos prescricionais.
- Nos casos de processos sigilosos, deve ser identificado, nos autos, quem a eles teve acesso ou deles extraiu cópias.
- Sugere-se que os juízes da execução penal suscitem conflito de competência junto ao STJ caso a Justiça estadual se recuse a receber execuções de penas privativas de liberdade em hipóteses de regime aberto ou semiaberto.
- Recomenda-se que as videoconferências sejam realizadas independentemente de expedição de carta precatória, sendo executadas pelos órgãos administrativos da Seção Judiciária, desvinculadas das Varas, realizando-se as intimações por Central de Mandados.
- Deve existir uma sala específica ou uma estrutura separada para as videoconferências passivas, a fim de não obstruir a pauta das audiências da Vara.
- Recomenda-se que os Tribunais Regionais Federais proporcionem meios eletrônicos para que o Juízo ativo faça diretamente o agendamento da videoconferência no foro passivo, sendo possível a consulta direta da pauta.

## RECOMENDAÇÕES ADMINISTRATIVAS

- Recomenda-se a revisão do valor e da fonte orçamentária de remuneração dos profissionais nomeados em assistência judiciária (peritos, intérpretes, tradutores e advogados dativos), atualmente prevista na Resolução n. 558 do CJF.

## XII FONAJEF VITÓRIA (ES) – 2015

### GRUPO 1

#### Enunciado n. 1

O CPC/2015 só é aplicável nos Juizados Especiais naquilo que não contrariar os seus princípios norteadores e a sua legislação específica (Aprovado no XII FONAJEF).

#### Enunciado n. 2

O art. 46, da Lei n. 9.099/1995, não foi revogado pelo novo CPC.

#### Enunciado n. 3

As disposições do CPC/2015 referentes às provas não revogam as disposições específicas da Lei 10.259/2001, sobre perícias (art. 12), e nem as disposições gerais da Lei n. 9.099/95.

#### Enunciado n. 4

Não se aplica aos Juizados Especiais a técnica de julgamento não unânime (art. 942, CPC/2015).

#### Enunciado n. 5

Aplica-se o art. 1.030, parágrafo único, do CPC/2015 aos recursos extraordinários interpostos nas Turmas Recursais do JEF.

## Enunciado n. 6

Conta-se em dias corridos o prazo para confirmação das intimações eletrônicas (art. 5º, §3º, Lei n. 11.419/2006).

## RECOMENDAÇÕES

### Recomendação n. 1

Recomenda-se aos TRFs a alteração de seus regimentos, de modo a preverem a competência de julgamento do IRDR, no âmbito dos Juizados Federais, pela TRU.

### Recomendação n. 2

Recomenda-se que seja proposta alteração legislativa a fim de prever expressamente que os prazos processuais nos Juizados Especiais sejam contados de forma corrida.

## GRUPO 2

### Enunciado n. 1

A regra do art. 489, §1º, do NCPC deve ser mitigada nos Juizados por força da primazia dos princípios da simplicidade e informalidade que regem o JEF.

### Enunciado n. 2

Nos termos do Enunciado n. 1 do FONAJEF e à luz dos princípios da celeridade e da informalidade que norteiam o processo no JEF, vocacionado a receber demandas em grande volume e repetitivas, interpreta-se o rol do art. 332 como exemplificativo

### Enunciado n. 3

Não causa nulidade a não aplicação do art. 10 do NCPC e do art. 487, parágrafo único, do NCPC nos Juizados, tendo em vista os princípios da celeridade e informalidade.

## **GRUPO 3**

### **Enunciado n. 1**

A conciliação e a mediação nos Juizados Especiais Federais permanecem regidas pelas Leis 10.259/2001 e 9.099/1995, mesmo após o advento do novo Código de Processo Civil.

## **RECOMENDAÇÕES**

### **Recomendação n. 1**

Recomenda-se aos Tribunais Regionais Federais que adotem procedimentos céleres de divulgação da jurisprudência das turmas recursais e de uniformização.

## **GRUPO 4**

### **Enunciado nº 1**

Nos casos de pedido de concessão de benefício por segurado facultativo de baixa renda, a comprovação da inscrição da família no CadÚnico é documento indispensável para propositura da ação, sob pena de extinção sem exame do mérito.

## **GRUPO 5**

### **Enunciado n. 1**

Em caso de incapacidade intermitente, o pagamento de parcelas anteriores à perícia depende da efetiva comprovação dos períodos em que o autor esteve incapacitado.

## RECOMENDAÇÕES

### Recomendação n. 1

Em casos de benefício por incapacidade, é recomendável a intimação do INSS para a juntada do histórico médico SABI (Sistema de Administração de Benefícios por Incapacidade).

### Recomendação n. 2

Em ações de assistência à saúde, é recomendável a realização de perícia médica judicial, mesmo nos casos em que a prescrição de tratamento advenha de médico atuante no SUS.

## GRUPO 6

### Enunciado n. 1

Não havendo pedido expresso na petição inicial de aposentadoria proporcional, o juiz deve se limitar a determinar a averbar os períodos reconhecidos em sentença, na hipótese do segurado não possuir tempo de contribuição para concessão de aposentadoria integral.

### Enunciado n. 2

Julgado improcedente pedido de benefício por incapacidade, no ajuizamento de nova ação, com base na mesma doença, deve o segurado apresentar novo requerimento administrativo, demonstrando, na petição inicial, o agravamento da doença, juntando documentos médicos novos.

### Enunciado n. 3

A conclusão do processo administrativo por não comparecimento injustificado à perícia ou à entrevista rural equivale à falta de requerimento administrativo.

### Enunciado n. 4

Ausência de pedido de prorrogação de auxílio-doença configura a falta de interesse processual equivalente à inexistência de requerimento administrativo.



## ENUNCIADOS

### Enunciado n. 1

O contato interinstitucional é necessário para a efetividade da solução consensual dos conflitos, e deverá ser realizado preferencialmente com um interlocutor qualificado — que tenha alçada para decidir.

### Enunciado n. 2

O contato interinstitucional realizado pelo juiz, como membro de poder, não lhe retira a imparcialidade como órgão julgador.

### Enunciado n. 3

A efetividade dos centros de solução de conflitos pressupõe a participação das instituições parceiras no planejamento das atividades.

### Enunciado n. 4

A inadmissibilidade de autocomposição referida no art. 334, § 4º, II, do NCPC depende de previsão legal.

### Enunciado n. 5

No silêncio do autor sobre a opção pela audiência de conciliação ou mediação (arts. 319, VII e 334, §4º, do NCPC), o juiz designará a audiência sem a necessidade de emenda à inicial.

### **Enunciado n. 6**

O desinteresse de uma das partes pela autocomposição não constitui motivo justificado para o não comparecimento à audiência de conciliação ou mediação (art. 334, §8º, do NCPC).

### **Enunciado n. 7**

A designação de novas sessões de conciliação ou mediação (art. 334, §2º, do NCPC) poderá ser feita pelo conciliador ou mediador, havendo consenso entre as partes, independentemente de despacho judicial, ficando as partes desde logo intimadas da nova data, incidindo, em caso de ausência injustificada, o disposto no §8º do mesmo artigo.

### **Enunciado n. 8**

Não são passíveis de conciliação créditos prescritos ou decaídos sujeitos à cobrança da Lei de Execução Fiscal.

### **Enunciado n. 9**

Nas hipóteses em que negado administrativamente o parcelamento ordinário, nada obsta que se faça o parcelamento judicial fundado no Código de Processo Civil (art. 745-A do CPC/1973 e art. 916 do NCPC).

### **Enunciado n. 10**

A conciliação deve ser estimulada na fase recursal, inclusive nas Turmas Recursais, assim como na fase de execução.

### **Enunciado n. 11**

Em ações de reintegração de posse alusivas ao programa de arrendamento residencial – PAR, é cabível a designação de audiência prévia de conciliação antes da apreciação do pedido liminar.

### **Enunciado n. 12**

Nas ações de responsabilidade civil, é recomendável a realização de audiência de conciliação antes da citação.

## RECOMENDAÇÕES

### Recomendação n. 1

Para garantir efetividade ao novo Código de Processo Civil, é recomendável a aprovação de lei de conciliação tributária.

### Recomendação n. 2

Recomenda-se a criação de Centrais de Perícia e Conciliação, para onde os processos versando sobre benefício por incapacidade serão remetidos, antes da citação.

### Recomendação n. 3

Recomenda-se autorizar as Centrais de Conciliação a expedirem RPVs e Precatórios nos processos em que foi celebrado acordo na própria Central.

### Recomendação n. 4

Recomenda-se a inclusão dos conflitos sensíveis de alta complexidade como um dos focos da política permanente de conciliação na Justiça Federal.

### Recomendação n. 5

Recomenda-se a criação, pela AJUFE, de um Grupo de Trabalho (GT) para acompanhamento da conciliação, especialmente em conflitos sensíveis de alta complexidade.

### Recomendação n. 6

Recomenda-se à gestão da AJUFE e dos órgãos de coordenação da conciliação na Justiça Federal junto à AGU, DPU e MPF para que constituam grupos de representantes empoderados e com perfil para acompanhamento da conciliação, especialmente em conflitos sensíveis de alta complexidade, em nível nacional.



## ENUNCIADOS

### Enunciado 1

A presunção de liquidez e certeza conferida à certidão de dívida ativa pelo art. 3º da LEF e pelo art. 204, *caput*, do CTN ilide a aplicação do art. 373, §1º, do novo CPC aos devedores que constam do título executivo. (Aprovado por maioria).

### Enunciado 2

O art. 828 do novo CPC aplica-se às execuções fiscais, sem prejuízo de outras garantias do crédito fazendário. (Aprovado por maioria)

### Enunciado 3

É possível a citação por hora certa nos processos de execução fiscal, com base no art. 830, §2º, do novo CPC. (Aprovado por unanimidade)

### Enunciado 4

A ordem de preferência de bens penhoráveis, prevista no art. 11 da LEF, prevalece sobre a do art. 835, *caput*, do novo CPC. (Aprovado por maioria)

### Enunciado 5

A execução fiscal ajuizada na Justiça Federal, em momento anterior à vigência da Lei 13.043/2014, nela permanece, ainda que o domicílio

do devedor não seja sede de Vara Federal, uma vez que o art. 75 da Lei 13.043/2014 restringe-se às execuções ajuizadas na Justiça estadual. (Aprovado por maioria).

#### Enunciado 6

É possível o redirecionamento da execução fiscal ao sócio-gerente e ou administrador na hipótese de dissolução irregular, nos créditos tributários e não tributários. (Aprovado por maioria).

#### Enunciado 7

Nos termos da Súmula 435 do STJ, “Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem a comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal ao sócio-gerente”. (Aprovado por maioria)

#### Enunciado 8

Compete ao exequente, no momento do pedido de redirecionamento, demonstrar que o sócio-gerente ou administrador compunha o quadro societário, nessa condição, ao tempo da dissolução irregular. (Aprovado por maioria).

#### Enunciado 9

O termo inicial do prazo para o exequente requerer o redirecionamento conta-se da sua ciência da dissolução irregular comprovada nos autos. (Aprovado por maioria).

#### Enunciado 10

É possível o redirecionamento ao sócio-administrador ou gerente à época do fato gerador, desde que o exequente comprove uma das hipóteses do art. 135 do CTN. (Aprovado por maioria).

#### Enunciado 11

É possível a constrição patrimonial, mediante uso dos sistemas à disposição da Justiça Federal, antes da efetiva citação do executado. (Aprovado por maioria).

### Enunciado 12

Nos termos do art. 11 da LEF, a constrição de ativos financeiros pelo sistema Bacenjud independe de requerimento da parte exequente. (Aprovado por maioria).

### Enunciado 13

A menção à penhora contida no art. 11, I, da Lei 11.941/2009 deve ser interpretada de forma a abranger qualquer constrição patrimonial judicial. (Aprovado por maioria).

### Enunciado 14

A renovação do pedido de Bacenjud deve vir acompanhada de prova mínima da atividade financeira da empresa. (Aprovado por maioria)

### Enunciado 15

Para grandes devedores, é cabível a quebra de sigilo bancário quando o resultado do Bacenjud se afigure negativo, com efetiva prova de atividade da empresa (Aprovado por maioria).

### Enunciado 16

Cabe ao Juízo Federal deprecar a efetivação da penhora de faturamento quando a matriz ou filiais da empresa executada funcionarem em local diverso da sede do juízo. (Aprovado por maioria).

### Enunciado 17

Com a criação do parcelamento especial da recuperação judicial, previsto na Lei 13.043/2014, o deferimento da recuperação judicial não tem mais o efeito de suspender a execução fiscal enquanto não realizado o parcelamento, dependendo a suspensão do adimplemento das parcelas. (Aprovado por unanimidade).

### Enunciado 18

Na penhora de recebíveis, cabe constrição integral, sendo ônus do executado comprovar que o montante penhorado inviabiliza suas atividades. (Aprovado por unanimidade)

## Enunciado 19

Considerando que os veículos estão sujeitos a acelerada depreciação, é possível a sua alienação antecipada na execução fiscal. (Aprovado por unanimidade).

## RECOMENDAÇÕES

### Recomendação 1

Com a inevitável majoração da demanda da Justiça Federal, após o fim da competência delegada, justifica-se a busca pelo reforço da estrutura da Justiça Federal. (Aprovada por unanimidade).

### Recomendação 2

Recomenda-se o não ajuizamento de execuções fiscais federais inexecutableis (inviáveis) mediante a prévia utilização de filtros dos sistemas informatizados próprios da Fazenda Pública, sugerindo-se alteração legislativa prevendo autorização para tanto, independentemente do valor do crédito público. (Aprovada por maioria).

### Recomendação 3

A Fazenda Pública deve ser provida com os meios hábeis à consecução da cobrança administrativa da dívida pública federal. (Aprovada por unanimidade).

### Recomendação 4

Anexar ao mandado de citação informativo acerca de como proceder para pagar ou parcelar o débito exequendo. (Aprovada por unanimidade)

### Recomendação 5

Adotar compilações de jurisprudência em matéria de execução fiscal para orientar o trabalho na Secretaria. (Aprovada por unanimidade)



### Recomendação 6

Adotar tabelas com diretrizes para contagem de prazo prescricional para facilitar o trabalho na Secretaria. (Aprovada por unanimidade)

### Recomendação 7

Aprimorar o sistema Bacenjud para incluir outras aplicações financeiras, cooperativas de crédito, permitir a reiteração da ordem por período eventualmente indicado pelo magistrado, indicar apenas o juízo de origem e valor mínimo de bloqueio. (Aprovada por unanimidade).

### Recomendação 8

É recomendável, quando da distribuição da petição inicial de grande devedor, que a Fazenda Pública a instrua com a sua situação fiscal, demonstrando diligências mínimas tendentes a identificar bens e eventuais gestores ocultos. (Aprovada por unanimidade).

### Recomendação 9

Para grandes devedores, é recomendável a realização de audiência visando dar maior efetividade à cobrança do crédito fiscal. (Aprovada por maioria)

### Recomendação 10

Para grandes devedores, é recomendável a realização de venda direta de bens penhorados, desde que observadas as regras de publicidade (parágrafos do art. 685-C do CPC/1973). (Aprovada por maioria).

### Recomendação 11

É recomendável que os Tribunais operacionalizem e disponibilizem a utilização do CNIB aos magistrados, a fim de dar cumprimento do Provimento 39 do CNJ, visando a dar efetividade do art. 185-A do CTN. (Aprovada por maioria).

### Recomendação 12

Na utilização do Bacenjud, recomenda-se efetuar a ordem de bloqueio com todos os CNPJs da matriz e das filiais da pessoa jurídica, por constituir pessoa única. REsp. 1.355.812/RS. (Aprovada por unanimidade).

### Recomendação 13

Possibilidade de criação de convênio entre CNJ e agentes de custódia e controle de títulos e valores mobiliários para a implantação de sistema de bloqueio judicial aos moldes do Bacenjud. (Aprovada por unanimidade).

### Recomendação 14

Propõe-se que a AJUFE busque junto ao CNJ a rápida tramitação do Procedimento de Competência de Comissão 000453-94.2014.2.00.0000, que propõe a criação de uma Central de Indisponibilidades Judiciais (INJUD) sob o controle daquele Conselho. (Aprovada por unanimidade).

## PROPOSTA DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA

Sugere-se a apresentação de anteprojeto de lei para, expressamente, permitir à Fazenda Pública pedir a falência de seu devedor. (Aprovada por maioria).





---

## QUEM SOMOS

---

*Editora LETRAS JURÍDICAS e LETRAS DO PENSAMENTO*, com quinze anos no mercado *Editorial e Livreiro* do país, é especializada em publicações jurídicas e em literatura de interesse geral, destinadas aos acadêmicos, aos profissionais da área do Direito e ao público em geral. Nossas publicações são atualizadas e abordam temas atuais, polêmicos e do cotidiano, sobre as mais diversas áreas do conhecimento.

*Editora LETRAS JURÍDICAS e LETRAS DO PENSAMENTO* recebe e analisa, mediante supervisão de seu Conselho Editorial: *artigos, dissertações, monografias e teses jurídicas* de profissionais dos *Cursos de Graduação, de Pós-Graduação, de Mestrado e de Doutorado, na área do Direito e na área técnica universitária, além de obras na área de literatura de interesse geral.*

Na qualidade de *Editora Jurídica e de Interesse Geral*, mantemos relação em nível nacional com os principais *Distribuidores e Livreiros do país*, para divulgarmos e para distribuírmos as nossas publicações em todo o território nacional. Temos ainda relacionamento direto com as principais *Instituições de Ensino, Bibliotecas, Órgãos Públicos, Cursos Especializados de Direito* e todo o segmento do mercado.

Na qualidade de *editora prestadora de serviços*, oferecemos os seguintes serviços editoriais:

- |  |   |
|--|---|
| <input checked="" type="checkbox"/> Análise e avaliação de originais para publicação;          | <input checked="" type="checkbox"/> Gráficas – Pré-Impressão, Projetos e Orçamentos;  |
| <input checked="" type="checkbox"/> Assessoria Técnica Editorial;                              | <input checked="" type="checkbox"/> Ilustração: projeto e arte final;   |
| <input checked="" type="checkbox"/> Banner, criação de arte e impressão;                       | <input checked="" type="checkbox"/> Livros Digitais, formatos E-Book e Epub;  |
| <input checked="" type="checkbox"/> Cadastro do ISBN – Fundação Biblioteca Nacional;           | <input checked="" type="checkbox"/> Multimídia;   |
| <input checked="" type="checkbox"/> Capas: Criação e montagem de Arte de capa;                 | <input checked="" type="checkbox"/> Orçamento do projeto gráfico;   |
| <input checked="" type="checkbox"/> CD-ROM, Áudio Books;                                       | <input checked="" type="checkbox"/> Organização de eventos, palestras e workshops;  |
| <input checked="" type="checkbox"/> Comunicação Visual;  | <input checked="" type="checkbox"/> Papel: compra, venda e orientação do papel;   |
| <input checked="" type="checkbox"/> Consultoria comercial e editorial;                         | <input checked="" type="checkbox"/> Pesquisa Editorial;   |
| <input checked="" type="checkbox"/> Criação de capas e de peças publicitárias para divulgação; | <input checked="" type="checkbox"/> Programação Visual;   |
| <input checked="" type="checkbox"/> Digitação e Diagramação de textos;                         | <input checked="" type="checkbox"/> Promoção e Propaganda - Peças Publicitárias - Cartazes, Convites de Lançamento, Folhetos e Marcadores de Página de livro e peças em geral de divulgação e de publicidade; |
| <input checked="" type="checkbox"/> Direitos Autorais: Consultoria e Contratos;                | <input checked="" type="checkbox"/> Prospecção Editorial;   |
| <input checked="" type="checkbox"/> Divulgação nacional da publicação;                         | <input checked="" type="checkbox"/> Redação, Revisão, Edição e Preparação de Texto;   |
| <input checked="" type="checkbox"/> Elaboração de sumários, de índices e de índice remissivo;  | <input checked="" type="checkbox"/> Vendas nacionais da publicação.   |
| <input checked="" type="checkbox"/> Ficha catalográfica - Câmara Brasileira do Livro;          |   |
| <input checked="" type="checkbox"/> Fotografia: escaneamento de material fotográfico;          |   |

CONFIRA!!!

Nesse período a *Editora* exerceu todas as atividades ligadas ao setor **Editorial/Livreiro** do país. É o marco inicial da profissionalização e de sua missão, visando exclusivamente ao cliente como fim maior de seus objetivos e resultados.

---

### O EDITOR

---

A Editora reproduz com exclusividade todas as publicações anunciadas para empresas, entidades e/ou órgãos públicos. Entre em contato para maiores informações.

Nossos sites: [www.letstrasjuridicas.com.br](http://www.letstrasjuridicas.com.br) e [www.letstrasdopensamento.com.br](http://www.letstrasdopensamento.com.br)  
E-mails: [comercial@letstrasjuridicas.com.br](mailto:comercial@letstrasjuridicas.com.br) e [comercial@letstrasdopensamento.com.br](mailto:comercial@letstrasdopensamento.com.br)  
Telefone/fax: (11) 3107-6501 - 99352-5354 - 99307-6077

